

LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Wilson Medeiros Pereira¹

Ayêska Tatiana Paraíso²

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como finalidade o estudo e discussão acerca da possibilidade de interferência do Poder Judiciário nos atos advindos da Administração Pública. Indaga-se se o controle judicial dos atos administrativos somente pode ocorrer em casos de ilegalidade, sob pena de grave afronta à separação dos poderes e à discricionariedade da Administração ou se é permitido ao judiciário o controle dos atos administrativos discricionários que, embora legais, são imorais ou inoportunos.

Apresenta como objetivo a análise dos aspectos referentes ao controle judicial dos atos da Administração Pública à luz da discricionariedade e inafastabilidade da jurisdição, averiguando as possibilidades ou não de interferência do Poder Judiciário sobre atos discricionários emanados da Administração.

Para estudo do tema analisado, utilizou-se

¹ Mestre em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá/RJ. Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Juiz Federal (TRF1).

² Bacharela em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UNIMONTES.

o método de abordagem dedutivo, pelo qual se parte do geral para se chegar ao particular, já as técnicas de pesquisa empregadas são a bibliográfica e documental, por meio da análise de artigos científicos, doutrinas e jurisprudência, além das legislações específicas acerca do tema.

Verifica-se relevante e atual o debate em comento, uma vez que há ampla discussão na doutrina e jurisprudência acerca da possibilidade ou não de interferência do Poder Judiciário nos atos administrativos discricionários.

Administração Pública e princípios

A Administração Pública pode ser entendida sob dois sentidos, o objetivo e o subjetivo. O sentido objetivo da expressão, também chamado de sentido material ou funcional, consiste na própria atividade administrativa exercida pelo Estado, ou seja, a própria função administrativa. Já pelo sentido subjetivo, denominado formal ou orgânico, a Administração Pública é entendida como o conjunto de entes que exercem a função administrativa, compreendendo os agentes, órgãos e pessoas jurídicas.

Desse modo, a Administração Pública, em sentido subjetivo, compreende o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas que a lei atribui o exercício da função administrativa, sendo composta pelos órgãos da Administração Direta (União, Estados, Municípios e o Distrito Federal) e as entidades componentes da

Administração Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

Percorridos os conceitos de Administração Pública, passa-se ao princípios que regem a Administração. Os princípios, segundo Carvalho Filho (2018, p. 18), “são os postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública”.

Estes princípios revelam as diretrizes fundamentais que a Administração deve seguir e podem ser divididos em expressos ou implícitos. Os expressos são aqueles elencados pelo artigo 37 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), já os implícitos são os que a doutrina e jurisprudência reconhecem como regras de aceitação geral que devem ser observados pelas pessoas administrativas.

Uma das diretrizes básicas que regem a conduta administrativa é o princípio da legalidade, expresso na CRFB/88, o qual estabelece que a Administração Pública só pode agir na presença da lei, ou seja, “toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita” (Carvalho Filho, 2018, p. 20).

Outro princípio expresso na Constituição é o da impessoalidade, que determina que a Administração deve ser impessoal. Este princípio deve ser observado sob dois aspectos, em relação aos administrados e também à própria Administração.

Com relação aos administrados, ensina

Di Pietro (2014, p. 68) que tal princípio “significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas”. Já em relação à Administração, significa dizer que os atos administrativos não podem ser imputáveis ao agente que os pratica, mas ao órgão ou entidade em nome do qual o agente praticou o ato.

O princípio da moralidade, também expresso no artigo 37 da CRFB/88, determina que a conduta dos administradores deve sempre estar pautada na moralidade e em preceitos éticos. Assim, a conduta administrativa não só deve estar prevista em lei, como também conter os preceitos de moralidade, que implica identificar se aquela conduta é boa ou ruim, justa ou injusta, conveniente ou inconveniente, honesta ou desonesta.

Além disso, princípio também expresso pelo artigo 37 da CRFB/88 é o da publicidade, pelo qual se exige a mais ampla divulgação dos atos da Administração, ressalvadas as hipóteses de sigilo, o que possibilita o controle dos atos administrativos por parte dos administrados.

O último princípio expresso no artigo 37 da CRFB/88 é o da eficiência, pelo qual se entende que os atos administrativos devem ser praticados com melhor desempenho possível, a fim de buscar os melhores resultados na prestação de serviços públicos.

Conforme já mencionado, além dos princípios expressos, doutrina e jurisprudência reconhecem outros princípios como regras de aceitação geral que devem ser

observados na atuação administrativa, que são chamados de implícitos ou reconhecidos.

Um importante princípio reconhecido ou implícito é da supremacia do interesse público, o qual determina que o interesse público deve prevalecer em detrimento do interesse privado, em caso de conflito entre eles. Assim, “como regra, deva respeitar-se o interesse coletivo quando em confronto com o interesse particular” (Carvalho Filho, 2018, p. 35).

O princípio da autotutela estabelece que a própria Administração pode, de ofício, anular os atos eivados de ilegalidade e revogar aqueles que não atendem ao critério de conveniência e oportunidade. Este poder de autotutela inerente à Administração Pública é corroborado pelas súmulas n. 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal (STF).

Por fim, dois importantes princípios que devem ser analisados são a razoabilidade e a proporcionalidade. Pelo princípio da razoabilidade, os atos administrativos devem ser observados sob os padrões ou aspectos normais de aceitabilidade, se o administrador atuou fora desses padrões, a conduta administrativa restará viciada.

Nessa perspectiva, segundo Bandeira de Mello (2010, p. 108), “enuncia-se com este princípio que a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional”.

Já pelo princípio da proporcionalidade, a conduta administrativa deve preencher três requisitos, a adequação, pelo qual se entende que o meio utilizado deve ser adequado ao fim pretendido; exigibilidade, que determina que a conduta deve ser necessária, não havendo outro meio menos gravoso para alcançar a finalidade; e, por último, proporcionalidade em sentido estrito, pelo qual deve se verificar se as vantagens superam ou não as desvantagens.

Atos administrativos

É necessária a distinção entre ato da Administração e ato administrativo. Nas lições de Di Pietro (2014, p. 199), “todo ato praticado no exercício da função administrativa é ato da Administração”. Por outro lado, o ato administrativo é menos amplo, abrangendo apenas parte da categoria de atos da Administração.

Ato administrativo pode ser conceituado como “a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público” (Carvalho Filho, 2018, p. 105).

Para Cretella Júnior (*apud* Faria, 2016, p. 99), ato administrativo é entendido como a manifestação da vontade do Estado que, por meio de seus representantes, no exercício de suas funções ou por qualquer outra pessoa

que detenha parcela de poder reconhecido pelo Estado, tenha “finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar, ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa”.

Ademais, Bandeira de Mello (2010, p. 385) conceitua ato administrativo como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Nesse sentido, Meirelles (2016, p. 173) considera ato administrativo como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos”.

Conforme Di Pietro (2014, p. 205), o ato administrativo pode ser entendido como a “declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”.

Assim, depreende-se que o conceito de ato da administração é mais amplo, abrangendo todos aqueles atos que emanam da Administração Pública, como os atos de opinião, atos regulamentares, atos políticos, contratos,

atos normativos, ato administrativo propriamente dito, entre outros. Ao passo que ato administrativo é mais restrito, caracterizando como uma declaração de vontade da Administração, com produção de efeitos jurídicos, finalidade pública, além de se sujeitar ao regime jurídico administrativo e ao controle pelo Poder Judiciário.

Para que o ato administrativo seja considerado válido, é necessário que ele apresente alguns pressupostos de constituição. Não há consenso na doutrina acerca da nomenclatura de tais pressupostos, sendo que a maioria dos autores preferem denominar como “requisitos” ou “elementos”.

Independentemente da nomenclatura adotada, importante consignar que tais pressupostos são essenciais para a validade do ato administrativo. Sem a presença de um dos elementos ou requisitos, o ato praticado restará viciado e poderá ser anulado.

Doutrina majoritária trata elementos, pressupostos e requisitos como equivalentes, diferentemente do entendimento de Bandeira de Mello (2010, p. 391), que os considera como termos distintos, sob a justificativa de que nem todos eles são internos aos atos administrativos.

Para o momento, adota-se a posição majoritária que trata os elementos, pressupostos e requisitos de modo indistinto, uma vez que este entendimento encontra-se em consonância com o direito positivado.

Com efeito, os elementos do ato administrativo

estão dispostos no artigo 2º da Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular) que, além de enumerá-los, descreveu os traços para sua configuração, em seu parágrafo único. O motivo pelo qual a Lei da Ação Popular dispôs sobre os elementos do ato administrativo foi destacar os preceitos para apontar os vícios de invalidade para cada um deles (Maffini, 2009, p. 94).

Segundo o referido dispositivo, os elementos do ato administrativo são: competência, forma, objeto, motivo e finalidade, sendo que a ausência de um deles acarreta a invalidação do ato.

A competência é o elemento do ato administrativo definido como “conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo” (Di Pietro, 2014, p. 212). É o limite ou a extensão definido por lei em que os agentes podem exercer regulamentar sua atividade.

O segundo elemento do ato administrativo a ser analisado é o objeto, que é o conteúdo, o efeito jurídico que o ato produz ou se propõe a produzir. Para que seja válido, o objeto do ato administrativo deve ser lícito (de acordo com a lei), possível (apto a ser realizado), determinado ou determinável (suscetível de determinação).

Quando a lei estabelece e limita o objeto do ato administrativo, diante de uma atividade vinculada do Estado, o agente não tem poder para modificá-lo e, por isso, o conteúdo desse ato se chama objeto vinculado. Ao contrário, quando a lei não estabelece rigidamente o objeto do ato, este

será chamado de discricionário.

Outro elemento do ato administrativo é a forma. Quanto a sua concepção, a doutrina se divide em duas correntes, uma mais restritiva entende este elemento como sendo o modo de exteriorização do ato, enquanto a segunda corrente, mais ampla, inclui, além do modo de exteriorização, as formalidades que envolvem o processo de formação do ato e a publicidade deste.

Para que o ato seja considerado válido, a sua forma deve ser equivalente ao que a lei dispõe, ou seja, a exteriorização do ato deve seguir o que a lei previamente estabeleceu.

Em regra, o ato administrativo deve seguir a forma escrita, documentalmente arquivada e publicada, para que seja possível a sua verificação a qualquer momento. Excepcionalmente, “admite-se que em situações singulares possa a vontade administrativa manifestar-se através de outros meios, como é o caso de gestos (de guardas de trânsito, v. g.), palavras (atos de polícia de segurança pública) ou sinais (semáforos ou placas de trânsito)” (Carvalho Filho, 2018, p. 117).

A finalidade “é o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato” (Di Pietro, 2014, p. 218). Segundo a referida autora, a finalidade pode ser vista sob dois aspectos: em sentido amplo, a finalidade é a consecução do interesse público, enquanto que em sentido restrito, a finalidade é o resultado que o ato se propõe a produzir.

Já para Carvalho Filho (2018), a finalidade do ato administrativo é sempre o interesse público. Segundo o referido autor, a “finalidade é o elemento pelo qual todo ato administrativo deve estar dirigido ao interesse público” (Carvalho Filho, 2018, p. 124).

Por fim, motivo é a situação ou pressuposto de fato ou de direito que ensejou a prática do ato administrativo. A ausência ou indicação de um motivo falso, deturpado, viciam o ato administrativo. O requisito motivo não pode ser confundido com motivação do ato. Como já visto, motivo é a situação que ensejou o ato administrativo, já a motivação é a exteriorização destes motivos.

Os atos administrativos podem ser classificados doutrinariamente de diversas maneiras. A classificação mais importante para a presente pesquisa e que merece destaque é aquela que observa a liberdade de atuação do administrador, sendo classificado em ato vinculado e discricionário.

Os atos vinculados são aqueles que o agente não tem liberdade de atuação, deve seguir os requisitos e condições que a lei estipula para sua realização. Caso desatendido qualquer requisito imposto por lei, o ato praticado pode ser anulado pela própria Administração ou passível de controle pelo Poder Judiciário.

Já em relação aos atos discricionários, a própria lei autoriza que o agente realize uma análise de conveniência e oportunidade para a realização do ato. Segundo Carvalho

Filho (2018, p. 135), “é a própria lei que autoriza o agente a proceder a uma avaliação de conduta, obviamente tomando em consideração a inafastável finalidade do ato”.

Poder discricionário

A Administração Pública, a fim de atender ao interesse público, é dotada de determinadas prerrogativas, denominadas de poderes administrativos. Estes poderes conferidos aos agentes administrativos permitem que o Estado possa instrumentalizar os seus fins. São modalidades de poderes administrativos: poder discricionário, vinculado, regulamentar, disciplinar e de polícia. Para atender o fim proposto na presente pesquisa, necessário se faz o estudo acerca do poder discricionário.

O poder discricionário é a prerrogativa concedida por lei à Administração para praticar os atos com liberdade de escolha, observando a conveniência e oportunidade, sempre com objetivo de atender ao interesse público. Tal atribuição ocorre em razão de não ser possível que a lei descreva pormenorizadamente todas as condutas dos agentes administrativos (Carvalho Filho, 2018, p. 53).

O poder discricionário é diverso do vinculado. Neste, o agente administrativo encontra-se adstrito à lei, não resta ao administrador nenhuma outra forma de agir senão aquela prevista na hipótese legal. Por outro lado, no ato discricionário, decorrente do poder discricionário, há

uma liberdade de ação para prática do ato, a lei garante uma faculdade para o administrador, sob os aspectos da conveniência e oportunidade (Maffini, 2009, p. 59).

Nas palavras de Carvalho Filho (2018, p. 53), pode-se entender poder discricionário como:

Prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

Assim, a discricionariedade é a margem de liberdade que a lei confere ao administrador público para praticar os atos administrativos segundo critérios de conveniência e oportunidade, dentro da razoabilidade, diante do caso concreto.

Como se observa, a discricionariedade não decorre de falta de lei. Ao contrário, a própria lei concede ao administrador atribuição expressa para praticar o ato administrativo da forma que melhor convém ao interesse público, sendo uma “técnica de concretização do princípio da legalidade” (Maffini, 2009, p. 61).

Entretanto, apesar de constituir verdadeiro poder da Administração, o poder discricionário não pode ser visto como arbitrariedade. A liberdade de escolha empregada na prática do ato administrativo deve coadunar com o fim proposto pela lei e com o interesse público. Nesse

sentido, Meirelles (2016, p. 140) assevera:

Convém esclarecer que o poder discricionário não se confunde com poder arbitrário. Discricionariedade e arbítrio são atitudes inteiramente diversas. Discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

O aludido autor observa que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais de Direito e pelas regras de boa administração que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa” (Meirelles, 2016, p. 141).

A partir destas proposições, indaga-se: se o administrador praticar ato discricionário contrário à lei ou aos princípios administrativos, poderá ser este ato anulado pelo Poder Judiciário? Ou, por ser ato discricionário da Administração, encontra-se imune à apreciação judicial?

Controle dos atos administrativos

O controle do Estado pode ser exercido de duas formas, o controle político e o administrativo (ou da Administração Pública). O controle político busca o equilíbrio entre os Poderes estruturais da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), através do sistema de

freios e contrapesos, preconizado por Montesquieu, o qual afirmava que os Poderes deveriam atuar harmonicamente entre si, para que nenhum deles se sobreponha ao outro. Tal ideia ficou conhecida como Teoria da Separação dos Poderes, sustentado na obra “O Espírito das Leis” (Carvalho Filho, 2018, p. 999).

Nesse sentido é que a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) dispôs em seu artigo 2º que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (Brasil, 1988).

Assim, o controle político permite que cada um dos poderes possa controlar o outro, a fim de impedir que um deles se sobreponha aos demais, tendo como objetivo “a preservação e o equilíbrio das instituições democráticas do país” (Carvalho Filho, 2018, p. 1000).

O controle administrativo, por sua vez, tem como finalidade fiscalizar os órgãos que exercem a função administrativa. O controle da Administração Pública pode ser conceituado como “conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder” (Carvalho Filho, 2018, p. 1001).

Afirma Di Pietro (2014, p. 809):

Pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário,

Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Assim, a Administração Pública exerce o controle de seus próprios atos e se sujeita ao controle dos Poderes Legislativo e Judiciário. Este controle abrange toda atividade administrativa, compreendendo os órgãos do Poder Executivo, da Administração Direta e Indireta e dos demais Poderes da República, quando estes exercem a função administrativa.

O referido controle tem como principais fundamentos o princípio da legalidade e o das políticas administrativas. O princípio da legalidade estabelece que a Administração Pública encontra-se sempre adstrita à lei, sendo impedida de agir na ausência de previsão legal. Já o princípio das políticas administrativas determina que o poder de discricionariedade da Administração deve ser realizado de maneira eficiente, conveniente, moral, além de atender essencialmente ao interesse público (Carvalho Filho, 2018, p. 1000 e 1001).

Acerca do objetivo do controle administrativo, Di Pietro (2014, p. 808) afirma:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da

atuação administrativa.

O controle da Administração Pública pode ser classificado em várias modalidades, alterando conforme o Poder, autoridade que o realiza, modo, momento e vários outros aspectos. Quanto à extensão, o controle pode ser interno, que é aquele exercido pelos Poderes sobre seus próprios atos e agentes, ou externo, quando o controlador se situa em outra esfera de poder.

Com relação ao momento ou à oportunidade, o controle pode ser classificado em prévio, concomitante ou posterior. Será prévio quando realizado antes da conduta administrativa ser consumada, tem natureza preventiva, com o intuito de impedir a prática de ato ilegal ou contra o interesse público. O controle concomitante tem natureza tanto preventiva quanto repressiva. Ele acontece enquanto a conduta administrativa se desenvolve. Já o controle posterior tem como finalidade revisar os atos administrativos já praticados, a fim de corrigir, anular ou confirmar estes atos.

Pode ser classificado também quanto à iniciativa, dividindo-se em de ofício ou provocado. O controle de ofício é exercido pela própria Administração no exercício do seu poder de autotutela. Já o controle provocado é suscitado por terceiro, diante de uma atitude ilegal ou contra os princípios da Administração.

Quanto ao âmbito, o controle classifica-se como controle por subordinação, que é aquele realizado

através de diversas hierarquias dentro da Administração, decorrente da relação de subordinação existente na Administração Pública, ou controle por vinculação, pelo qual há a atribuição à pessoa diversa da que praticou o ato, tendo caráter externo.

Além disso, quanto à natureza do controlador ou órgão, o controle pode ser legislativo, judicial ou administrativo. O controle administrativo é aquele executado pela própria Administração Pública, por meio do poder de autotutela, que constitui prerrogativa da Administração de anular os atos ilegais e revogar os atos lícitos, porém inconvenientes e inoportunos.

Conforme ensinamento de Di Pietro (2014, p. 811), “é o poder de fiscalização e correção que a Administração Pública (em sentido amplo) exerce sobre sua própria atuação, sob os aspectos de legalidade e mérito, por iniciativa própria ou mediante provocação”.

O controle legislativo, exercido pelo Poder Legislativo, compreende o controle político e o financeiro, pelo qual irá fiscalizar as condutas da Administração Pública, como por exemplo, a competência do Congresso Nacional de apreciação dos atos do Poder Executivo e o controle realizado pelo Tribunal de Contas.

Já o controle judicial é aquele exercido pelo Poder Judiciário ao fiscalizar e revisar os atos administrativos, por meio de instrumentos judiciais idôneos a pleitear a anulação destes.

Quanto à natureza do controle, este pode ser de legalidade ou de mérito. O controle de legalidade observa se o ato foi exercido em consonância com o ordenamento jurídico, de maneira que tenha atendido ao princípio da legalidade. Já no controle de mérito, há a verificação se a conduta administrativa é dotada de conveniência e oportunidade, não se questionando acerca da legalidade.

Controle judicial dos atos administrativos discricionários

O ato discricionário é aquele emanado no exercício do poder discricionário. A própria lei concede ao agente poder para praticar o ato da maneira que mais convém ao interesse público, sob aspectos de oportunidade e conveniência. Apesar de conferir liberdade ao agente administrativo, o ato discricionário não pode ser utilizado sem vinculação ao interesse social ou agir contrariamente aos princípios da Administração Pública. Nesse sentido:

O poder discricionário, como ficou demonstrado, consiste apenas na escolha da oportunidade e da conveniência. Essas, de certa forma, estão vinculadas ao interesse social, visto que a conveniência e a oportunidade são apreendidas ou concebidas sob o prisma do atendimento dos postulados de interesse geral, ou bem-estar social ou, ainda, interesse público (Faria, 2016, p. 158).

Apesar de ser concedida margem de liberdade

ao administrador, os atos discricionários estão sujeitos a pressupostos de competência, forma, finalidade, motivo, entre outros (Faria, 2016, p. 158).

O ato administrativo, de qualquer espécie, deve ser emitido pela autoridade competente, ou seja, o agente que deve praticar é aquele nomeado pela lei. “Pode-se, então afirmar que o ato administrativo editado em decorrência do exercício do poder discricionário vincula-se quanto ao agente” (Faria, 2016, p. 158).

Ademais, o ato discricionário deve seguir a forma prescrita em lei, uma vez que é um dos elementos do ato administrativo. “A inobservância da forma prevista na lei para determinada espécie de ato o torna nulo. Essa regra vale para todos os atos administrativos, tanto para os vinculados quanto para os chamados discricionários” (Faria, 2016, p. 159).

Segundo o mesmo autor, “a lei é, pois, comando de observância obrigatória, pelos agentes públicos, mesmo quando atua no exercício do poder discricionário” (2016, p. 160). Nesse sentido, a lei, apesar de não ser rígida quanto a estes atos, impõe limitações aos agentes administrativos, que devem seguir as disposições legais.

Além disso, o ato administrativo decorrente do poder discricionário se vincula à finalidade, que sempre deve ser o interesse público. Assim, se o ato emanado da Administração não tenha esta finalidade, ele será viciado. Por fim, o ato discricionário encontra-se vinculado ao motivo, de

maneira que se não existir ou sua indicação tiver sido falsa, o ato não terá validade.

Conquanto a lei tenha estabelecido margem de liberalidade ao agente administrativo, quanto à oportunidade e conveniência, o ato decorrente do poder discricionário encontra-se vinculado a certos pressupostos, cuja ausência caracteriza invalidade do ato.

Assim, a discricionariedade da Administração possui limites, não se manifestando como liberdade plena dos agentes públicos ao praticar o ato administrativo. Nesse sentido, importante estabelecer os principais fatores que limitam a discricionariedade.

O primeiro fator de limitação da discricionariedade que deve ser observado é o da finalidade da lei. Embora a lei estabeleça margem de liberdade para que o agente pratique o ato administrativo, ela também estabelece regras a serem respeitadas. “Esses parâmetros são previstos na própria lei em que se fundamenta o ato ou o comportamento, no sistema jurídico como um todo, nos princípios gerais de direito” (Faria, 2016, p. 164).

Além da finalidade da lei, outro fator a ser observado é a finalidade do ato administrativo, que deve sempre se dirigir ao interesse público. “Se o interesse público é o interesse perseguido pelo ato administrativo, a discricionariedade da Administração não encontra espaço para indicar finalidade que contrarie tal princípio” (Faria, 2016, p. 167).

Ademais, os motivos são fatores de limitação à discricionariedade, estes não devem ser estabelecidos de acordo com a vontade livre do agente, mas deve seguir o que a lei impõe. Assim, quando o ato administrativo é editado sem que “não tenha motivo, ou explicação no interesse ou atividade pública, a discricção transforma-se em puro arbítrio, em desvio de poder” (Lima *apud* Faria, 2016, p. 168).

Na atuação administrativa, outro fator importante é a razoabilidade. Se o agente extrapola o princípio da razoabilidade, o qual estabelece que os atos administrativos devem ser observados sob os padrões normais de aceitabilidade, extrapolará também os limites da discricionariedade.

Além disso, o princípio da proporcionalidade também se manifesta como fator de limitação da discricionariedade administrativa. Como já visto, o referido princípio estabelece que a conduta deve ser adequada ao fim pretendido, necessária para alcançar a finalidade, além de verificar se as vantagens superam as desvantagens.

O abuso de poder, caracterizado quando o agente administrativo atua sem previsão legal ou em desconformidade com a lei, também é um dos fatores de limitação. “O abuso de poder, manifesta-se no momento em que se verifica a transgressão dos limites estabelecidos na regra de direito, para o exercício do poder discricionário” (Faria, 2016, p. 177).

Cumprе ressaltar a importância dos princípios

na limitação do poder discricionário administrativo. No passado, a legalidade era vista unicamente como agir ou não em conformidade com a lei formalmente considerada. Com a evolução do direito e a promulgação da CRFB/88, os princípios passaram a ser reconhecidos como elementos de condição de validade dos atos, marcando uma nova perspectiva de legalidade ampla ou juridicidade, e não somente da legalidade em sentido estrito, ampliando consideravelmente as condutas administrativas suscetíveis de apreciação judicial (Maffini, 2009, p. 62).

Constata-se, pois, os fatores que limitam o poder discricionário da Administração, de maneira que se o agente excede ou extrapola tais limites, o exercício da discricionariedade administrativa estará inquinado.

Conforme anteriormente mencionado, o “controle judicial é o poder de fiscalização que os órgãos do Poder Judiciário exercem sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário” (Carvalho Filho, 2018, p. 1081).

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos é um dos mecanismos de sustentação do sistema de separação de Poderes, uma vez que possui a importante atribuição de examinar, além de seus próprios atos, aqueles advindos dos demais Poderes.

Acerca da separação de poderes, Veil (2014) assevera:

Uma vez verificada a diferença e a independência entre estes três poderes, deve haver também uma harmonia entre os poderes, a qual será alcançada por um eficiente sistema de freios e contrapesos no qual os poderes poderão, sem ferir a autonomia de cada poder exercer um controle recíproco, uma interferência autorizada pela teoria do Estado a fim de dar uma maior segurança para a sociedade.

Nesse sentido, afirma Faria (2016, p. 196) que com “o advento do Estado de Direito, surgiu a especialização das funções básicas e primordiais do Estado, materializadas pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Como consequência, o Estado passou a submeter-se a controle”.

O controle judicial, portanto, se revela como um meio indispensável para manter a harmonia entre os três Poderes. Acerca desse tema, importante ressaltar que existem dois sistemas de controle judicial, o sistema do contencioso administrativo e da unidade de jurisdição, este último adotado pelo Brasil.

O sistema do contencioso administrativo, também chamado de sistema da dualidade de jurisdição ou sistema francês, determina que, ao lado da Justiça do Poder Judiciário, existe uma Justiça Administrativa, responsável por determinados litígios acerca da fiscalização e exame dos atos administrativos. Por este sistema, as decisões proferidas por ambas as Justças são dotadas de força vinculante e imutabilidade, de maneira que a causa decidida em uma delas não pode ser reapreciada pela outra.

Pelo sistema da unidade de jurisdição, sistema

do monopólio de jurisdição ou sistema inglês, adotado pelo Brasil, todos os litígios estão sujeitos à apreciação do Poder Judiciário, caracterizando o “monopólio de jurisdição pelo Judiciário” (Carvalho Filho, 2018, p. 1086).

Assim, a Administração Pública não exerce função jurisdicional, de forma que seus atos sempre poderão ser reapreciados pelo Poder Judiciário, diferentemente do que ocorre no sistema do contencioso administrativo.

A propósito do assunto:

O direito brasileiro adotou o sistema da jurisdição una, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. Afastou, portanto, o sistema da dualidade de jurisdição em que, paralelamente ao Poder Judiciário, existem os órgãos do Contencioso Administrativo que exercem, como aquele, função jurisdicional sobre lides de que a Administração Pública seja parte interessada (Di Pietro, 2014, p. 827).

O dispositivo que fundamenta a adoção do sistema da jurisdição una no Brasil é o artigo 5º, XXXV da CRFB/88, o qual estabelece: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (Brasil, 1988).

Por sua vez, o controle de mérito é aquele pelo qual há a verificação se a conduta é dotada de conveniência e oportunidade, sem se questionar acerca da legalidade. A expressão mérito “significa, pois, aquilo que é melhor, mais

conveniente, mais oportuno, mais adequado, mais justo, tudo, enfim, para propiciar que a Administração alcance seus fins” (Carvalho Filho, 2018, p. 1005).

Portanto, o mérito é o exame da oportunidade e conveniência do ato, em que o administrador decide livremente sobre as soluções mais adequadas ao interesse público. Já a legalidade é a estrita obediência à lei, que vincula a manifestação da vontade do administrador.

Há três entendimentos acerca da possibilidade ou não de interferência do Judiciário nos atos administrativos discricionários. De um extremo, há o entendimento que prevê a absoluta impossibilidade de controle judicial dos atos discricionários. De outro extremo, aquele que trata como completamente possível a sindicabilidade. No entremeio, o entendimento que considera possível o controle dos atos discricionários pelo Judiciário, desde que não adentre no mérito administrativo.

De acordo com posicionamento majoritário, o controle de mérito é privativo da Administração, não se submetendo, portanto, ao exame do Poder Judiciário, tendo como justificativa a existência de discricionariedade dos órgãos administrativos.

Nesse sentido, Carvalho Filho entende que o controle de mérito é privativo da Administração Pública, não se submetendo à sindicabilidade do Poder Judiciário, sob o argumento de que, se existe a discricionariedade atribuída aos órgãos administrativos, somente a eles incumbe

proceder à valoração de conveniência e oportunidade. Afirma o referido autor que “ao Judiciário somente é cabível o controle de legalidade vez que constitui sua função decidir sobre os confrontos entre as condutas administrativas e as normas jurídicas” (Carvalho Filho, 2018, p. 1006).

Assevera Meirelles (2016, p. 845):

O controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e o próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

A Justiça tem a faculdade de julgar o ato administrativo praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que deve ser unicamente a legalidade, sendo vedado ao Poder Judiciário apreciar a conveniência, oportunidade ou eficiência do ato questionado, ou seja, sobre o mérito administrativo (Meirelles, 2016, p. 845 - 846).

Assim, segundo a doutrina majoritária, o controle exercido pelo Poder Judiciário é unicamente o de legalidade, sendo vedado o exame da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, denominado de mérito administrativo, sob a justificativa de que violaria o princípio da separação de Poderes.

Os atos discricionários “sujeitam-se à

apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (conveniência e oportunidade)” (Di Pietro, 2014, 828).

Acerca do controle judicial dos atos decorrentes do poder discricionário, Faria (2016, p. 210) afirma:

Desde a implantação do Estado de Direito até meados do século XX, prevaleceu o entendimento de que o Poder Judiciário não teria competência para controlar atos decorrentes do poder discricionário, sob o argumento de que a liberdade conferida pela lei ao agente público para, diante do caso concreto, escolher a opção que julgasse melhor, se opunha à sindicabilidade do ato pelo Judiciário, sob pena de invasão de competência privativa do Poder Executivo.

Entretanto, verifica-se discussão atual acerca da possibilidade de o Poder Judiciário realizar o controle de mérito.

A respeito desse tema, tem surgido alguma polêmica acerca da possibilidade de controle judicial sobre as denominadas políticas públicas. É que, em regra, tais políticas caracterizam-se como atividade administrativa, de forma que somente à Administração caberá instituí-las e executá-las. No entanto, a ineficiência administrativa tem permitido que o Judiciário profira decisões que provocam ingerência no campo da Administração. Colidem, no caso, os princípios da separação de poderes e da efetividade constitucional (Carvalho Filho, 2018, p. 1006).

Nesse sentido, por muito tempo prevaleceu na doutrina a ideia de que o Poder Judiciário não teria competência para realizar o controle dos atos administrativos discricionários, entretanto, com a evolução do Direito, surgiram discussões doutrinárias no sentido de possibilitar o controle judicial destes atos, diante da imperfeição humana e dos erros cometidos pela Administração Pública ao longo do tempo (Faria, 2016, p. 197).

No início, portanto, não era admitido o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, por entender que o órgão jurisdicional estaria assumindo o lugar do administrador público (Faria, 2016, p, 211).

Contudo, com a evolução do Direito, verificou-se que até mesmo o ato discricionário é vinculado a certos pressupostos, de maneira que o ato que não os observar restaria viciado. “Daí a jurisprudência evoluir para admitir o controle jurisdicional mesmo dos atos chamados discricionários, desde que não se adentrasse o mérito, pois é nele que reside a essência da discricionariedade” (Faria, 2016, p. 211).

No mesmo seguimento, sustenta Meirelles que é um erro considerar o ato administrativo discricionário imune à apreciação judicial, tendo em vista que o Judiciário pode apreciar a sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, verificar se a discricionariedade encontra-se em conformidade com a lei

e com os princípios jurídicos. “O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz” (Meirelles, 2016, p. 142).

De modo diverso, parte da doutrina defende o conceito da “melhor decisão”, pelo qual se entende que ao administrador só é atribuída a escolha de uma única decisão, a melhor ao interesse público. Segundo este posicionamento, o Judiciário pode apreciar o mérito administrativo, tendo em vista que se o agente não praticou o ato que se refere à melhor decisão, caberá o controle judicial.

Sustentam os doutrinadores adeptos dessa corrente que, se o administrador não adotou a melhor decisão que atenda ao interesse público, poderá haver a intervenção do órgão jurisdicional neste ato, em consequência da ineficiência da Administração Pública. Nesse sentido, assevera Carvalho Filho (2018, p. 56):

Nesse passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle das políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das ideias de “judicialização da política” (ou “politização da justiça”), segundo as quais se admite o que se tem denominado de “ativismo judicial”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração.

Tal posicionamento é alvo de severas críticas, uma vez que ao Poder Judiciário é vedado adentrar em aspectos reservados exclusivamente ao Poder Executivo,

sob pena de afronta ao princípio da separação de Poderes, positivado pelo ordenamento jurídico brasileiro através do art. 2º da CRFB/88.

A ampliação do ativismo judicial tem obtido adeptos, em especial a sociedade, diante da ineficácia da gestão administrativa, condutas ilegítimas e consequente insatisfação social com os atos advindos da Administração Pública. Entretanto, imperioso destacar que essa judicialização pode caracterizar grave ofensa à separação de Poderes, princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Excluir o ato discricionário, por completo, do controle pelo Judiciário pode implicar em aquiescência de arbitrariedades pela Administração Pública, deixando a sociedade à mercê dos agentes administrativos, que, respaldados pela discricionariedade absoluta, restariam intocáveis pelo controle judicial.

Não obstante a discricionariedade absoluta seja incompatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, a análise do mérito administrativo, substituindo a escolha do administrador pelo membro do judiciário, se revela como afronta ao princípio da separação de poderes, uma vez que o Judiciário estaria se colocando acima dos demais poderes, ferindo o artigo 2º da CRFB/88.

Assim, diante do exposto ao longo da presente pesquisa, depreende-se que os atos da Administração Pública são controláveis pelo Poder Judiciário, até mesmo os discricionários, a fim de impedir abusos e arbitrariedades por parte dos agentes administrativos, desde que não adentre no mérito, sob pena de afronta à separação de poderes.

Portanto, cabe ao Judiciário controlar qualquer ato administrativo que, sob a justificativa de discricionariedade, extrapole os limites dela, causando algum dano ou ato lesivo ao interesse público.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27 ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. *Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965*. Brasília, 29 de junho de 1965.

CALADO, Maria dos Remedios. *Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9517>. Acesso em 16 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 32 ed. São Paulo: Atlas, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. *O controle do ato administrativo e a jurisprudência do STF e do STJ*. Disponível em: <<https://emporiadodireito.com.br/leitura/o-controle-do-ato-administrativo-e-a-jurisprudencia-do-stf-e-do-stj>>. Acesso em 25 abr. 2019.

MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEZZOMO, Renato Ismael Ferreira. *O controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33660/o-controle-judicial-do-merito-dos-atos-administrativos-discricionarios>>. Acesso em 20 mar. 2019.

NETO, Tarcisio Vieira de Carvalho. *Controle jurisdicional da Administração Pública*. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/50/199/ril_v50_n199_p121.pdf>. Acesso em 16 mar. 2019.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paonelli. O Controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*. Rio De Janeiro, p. 83-116, 2015.

ROSA, Mateus Ferreira. *Controle da Administração Pública, controle judicial e ação popular*. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,controle-da-administracao-publica-controle-judicial-e-acao-popular,47350.html>>. Acesso em 16 abr. 2019.

SILVA, Rômulo Coelho Da. *O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário*. Disponível em: <http://www.dpu.def.br/images/esdpu/revista/artigo07_-_r%c3%b4mulo_coelho_da_silva.pdf>. Acesso em 16 abr. 2018.

TEIXEIRA, Ingrid De Carvalho. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. Monografia (Bacharelado Em Direito) - Universidade Federal Do Paraná. Curitiba, 2003.

VEIL, Paulo. *Controle judicial dos atos administrativos*. Disponível em: <<https://pauloveil.jusbrasil.com.br/artigos/124629890/control-e-judicial-dos-atos-administrativos>>. Acesso em 16 abr. 2019.

VIEGAS, Carlos Athayde Valadares; RABELO, Cesar Leandro De Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara De Almeida Rabelo. *O controle judicial dos atos administrativos discricionários*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9544&revista_caderno=4>. Acesso em 16 abr. 2019.