**A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO:** E O CONTROLE DE MÉRITO (OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA) DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO.[[1]](#footnote-2)

Bruno Henrique Bernardo Fahd

Eric Abreu Caldas[[2]](#footnote-3)

**RESUMO**

O presente trabalho pretende analisar o ato administrativo e suas concepções legais, no que concerne a atos vinculados e discricionários, far-se-á uma diferenciacao. Será dao o devido enfoque a atos discricionários e ao conrole de mérito que recai sobre eles, da perspectiva do juizo de oportunidade e conveniência.Com apoio na doutrina, buscar-se-á identificar os elementos que compõem cada tio de ato administrativo e de que maneira os atos discricionários implicam no poder judiciário.

**Palavras-chave**: ato administrativo, judiciário, discricionário, oportunidade e conveniência.

**1. INTRODUÇÃO**

Da diferenciação dos dois tipos de tos administrativos é possível se aferir a importância do controle com relação aqueles chamados discricionários. Pois dependem de posterior interpretação e aplicação por parte da autoridade competente. E no que concerne essa competência tem-se a divisão entre o que pode fazer a própria Administração e aquilo que é permitido e/ou vedado ao judiciário.

Há uma efetiva invasão de competência pelo judiciário? Existe nessa permissão alguma ilegalidade por parte da autoridade que não deveria fazer juízo de oportunidade e conveniência? Como a doutrina e a jurisprudência vem se posicionando em relação a isso? Ao buscar as respostas para tais indagações far-se-á, necessariamente, um estudo acerca das modalidades do ato administrativo, focando naquele chamado discricionário e na hipótese na interferência ilegal do judiciário com relação a esta que é prevista na lei como algo delegado a própria administração pública incorrer. È necessário salientar a importância da pesquisa proposta face à insegurança jurídica percebida diante de tais incertezas, que pode culminar na ilegalidade que iria de encontro a toda estrutura que denota o Direito Público.

**2.O ATO ADMINISTRATIVO**

O Direito é uno, um sistema harmônico que concentra vários ramos divididos por matéria e pessoas. Contudo existe uma divisão didática do Direito em Público e Privado, em que foram separados os vários ramos por assunto e características. O Direito Público tutela os interesses públicos, as relações entre o Estado e a sociedade, e entre os órgãos estatais entre si. Enquanto que o Direito Privado tutela as relações entre nós, os particulares. O que interessa por ora, é o Direito Público, que é caracterizado principalmente pela desigualdade entre as partes. Ou seja, o Estado está em uma posição de supremacia frente ao particular, em razão dos interesses que aquele tutela.

Os atos da administração pública se dividem em atos vinculados e discricionários. Contudo não se pode afirmar que existe ato inteiramente discricionário. Existem traços do ato administrativo que sempre serão vinculados, como a competência e finalidade em sentido estrito. No ato vinculado, todos os elementos, sem exceção vem previstos em lei. Enquanto que no ato discricionário, apenas alguns deles vêm descritos na lei, de forma expressa, enquanto outros são deixados para que a Administração decida posteriormente, de modo mais ou menos livre para observar a oportunidade e conveniência

Há quem diferencie ato administrativo de ato da administração. Para estes existem duas correntes capazes de explicitar a diferença. A primeira entende que o ato da administração é gênero e corresponde a todo e a qualquer ato praticado pelo Estado, ou seja,. o ato administrativo em si seria espécie de ato da administração. De acordo com essa perspectiva, os atos de direito privado praticados pelo Estado não seriam atos administrativos. Este seriam meros atos comuns destinado a realizar interesse público que por acaso forma cometidos pelo Estado. Já uma outra corrente denota a diferença segundo o ato administrativo ser qualquer ato praticado pelo Estado, que o faz enquanto uma de suas prerrogativas, e por sua vez ato da administração seria qualquer ato praticado que não inserido entro destas prerrogativas. Esta última corrente é adotada pela grande maioria na doutrina.

Para que um ato administrativo seja realizado é necessário um agente competente. O sujeito a se encaixar como tal agente vai depender do conteúdo do ato, que por sua vez irá dizer da competência legal. Ela está ligada ao princípio da legalidade estrita, que perfaz o Direito Administrativo bem como todos os atos da Administração Pública, e segundo ele somente se pode praticar o ato administrativo se houver previsão legal, expressa ou de reserva. Portanto é certo falar que a competência está ligada à finalidade do ato, pois um não tem razão de ser sem o outro. Competência de ato vinculado é um poder-dever do qual o agente público não pode deixar de exercer.

Quanto a forma do ato administrativo, por sua vez, é fundamental principalmente para limitar a atividade estatal. O Estado pode, p.ex, punir o servidor público, desde que obedeça ao processo administrativo. É um elemento sempre presente em todo e qualquer ato administrativo.

**3. A DISCRICIONARIEDADE DO ATO ADMINISTRATIVO**

Conceituada como o juízo de conveniência e oportunidade que é necessário para a consumação de atos previstos em lei com reserva, é realizado pelo administrador, na hora de efetivar o ato deste tipo a melhor forma de realizá-lo de modo a garantir ao máximo o interesse público. Ainda, é possível afirmar que devido as característica e molde do ato vinculado, o mérito administrativo só existe nos atos administrativos discricionários. É importante frisar que a discricionariedade sendo poder-dever da Administração deve ser exercida de acordo com determinados limites e dentro de todas as formalidade que revestem quaisquer outros de seus atos, pois não se pode realizar por meio de arbitrariedade proveniente do administrador público, razão pela qual, doutrina e jurisprudência colocam que os atos discricionários em verdade são vinculados de várias outras formas, como pela a competência, forma e até mesmo pelo fim (CARVALHO FILHO, 2003)..

Já o mérito do ato é a comparação e espaço para escolhas em certa medida, no que concerne o juízo de conveniência e oportunidade. Critérios estes que devem sempre reger a prática do ato pelo gestor público. O mérito se refere ao fator político do ato administrativo, em que são cabíveis ponderações. É o sentido que este ato terá em função das normas da boa administração. É o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, ao mesmo tempo em que o ajusta aos interesses privados. Realiza-se, assim, um juízo comparativo (FAGUNDES, 2010).

Sobre a questão de não existir ato administrativo completamente discricionário, complementa Di Pietro:

Por isso que se diz que o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito á oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir

Com relação as especificidades dos critérios, temos que a oportunidade esse refere ao momento mais propício para que ocorra a prática daquele ato, levando em consideração as circunstâncias que daquela situação fática que o estão envolvendo. Por sua vez a conveniência é o resultado da análise daquilo que vem a ser ideal, mais justo e mais útil, proveniente de um certo juízo de ponderação a partir do caso concreto Pode-se conceituar a discricionariedade administrativa como sendo o poder-dever que cabe ao agente público, de decidir por um caminho adequado e eficaz para a realização dos interesses sociais em tela. No que for razoável, proporcional e principalmente legal Como já mencionado esse aspecto do ato discricionário busca enfatizar que o poder discricionário não é meramente isto, mas tambem um dever do qual é essencial para a realização do ato. Portanto é certo afirma que de modo ou de utro está o administrador público sempre vinculado a legalidade, não sendo o ato discricionário uma exceção a isso (NASCIMENTO, 2011).

**4. CONTROLE DE MÉRITO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO**

Após a observação do que é o ato administrativo e de como é efetuado o controle discricionário do poder judiciário perante o mesmo, torna-se possível partir para um estudo do controle de mérito do ato administrativo. Assim, primeiramente sobre o chamado mérito administrativo, dispõem Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 450):

O **mérito administrativo** é, em poucas palavras, o poder conferido pela lei ao agente público para que ele decida sobre a oportunidade e conveniência de praticar determinado ato discricionário, e escolha o conteúdo desse ato, dentro dos limites estabelecidos em lei. Vale repetir, só existe mérito administrativo em atos discricionários.

Desta forma, de acordo com o exposto pelos autores, vislumbra-se o conceito do mérito administrativo. Que no caso é uma espécie de poder, uma atribuição concedida ao agente público, para que dentro de uma margem, respeitando limitações, ele possa escolher o conteúdo do ato administrativo.

Com isso, existindo um espaço concedido ao agente público para discernir a respeito do conteúdo do ato, faz-se relevante a afirmação de Hely Lopes Meirelles (2006, p. 154): “O conceito de *mérito administrativo* é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada a sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato”.

Eis, portanto, a chave para a definição do conceito de mérito administrativo: valoração. Como afirmado pelo doutrinador, é a possibilidade de fazer um juízo de valor, de atribuir uma valoração sobre a oportunidade e a conveniência, de fazer tal exercício cognitivo que define o que é o mérito administrativo atribuído ao agente público.

Porém, faz-se necessário ressaltar que a valoração do mérito administrativo, guarda uma relação com os critérios de oportunidade e conveniência, como pode ser exposto novamente por Hely Lopes Meirelles (2006, p. 154-155): “O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a oportunidade, conveniência e justiça do ato a realizar”.

Essa relação, como observado, é justificada pelo fato que o mérito administrativo ao guardar tal relação torna-se passível de um controle, o que de fato serve como lastro para garantir os princípios do direito administrativo e permite o estabelecimento de um meio para a efetuação do controle. Assim, afirmam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2010, p. 451):

Quando se diz que o mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial – e tal asserção está correta -, deve-se bem entender essa afirmação: **controle de mérito** é sempre controle de oportunidade e conveniência; portanto, controle de mérito resulta na **revogação** ou não do ato, nunca em sua **anulação**; o Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional, **não revoga** atos administrativos, somente os anula, se houver ilegalidade ou ilegitimidade.

Portanto, assim torna-se visível a possibilidadedo controle efetuado pela própria administração e do controle judicial dos atos administrativos. O controle efetuado pela própria Administração Pública, como observado pela afirmação doutrinária, está restrito aos casos de atos administrativos proferidos em face de oportunidade e conveniência, por consequência também apenas aos atos administrativos discricionários. Desta forma, analisa Hely Lopes Meirelles: (2006, p. 155): “Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade pra aferir essa atuação”.

Essa afirmação doutrinária nos leva à interpretação sistemática, que a justificativa da inexistência do controle de mérito dos atos administrativos discricionáriosé o fato de que como não existiriam critérios objetivos para aferição da legalidade, visto que o ato discricionário é disposto de acordo com um juízo de valoração como já afirmado, apenas a própria Administração, poderia efetuar tal controle. Ainda sobre o assunto, afirma Hely Lopes Meirelles (2006, p. 155):

O que convém reter é que o *mérito administrativo* tem sentido próprio e diverso do *mérito processual* e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração da eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de *mérito administrativo*, se aninhe qualquer *ilegalidade* resultante de abuso ou desvio de poder.

Todavia, como bem afirmado acima, os atos administrativos podem sofrer controle judicial, desde que sob o manto de ilegalidade relacionada com o abuso ou desvio de poder. E nesse caso, sendo o ato anulado e não revogado, este último sendo um instituto possível apenas no controle feito pelo próprio poder Administrativo.

Assim, como afirmado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 227): “Com relação aos **atos discricionários**, o controle judicial é possível **mas terá de respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei**”.

O pensamento da autora corrobora o já afirmado anteriormente, de que é possível o controle judicial dos atos discricionários, porém respeitando os limites estabelecidos e garantidos pelo controle realizado pela própria Administração Pública, além dos efeitos diversos que ocorrem quando o controle é efetuado pelo poder Judiciário.

Contudo, fica claro que o a possibilidade da própria Administração Pública efetuar um controle perante os atos administrativos discricionários exalta o interesse em permitirque a mesma o façacom o intuito de agilizar esse processo de controle. Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 227), sobre a discricionariedade:

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a **opção legítima** feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, passou a ocorrer o efeito da chamado de: Constitucionalização do Direito Administrativo. Esse efeito, não é privilégio apenas do Direito Administrativo, ocorrendo em vários ramos por conta do fato de todas as demais normas guardarem efeito na norma hierarquicamente superior, no caso a Carta Magna, o que pode ser corroborado com a afirmação de Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 23): “Os princípios constitucionais possuem grande valor normativo, constituindo-se a própria realidade jurídica, com reflexo em todos os ramos do Direito”.

Ainda sobre esse efeito, explica mais Mauro Roberto Gomes de Mattos (2005, p. 25): “Assim, o ato administrativo discricionário, em seu todo, fica vinculado aos critérios objetivos dos princípios constitucionais, não como uma forma de limitação, mas sim como um aperfeiçoamento da medida a ser adotada”. Essa vinculação à constituição pode ainda ser corroborada com o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 229):

Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar a **moralidade** dos atos administrativos, com fundamento no artigo 37, *caput*, e artigo 5º, LXXIII, da Constituição, este último referente à ação popular. Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade;

Assim, entende-se que o controle de mérito dos atos administrativos discricionários, é possível com base nos fundamentos constitucionais, como afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 912): “O ditame constitucional (que, no caso brasileiro, veda inclusive a dualidade de jurisdição encontradiça em povos do continente europeu) tem caráter basilar em nosso sistema, alçando-se à categoria de verdadeiro princípio”.Surgindo assim, a possibilidade de controle de mérito dos atos discricionários, como pode ser demonstrado por meio de jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região:

ADMINISTRATIVO. MEDIDAS DE DEFESA AMBIENTAL. PROIBIÇÃO DA PESCA EMBARCADA NO PERÍODO DA PIRACEMA. DISCRICIONARIEDADE DO ADMINISTRADOR. ATO MOTIVADO. CONTROLE JUDICIAL DE MÉRITO LIMITADO À RAZOABILIDADE. 1 - Nos termos do art. 33, § 2º, do Dec.-Lei n. 221/67, "a pesca pode ser transitória ou permanentemente proibida em águas de domínio público ou privado". 2 - A lei n. 7.679/88, art. 2º, também prevê que "o Poder Executivo fixará, por meio de atos normativos do órgão competente, os períodos de proibição da pesca, atendendo às peculiaridades regionais e para proteção da fauna e flora aquáticas, incluindo a relação de espécies, bem como as demais medidas necessárias ao ordenamento pesqueiro". 3 - Em se tratando de ato administrativo predominantemente discricionário, o controle judicial de mérito está limitado à razoabilidade. 4 - Vai além desse limite sentença em que o juiz substitui o administrador na escolha entre o interesse ambiental, que envolve, inclusive, a questão da sobrevivência de gerações futuras, e o interesse social e econômico de um grupo restrito de pescadores.

Assim, fica evidente que a doutrina mais moderna já prega a possibilidade do controle de mérito dos atos discricionários. Fato que também, como exposto, já está sendo acolhido nas decisões proferidas nos tribunais. Tudo isso faz parte do já referido efeito da constitucionalização do Direito Administrativo. Quanto aos critérios usados para o controle de mérito, o manado de segurança exposto cita o critério da razoabilidade, sobre esse critério exemplifica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2006, p. 229): “Mesmo neste caso, alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo, que para o senso comum, seria aceitável perante a lei”.

Além do critério da razoabilidade citado, Di Pietro (2006) também elenca como possíveis critérios para o controle de mérito: a teoria do desvio do poder, que seria quando a autoridade usa o ato administrativo com um fim diverso do pretendido e a teoria dos motivos determinantes, que seria a validade do ato administrativo apenas quando os motivos para a sua expedição sejam verídicos. Fechando assim entendimento sobre o tema do controle de mérito, segue entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 946):

O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão das funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2° da Lei Maior.

Portanto, fica assim demonstrado que o intuito da oportunidade e conveniência do mérito do ato administrativo discricionário não fica obstado. Porém, com a possibilidade existente por parte do efeito da constitucionalização do Direito Administrativo da execução de um controle de mérito desses atos, torna assim o Direito Administrativo conveniente com o disposto na Carta Magna.

**5. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Observa-se assim, portanto, que após o estudo minucioso de como se constitui o ato administrativo, passando para como efetua-se o controle dos mesmos por parte do Poder Judiciário e por fim observando no capítulo anterior o que é um ato administrativo discricionário, como se conceitua o mérito administrativo e como o Direito Administrativo passa a seguir o disposto na Carta Magna.

Permite-se auferir que o controle de mérito dos atos administrativos discricionários passa ser possível, como exposto com entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. O surgimento desse controle se deu com o intuito de promover essa adequação do ramo em tela com o disposto na Carta Magna.

Concluindo, assim, que o seu surgimento e manutenção de tal modo de controle é uma medida benéfica para o Direito Administrativo e o mais importante: para a população. Sendo que passa a existir uma devida adequação ao disposto na Constituição, além de como já afirmado no trabalho em estudo, não havendo nenhuma vedação à discricionariedade do agente Administrativo e sim apenas uma maior garantia da devida legalidade dos atos com uma devida adequação constitucional.

**REFERÊNCIAS**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado.** 18° Ed. São Paulo: Método, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo.** 21° Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL**. Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.**19º Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo pelo poder judiciário brasileiro.** Disponível em: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br\_constitucionalizacaoadministrativo.pdf>. Acesso em: 05/11/2013, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 32° Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional administrativo**. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 114.

NASCIMENTO, Rodrigo Simão. **Controle Judicial do ato discricionário: o dogmatismo clássico e a nova visão com ótica aos princípios constitucionais.**2011.

TRF-1 - **AMS: 65057 MG 1998.01.00.065057-5**. Relator: JUIZ PLAUTO RIBEIRO. Data de Julgamento: 16/06/2000. PRIMEIRA TURMA. Data de Publicação: 24/07/2000 DJ p.11.

1. Paper apresentado à disciplina de Direito Administrativo I, da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB. [↑](#footnote-ref-2)
2. Alunos do 7° período do Curso de Direito, da UNDB. [↑](#footnote-ref-3)