

OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Aline de Almeida Silva Sousa e Karla Giuliane Gomes Garcia

SUMÁRIO: Introdução; 1 O ato administrativo; 1.1 Vinculação e Discricionariedade; 1.2 Mérito dos atos Administrativos. 2 Controle da Administração Pública; 2.1 Controle Judicial; 3 Sobre os limites da harmonia dos Poderes em face da (im) possibilidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários; Considerações finais; Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este artigo pretende analisar de que forma poderá ocorrer o controle da administração pública, especificamente o controle judicial do mérito em atos administrativos discricionários, face a dificuldade de se observar os limites da discricionariedade em razão do grau de liberdade que foi concedido pelo legislador para aquele representante da Administração Pública. Ademais, pretende-se verificar os limites e harmonia entre o Poder Administrativo e Judiciário, no que tange a intervenção de um pelo outro, em respeito aos preceitos constitucionais e executivos.

PALAVRAS-CHAVE: Controle Judicial. Mérito. Discricionariedade. Atos Administrativos.

INTRODUÇÃO

Através dos atos administrativos a autoridade pública realiza a sua atividade, sempre motivada com a finalidade de atender ao interesse público. Portanto, para que se atinja este objetivo sem haver a inflição de abuso, a lei estabelece regramentos para que estes atos sejam exercidos. Entretanto, para otimizar a máquina pública necessita-se de que certos atos não estejam presos a rigor excessivo, tendo em vista que poderia ocorrer a automatização da Administração, ou seja, a autoridade precisa agir prontamente. Logo, para que haja essa compatibilidade e funcionalidade do ato, a lei estabeleceu certa margem de liberdade, possibilitando ao agente público agir conforme os critérios de conveniência e oportunidade, em algumas hipóteses, que serão ponderadas pelo mesmo em um exercício de uma análise subjetiva, a chamada discricionariedade do agente público.

Logo, se a Administração pública, sob o pretexto de atender ao interesse público, está autorizada a agir, em certas ocasiões, partindo de uma análise de mérito, seria certo

afirmar que o Poder Judiciário poderá controlar o referido ato, mesmo quando a lei autorizar a fazê-lo? De que forma o Poder Judiciário teria legitimidade para incidir na esfera administrativa e julgar a análise de conveniência e oportunidade que cabe somente a autoridade pública realizar?

A importância de se compreender os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários se faz pertinente em razão da complexa estrutura de Separação do Poderes, tendo em vista que os mesmos possuem autonomia, entretanto, relacionam-se constantemente. Assim, se faz necessário compreender os limites da intervenção destes Poderes uns nos outros a fim de evitar possível insegurança jurídica, visto que nenhum destes poderá intervir demasiadamente, ou seja, estes Poderes precisam estar em paridade e em equilíbrio. Portanto, é cabível ponderar sobre os limites e possibilidades do controle judicial dos atos discricionários a fim de se reconhecer e evitar possível insegurança jurídica.

1 O ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo é o modo de atuação do Executivo, ou seja, a sua função é concretizada através desta categoria de atos que partem de uma manifestação unilateral da Administração Pública, possuindo como finalidade a Supremacia do Interesse Público (podendo algumas vezes atuar como particular, dependendo de manifestações bilaterais, o que, no entanto, não será objeto da pesquisa), diferenciando-se neste ponto dos atos jurídicos que se limitam a resguardar as relações de determinada lide. (MEIRELES, 2002). Portanto, conceitua-se mais precisamente o ato administrativo como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nesta qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir, e declarar direitos ou impor obrigações aos administrados ou a si própria”. (MEIRELES, 2002, p.145).

Ainda, verifica-se a existência de cinco requisitos para a formação e validação do ato administrativo. Primeiramente, trata-se do exame de competência visto que nenhum ato, ainda que discricionário, poderá ser praticado sem que o agente possua poder legal praticá-lo, portanto, essa competência deverá estar delimitada em lei e, por se tratar de matéria de ordem pública é intransferível e improrrogável pela simples vontade dos interessados, entretanto, poderá ser objeto de delegação e avocação quando a lei autorizar; o segundo requisito a ser

tratado é a finalidade, logo, o objetivo é sempre o interesse público que está vinculado a todo ato administrativo, do contrario o ato seria invalido por desvio de finalidade; ainda, a forma que se exterioriza o ato administrativo é um dos requisitos para a validade e existência do ato, pois a inexistência de forma pressupõe inexistência de ato, entretanto, admite-se manifestação não escrita como ato válido pois a própria lei autoriza; outro elemento é o motivo que tanto pode vir em lei, entretanto, tal requisito poderá ser dispensado quando a lei autoriza a discricionariedade ou quando for incompatível com o ato; e, por fim, o ultimo elemento a ser mencionado é o objeto, portanto, todo ato administrativo tem por objeto a criação, comprovação ou modificação de situações jurídicas sujeitas á ação da Administração Pública, logo, trata-se do conteúdo do ato através do qual a administração pública se manifesta ou atesta situações pré-existentes. (MEIRELES, 2002, p. 146 – 150).

1.1 Vinculação e Discricionariedade

Para que a Administração Pública atue, é necessário que haja certos regramentos para determinação da forma e âmbito de atuação, embora estejam sempre pautados na Supremacia do Interesse público. Logo, significa dizer que os poderes da administração pública estão regrados pelas disposições legais vigentes, neste caso, o ato que possui regramento restrito disposto em lei vigente estaria vinculado ao ordenamento jurídico. (PIETRO, 2007, p. 196 -197).

Entretanto, se este regramento não alcança todas as esferas de atuação de determinado ato, deixando ao agente público certa margem de liberdade para decidir diante do caso concreto, podendo o agente público optar por soluções diferentes, neste caso o ato estará revestido de discricionariedade, tendo em vista que a escolha de uma solução parte de uma análise subjetiva do agente incluindo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, entretanto, o ato discricionário sempre estará vinculado aos limites legais imposto, senão poderá se tornar uma medida arbitrária. (PIETRO, 2007, p. 197).

A discricionariedade está pautada em lei e, sob um ponto de vista prático, é necessário que exista para evitar o automatismo, que ocorreria se os agentes não tivessem certa margem de subjetividade para agir, permitindo o poder de iniciativa da autoridade que

exige uma flexibilidade para que esta dinâmica funcione, evitando-se assim a morosidade e a incompatibilidade com o momento. (PIETRO, 2007, p. 198).

Ainda, a discricionariedade ou vinculação podem estar relacionadas aos elementos dos atos administrativos. Com relação ao sujeito estará sempre disposto em lei, ou seja, vinculado; sobre a finalidade, em sentido amplo, ela sempre será discricionária, pois o interesse público é uma justificativa imprecisa e, quando a lei não estabelece critérios objetivos para determinado ato, este será discricionário, entretanto, em sentido estrito, quando a lei estabelecer uma finalidade específica a ser alcançada, além do interesse público, este ato poderá ser entendido como vinculado; quanto a forma, geralmente os atos estão vinculados, entretanto, a própria lei poderá dar liberdade para que se pratique determinados atos e, nestes casos, poderá haver discricionariedade; por fim, o âmbito mais comum onde podemos encontrar a discricionariedade é no motivo do ato, entretanto, quando a lei descrevê-lo ele poderá ser considerado vinculado, logo, se a lei não o pré-estabelecer e deixar a cargo do agente público a análise do mesmo, este será discricionário. (PIETRO, 2007, p. 198 – 200).

1.2 Mérito dos atos Administrativos.

Concluímos do capítulo passado que não existe discricionariedade sem disposição em lei, logo, nenhum ato é inteiramente discricionário ao ponto de não estar relacionado a certos limites legais.

Logo, pode-se afirmar que o ato discricionário deve ser analisado do aspecto legal, e do aspecto do mérito, ou seja, se foi feita uma análise de conveniência e oportunidade para contribuir para o interesse público. Portanto, ao se falar de mérito dos atos administrativos discricionários estamos falando da análise de critérios comparativos, quantitativos e qualitativos em atenção aos princípios de boa gestão, obtenção de desígnios genéricos e específicos com a finalidade de atender ao interesse público. (PIETRO, 2007, p. 201 - 202).

2. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode ser conceituada levando-se em conta dois sentidos

- amplo e estrito. Nas palavras de Alexandrino e Paulo (2009, p. 18) em sentido amplo refere-se aos “órgãos de governo, que exercem função política, e também os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa”. Já a administração pública em sentido estrito, ainda nas palavras desses mesmos autores, “inclui os órgãos e pessoas jurídicas que exercem função meramente administrativa, de execução das políticas públicas”. Ou seja, a administração pública envolve toda a máquina estatal e sua forma de organização.

Tendo como base o princípio da supremacia do interesse público, deve existir um controle da administração pública para que a máquina estatal seja movimentada de forma a atender aos interesses da coletividade, sempre em acordo com o que está previsto em lei. Além disso, este controle é considerado um princípio fundamental, com base no Decreto-Lei nº 200/67 e, portanto, “o aludido diploma legal pretendeu considerar o controle como indispensável à execução das atividades administrativas do Estado, chegando mesmo a registrar que deverá exercer-se em todos os níveis e em todos os órgãos.” (CARVALHO FILHO, 2006, p. 790).

Deve-se considerar ainda outro argumento para o controle, trazido por Alexandrino e Paulo (2009) - a administração pública é mera gestora da coisa pública, sendo o verdadeiro titular a coletividade e, desta forma, a administração deve agir de modo transparente para que o titular possa a qualquer momento avaliar ou verificar se o interesse público está realmente sendo atendido.

Quanto a classificação do controle exercido pela Administração Pública, tema muito versado em obras, será utilizada a classificação utilizada a classificação apresentada pelo autor José dos Santos Carvalho Filho (2006). O autor apresenta seis classificações: (1) quanto à natureza do controlador, (2) quanto à extensão do controle, (3) quanto à natureza do controle, (4) quanto ao âmbito da administração, (5) quanto à oportunidade e (6) quanto à iniciativa.

(1) Quanto à natureza do controlador, leva-se em consideração que o controle pode ser efetuado pelo Poder Legislativo (por meio dos Tribunais de Contas, por exemplo), pelo Poder Judiciário ou pela própria Administração Pública. (2) Quanto à extensão do controle, pode ser interno ou externo. Será interno quando o controle ocorre dentro de um mesmo poder e será externo quando há um poder exercendo o controle sobre os atos de outro poder. Alguns autores, como Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009) ainda acrescentam

o controle popular, que é o controle exercido pela sociedade/coletividade sobre os atos administrativos. (3) Quanto à natureza do Controle, pode haver o controle de legalidade ou de mérito. Na legalidade, é observado se aquele ato praticado está de acordo com a legislação vigente e quanto ao mérito, observa-se o binômio conveniência e oportunidade do ato administrativo.

(4) Quanto ao âmbito da administração, o controle pode ocorrer por subordinação, devido a relação hierárquica existente entre os órgãos da administração; ou pode ser por vinculação. (5) Quanto à oportunidade, diz respeito ao momento em que o controle é feito, que pode ser antes do ato administrativo ser efetuado, pode ser depois ou então, concomitante a prática do ato. (6) Quanto à iniciativa, o controle pode ocorrer de ofício, sendo efetuado pela própria administração pública ou provocado por um terceiro.

Com esta breve explanação sobre as formas de controle, pode-se observar que este é efetuado de várias maneiras. Mas, neste artigo, cabe direcionar para a classificação quanto à natureza do controle, especificamente o controle de mérito e a sua possível ligação com o controle judicial (quanto à natureza do controlador).

2.1 Controle judicial

O controle judicial é aquele exercido pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os Atos administrativos. Sendo que o controle pode ser exercido dentro do próprio Poder Judiciário, outros praticados pelos Poderes Legislativo e Executivo. Este controle, visa verificar a legalidade dos atos administrativos e se verificada a desconformidade com a legislação, resultaria na anulação do ato em questão, sendo este discricionário ou vinculado. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009).

“Exemplo desse controle controle é o exercido por meio de ações judiciais nas quais se discuta sobre a legalidade de atos administrativos”. (CARVALHO FILHO, 2006, p. 790). Podem ser considerados espécies de controle judicial, então, o mandado de segurança e a ação popular, por exemplo.

Quando se fala em controle judicial do mérito dos atos administrativos, surgem muitas discussões. Alguns autores, se posicionam de forma contrária a este tipo de controle,

mas entendimentos mais recentes já vêm discutindo essa possibilidade. Este ponto será tratado a seguir.

3. SOBRE OS LIMITES DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES EM FACE DA (IM) POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Para adentrar a discussão proposta é necessário recapitular algumas noções de Estado, pautadas na Constituição Federal de 1988. O Brasil é um estado federado, formado por entes dotados de autonomia, ou seja, não há relação de subordinação entre eles. Desta forma, há a “existência de Administrações Públicas autônomas em cada uma das esferas da Federação [...], portanto, uma administração pública federal, uma administração distrital, administrações estaduais e administrações municipais”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2009, p. 14).

Outro princípio trazido pela CF/88 é o da Separação de Poderes, considerado até mesmo uma cláusula pétrea devido a sua grande importância. Como disposto no artigo 2º do referido diploma, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário são independentes e harmônicos entre si, “de modo que cada órgão tem, não apenas que cumprir sua função essencial, como ainda atuar de modo a impedir que outro abuse de sua competência.” (FERNANDES, 2013, p. 294). De modo que todos os Poderes realizam atividades administrativas e podem controlá-las. A questão é até que ponto este controle pode ser exercido.

Matheus Vianna de Carvalho (2015), ao tratar sobre o controle judicial, inicia seu artigo falando sobre a atual crise existente no Brasil dentro das Instituições Públicas e do próprio Poder Público. O que pode ser observado é a má gestão de servidores públicos e grande quantidade de ocorrências de escândalos envolvendo o desvio de dinheiro público. Estas atitudes são contrárias ao princípio da supremacia do interesse público em atender aos interesses da coletividade - um dos basilares para o Direito Administrativo e a própria Administração Pública. Desta forma, cresce o interesse da sociedade em uma maior transparência e consequente fiscalização dos atos administrativos.

O que alguns autores defendem, é que o controle judicial deve ser exercido de

forma a avaliar apenas a legalidade ou legitimidade dos atos administrativos. Este é o posicionamento adotado pelos autores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2009, p. 798):

Deve-se repisar que não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Não faria sentido o juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, muitas vezes distante da realidade e das necessidades administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador. Significa que, se fosse dado ao juiz decidir sobre a legitimidade da valoração de oportunidade e conveniência realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria esse juiz substituindo o administrador no exercício dessa atividade valorativa, vale dizer, substituindo a avaliação de conveniência e oportunidade realizada pelo administrador, que vivenciou a situação que ensejou a prática do ato, que tem como mister exatamente o exercício de atividades administrativas, por uma avaliação de conveniência e oportunidade realizada por ele, juiz, evidentemente distanciado do cotidiano da administração pública.

Desta forma, o posicionamento apresentado é que o Poder Judiciário poderia anular um ato administrativo, mas não revogá-lo, por se tratar de uma atividade de controle de mérito - algo vedado ao controle judicial - pautado até mesmo no princípio apresentado da separação dos poderes, que são independentes.

Matheus Vianna de Carvalho (2015), traz à tona o princípio da Inafastabilidade da tutela jurisdicional, expresso no artigo 5º, XXXV, da CF/88, que defende que em casos de lesão ou ameaça de Direito o Poder Judiciário não deve se escusar de julgar ou ser impedido de julgar. Relacionando com a Separação dos Poderes, estes não são apenas independentes, mas deve existir uma harmonia entre eles, e como citado anteriormente por Bernardo Fernandes (2013), a harmonia é uma garantia para evitar o abuso de poder, de modo que, se um deles não cumpre a sua função típica o outro pode tomar medidas necessárias para evitar o dano (ou abuso), sem que isso seja um desrespeito a independência entre eles.

Vale lembrar, que o ato administrativo discricionário é aquele em que o Administrador Público tem certa margem de liberdade para realizar atos administrativos com base em juízo de conveniência e oportunidade, dentro dos limites da lei (CARVALHO, 2015), sendo que se discute aqui, a “interferência” do Judiciário nesses atos administrativos nos quais o administrador possui liberdade para realizá-los.

Desta forma, um novo posicionamento emergente não defende a substituição do mérito administrativo realizado pelo administrador público competente pelo entendimento do juiz respeito do tema; mas, surge um entendimento de que mesmo sendo discricionário, ainda assim este ato administrativo possui limites legais que devem ser respeitados, como disposto na própria Constituição Federal/88, no artigo 37, que defende que “A administração pública

direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”. Ou seja, a Administração Pública deve seguir ao princípio da legalidade.

Deve-se advertir, todavia, que a posição assumida por este estudo não é que se possa analisar o mérito administrativo do agente público, substituindo-o pelo do magistrado, mas de que há a possibilidade de o Judiciário verificar, à luz da legalidade e, portanto, das normas e dos princípios constitucionais inspiradores da função administrativa, a validade dos atos administrativos discricionários. Com isso, quer-se dizer que, diante da nova conjuntura do sistema positivo brasileiro, no qual os princípios passaram a assumir grande importância, o controle jurisdicional sobre os atos discricionários recebeu conotação ampla. Assim sendo, poderá o Judiciário apreciar de forma limitada o mérito administrativo, mas apenas no que se refere à sua adequação com o sistema normativo brasileiro, seus princípios informadores. [...] Em outras palavras, não se admite a invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, mas indispensável a análise dos limites desta discricionariedade, uma vez que tais limites correspondem, não ao mérito, mas sim à legalidade (em sentido amplo). (CARVALHO, 2015, p. 31).

Portanto, a reflexão não é sobre o Judiciário analisar diretamente o mérito, mas de apenas verificar se o ato administrativo discricionário está de acordo com os princípios constitucionais e os limites legais dados ao administrador público na execução de um ato administrativo. Sendo este um posicionamento crescente, embora o entendimento da maioria seja da impossibilidade do controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários.

Há ainda o fenômeno chamado ativismo judicial em decisões políticas e administrativas que já se faz presente no ordenamento jurídico através das técnicas interpretativas de ponderação, razão pela qual discute-se a presente temática. Daniel Sarmiento (2015) ao tratar sobre o neoconstitucionalismo, explica que se trata de um movimento que reflete um novo papel do Poder Judiciário, com uma atitude mais pro-ativa - é interessante tendo em vista esta nova postura mais ativista do Poder em questão.

No que diz respeito às jurisprudências, há um entendimento da Ministra Eliana Calmon de Goiás, que defende o controle jurisdicional do mérito administrativo.

A Relatora Ministra Eliana Calmon, na decisão proferida no Recurso Especial no 429570/GO, posiciona-se a favor da possibilidade de controle jurisdicional do mérito administrativo. O recurso em questão foi interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, em sede de uma ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público daquele Estado contra o Município de Goiânia. A Administração Pública teria sido omissa ao não promover obras de recuperação de área degradada por erosões, que estavam causando danos ao meio ambiente e riscos à população circunvizinha. Para a Ministra, diante da omissão da Administração, é possível ao Poder Judiciário analisar os aspectos intrínsecos do ato administrativo. Estes são entendidos como as razões de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário. Não se limita o Judiciário à análise dos aspectos de legalidade (aspectos extrínsecos) da Administração, podendo analisar também a discricionariedade administrativa, quanto ao atendimento aos princípios, no caso, a moralidade e a razoabilidade. (OLIVEIRA, 2007, p. 41)

Portanto, observa-se que o tema exposto está em constante renovação no entendimento com base nos princípios constitucionais aplicados a Administração Pública e os recentes julgados que aos poucos vêm defendendo um novo posicionamento do Judiciário em relação aos atos administrativos discricionários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do exposto, observa-se que o controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários, perpassa por vários princípios constitucionais, como a Separação dos Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), bem como a independência e harmonia entre eles. Há também o princípio da legalidade e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Com base neles, é possível abstrair um novo entendimento que esta em crescimento - a possibilidade não de substituição do mérito administrativo pelo judiciário, mas de uma avaliação da conformidade do ato administrativo discricionário com os princípios constitucionais e os limites legais dados ao administrador público na execução de um ato administrativo.

A pesquisa percorreu um traçado desde a conceituação de administração pública, ato administrativo e suas classificações, para então chegar nas modalidades de controle destes atos, com a finalidade de por fim debater sobre os limites e possibilidades do controle judicial de atos administrativos discricionários - explanando a estrutura da Separação dos Poderes no Brasil, acentuando os pontos rígidos e flexíveis desta estrutura, acentuando a questão do controle judicial e o fenômeno chamado ativismo judicial em decisões políticas e administrativas que já se faz presente no ordenamento jurídico através das técnicas interpretativas de ponderação, razão pela qual discute-se a presente temática. Levando ainda em consideração o neoconstitucionalismo, que é um movimento que ainda não conquistou muitos doutrinadores brasileiros, mas seu posicionamento sobre um novo papel do Poder Judiciário, com uma atitude mais pró-ativa, é interessante tendo em vista esta nova postura mais ativista do Poder em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. São Paulo: Editora Método, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2006

CARVALHO, Matheus Vianna de. **Controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <www.cers.com.br>. Acesso em março de 2015.

PIETRO, Maria Silvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2007.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Belo Horizonte: JuPODIVM.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros 2002.

OLIVEIRA, Clarissa Angélica Santos. **O Controle de mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário**. 2007. 49 f. Monografia apresentada Pontifícia Universidade Católica de Belo Horizonte (MG) para obtenção do grau de Bacharelado em Direito.

SARMENTO, Daniel. **O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidade**. Disponível em: <<http://www.editoraforumcom.br>>. Acesso em março de 2015.