

CONTROLE JUDICIAL DO ATO DISCRICIONÁRIO: O DOGMATISMO CLÁSSICO E A NOVA VISÃO COM ÓTICA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Rodrigo Simão do Nascimento¹

Resumo

O Controle do Ato Discricionário em tempos remotos estava alheio ao Poder Judiciário, mas com o advento da Democratização do Estado de Direito este controle se tornou possível. Mesmo com o advento de nossa Constituição a doutrina e jurisprudência ainda resistem a uma efetiva fiscalização, contudo o povo anseia a satisfação de suas garantias, que não raras vezes são ignoradas quando da atuação da Administração Pública e por esses e outros motivos que um controle judicial mais efetivo e com base nos princípios constitucionais, poderá realmente garantir os direitos consagrados na Carta Política.

Palavras Chaves: Controle Judicial; Atos Discricionários; Mérito do Ato Administrativo

Abstract

The Discretionary Control Act in ancient times was oblivious to the judiciary, but with the the Democratization Rule of Law this control became possible. Even with the advent of our Constitution the doctrine and jurisprudence still resist effective oversight, but the people looking to satisfy their guarantees, which not infrequently are ignored when the acting Public Administration and by these and other reasons that a judicial review more effective and based on constitutional principles, can really guarantee the rights enshrined in the Charter policy.

Key words: Judicial Control; Discretionary Acts; Merit of the Administrative Act

INTRODUÇÃO

O estudo do ato administrativo é uma questão muito empolgante e fervorosa dentro do Direito Administrativo, pois é por meio do ato administrativo que se exterioriza a atuação do agente público (administrador).

Justamente por serem estes atos que influenciaram no cotidiano das pessoas, que os mesmos devem seguir os princípios consagrados em nossa Constituição, sob pena de não atender o interesse público, a final o administrador é mero mandatário do povo.

Ao longo da história uma verdadeira batalha foi travada para coibir as arbitrariedades que ocorriam em face dos administrados, partindo-se de uma época a qual nenhum ato administrativo era controlado, incluindo-se os discricionários, para um modelo de Estado que visava impor limites à atuação deste próprio Estado. Consagrando-se o Estado Democrático de Direito, o qual os administrados têm garantias que não podem ser suprimidas pela Administração Pública.

Neste contexto entre administrador e administrados, surgem os que defendem uma atuação da Administração Pública cujo controle dos atos é bem restrito e tímido, de forma que a observância da lei se mostra suficiente para a validação do mesmo, impedindo assim sua reforma pelo judiciário.

Noutro pólo, encontra-se uma nova visão que busca a efetividade das garantias constitucionais já consagradas, com a ideia de que uma atuação da Administração

¹ Acadêmico de Direito do 8º Termo – 2011 – Faculdades do Vale do Juruena –AJES. Juína/MT. E-mail: rodriggo182@msn.com.

Pública que atente-se somente para o caráter formal de seus atos, já não cumpre com a vontade daqueles lhe outorgaram poder. Por ser o povo detentor do poder originário, e quando anseia pela aplicação das suas garantias, estas devem ser observadas em cada passo da Administração Pública, seja agindo com ou sem discricionariedade.

É no o centro desta dicotomia que este trabalho se apresenta, evidenciando a evolução histórica do controle judicial dos atos administrativos, bem como os pensamentos que envolvem a discussão deste controle e trazendo a opinião de autores renomados sobre o que se deveria mudar para alcançar o interesse público quando se fala de ato administrativo.

1. ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrarmos ao ponto central deste estudo, devemos fazer algumas distinções e definições sobre termos relacionados ao direito administrativo para facilitar a compreensão do texto, vejamos alguns deles.

Sobre o ato administrativo temos que, em uma abordagem simplificada é nada mais do que uma manifestação que provém da vontade da Administração Pública, diferenciando-se dos atos do Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões).

Para Carvalho Filho² o ato administrativo é 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.

Estes atos administrativos são proferidos na execução das atividades da Administração, variando-se dado a diversidade de atos, podendo ser dentre outros, atos de gestão, expediente, vinculados, discricionários etc.

Para nosso estudo importa diferenciar estes dois últimos e adentrar principalmente nas discussões que envolvem os atos discricionários.

1.1 Atos Vinculados e Atos Discricionários

Visando atender o interesse público, a Administração Pública é composta de poderes administrativos. Poderes estes considerados por Meirelles³ como “*verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas*”, continuando, diz: “*dentro dessa diversidade, são classificados, consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos, em poder vinculado e poder discricionário*”.

O termo vinculado refere-se a uma atuação vinculada a lei, na qual o agente público ao executar certa atividade fica adstrito inteiramente ao que a lei determina. Não nos importa neste trabalho discutir se o termo “vinculado” comporia ou não um dos poderes da administração, mas somente nos interesse a sua definição para distinguir do termo “discricionário”.

Diógenes Gasparini⁴ considera como atos vinculados, os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve a Administração Pública. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite a Administração Pública qualquer outro.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 92.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 716.

⁴ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo* – 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.148.

O denominado poder vinculado é aquele de que dispõe a administração para a prática de atos administrativos em que é mínima ou inexistente sua liberdade de atuação, ou seja, é o poder de que ela se utiliza quando pratica atos vinculados.⁵

Na espécie de atos proferidos em decorrência deste poder, inexiste, portanto, qualquer *vontade subjetiva* da Administração Pública na formação do ato administrativo, pois sua atuação é vinculada à ocorrência dos pressupostos fáticos⁶.

O controle judicial em relação ao poder vinculado não existe controvérsias, a final, os atos dele decorrentes devem estar em conformidade com a lei, sendo assim fácil a realização de seu controle e por isso não é alvo deste trabalho.

Como outrora já explicado, a Administração Pública necessita de instrumentos para dar fiel cumprimento ao interesse público, portanto, difícil seria ao legislador tipificar todas as condutas possíveis, desta forma abriu-se uma margem de liberdade ao agente, para que, no caso concreto faça a melhor escolha, vindo esta escolha ser chamada de *discricionariedade* ou *poder discricionário*.

Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ou implícito, para prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo.

Deste poder de escolha da administração surgem os atos administrativos discricionários, que são praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe a Administração Pública escolher o dito comportamento. Essa escolha se faz por critério de conveniência e oportunidade, ou seja, de mérito⁷.

No estudo dos atos discricionários o termo *discricionariedade* não deve ser interpretado como sinônimo de *arbitrariedade*, mas o contrário. Meirelles faz distinção como sendo a discricionariedade uma liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei; arbítrio ou arbitrariedade a ação contrária ou excedente da lei⁸.

A discricionariedade é característica da atuação administrativa sendo, portanto, de grande utilidade, a final ela exerce, sem dúvida, uma função importante na desenvoltura do Estado, viabilizando adequação e maior eficiência da Administração Pública perante as situações concretas, isto devido à impossibilidade de o legislador prever em lei todas as situações de atuação do administrador.

1.2 Mérito do Ato administrativo

Mérito do ato administrativo tem diferente significado do mérito no campo processual. José de Ribamar Barreiros Soares⁹ deixa claro esta diferença quando preleciona que mérito administrativo diz respeito à valoração intrínseca do ato com vista à delimitação da conveniência e oportunidade, distinguindo-se daquele utilizado no Direito Processual, que é fundo de litígio e relacionado com a lide.

Moraes¹⁰ ainda é mais específico quando diz que o mérito do ato administrativo somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses legais

⁵ PAULO, Vicente. *Resumo de direito administrativo descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino*. – 2ª ed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, 149.

⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3ª ed. – São Paulo: Atlas, 2006. P. 114.

⁷ GASPARINI, op. cit. 149.

⁸ MEIRELELES, op. cit., p. 121.

⁹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 25.

¹⁰ MORAES, op. cit., p. 117.

e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público.

A oportunidade de que se refere o mérito do ato administrativo, relaciona-se com o melhor momento para sua prática, dadas as circunstâncias que o envolvem a situação fática. Já no que tange a conveniência, esta é resultado da apreciação quanto àquilo que é adequado, justo, razoável, eficaz, apropriado e moral.

Tendo feitas estas considerações sobre alguns termos pertinentes a Administração Pública, vamos de fato ao ponto central deste estudo, qual seja, a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

2. Controle Judicial do mérito do ato administrativo

Este tema não é nada pacífico nas vias judiciais e doutrinárias, por isso merece muita atenção do leitor, justamente por este fato que devemos fazer uma abordagem histórica do assunto, para saber como se deu o controle judicial da administração anteriormente e, finalmente, como ele se situa na atualidade.

2.1 Histórico

Convivemos em um tempo onde cada vez mais se busca uma solução judicial dos conflitos, tanto entre particulares, como estes com a administração pública. Mas, nem sempre esta possibilidade esteve ao alcance de todos.

Para que atingíssemos este estágio foi necessária que existisse a Revolução Francesa, marco importantíssimo para nosso estudo. Nesta revolução foi difundido um repúdio ao regime absolutista que tinha como fonte do Direito a personificação do rei, disseminando a idéia de que a fonte primordial do Direito seria a comunidade.

Sobre o primeiro cenário Mihaliuc¹¹ descreve que a idéia de legalismo apresentava-se de forma tímida e cerceada pelo arbítrio do soberano, que não poderia ter suas ações questionadas ou controladas. Superada esta fase, surgiu à noção de Estado de Direito fundamentado na separação dos poderes e em princípios que davam garantias aos indivíduos.

O Estado de Direito surge com propósitos de limitação dos atos estatais pela lei, visando à garantia das liberdades individuais e a submissão dos governantes e da Administração Pública em geral às previsões do ordenamento jurídico.

É justamente nesta fase em que surgiu a primeira noção do direito administrativo, sendo, portanto o elo entre a administração pública e os administrados.

Mihaliuc descreve que a discricionariedade administrativa neste tempo era atividade isenta de qualquer controle judicial, porquanto era vista essencialmente como um poder político e não como um poder jurídico, por isso o administrador detinha autonomia em todos os pontos que a lei não regulava.¹²

Nesta evolução histórica ao poder público não cabia mais a forma de atuação do Estado Liberal, os indivíduos cobravam então uma política mais social do Estado, neste momento teve-se a primeira noção do Estado Social, o qual seria o grande responsável pela prestação de serviços públicos, sendo instaurado contra as mazelas da Segunda Guerra Mundial.

Neste passo, a citada autora ainda expõe que no Estado Social o Poder Executivo ficou fortalecido com o aumento das atividades e serviços reclamados pelo povo, que

¹¹ MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados: Estudos em face de uma Paradigma Constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 19.

¹² MIHALIUC, op. cit., p. 20/21.

gradativamente golpeou o princípio da separação de poderes, ao ponto de agir sem prévia regulamentação pelo Poder Legislativo.

Neste contexto, a legalidade não ficou esquecida, mas teve que sofrer reformulações, como foi o caso da doutrina superar o fato de que a administração não deveria se vincular a lei de forma negativa (o que não é proibido é permitido), mas sim de uma forma positiva (o que não é permitido é proibido).

Esta nova visão de legalidade evidenciada por Mihaliuc se apresenta de forma que o administrador submete-se não apenas a lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal. A citada autora aponta que este novo conceito de legalidade pela primeira vez foi definido como **princípio da juridicidade** por Carmem Lúcia Antunes Rocha.

O princípio da juridicidade consiste na interpretação da lei + direito, que pelas palavras de Soares¹³, foi colocado um verdadeiro arsenal técnico à disposição dos administrados para combaterem a arbitrariedade administrativa.

A idéia de ato inteiramente discricionário, tem sido repudiada ao longo da história em virtude de tal expressão no passado ter servido à imunidade do ato administrativo ao controle judicial.

Este é o contexto a qual se situamos, pois com o advento de nossa Constituição de 1988, instaurou-se no Brasil o Estado Democrático de Direito.

2.2 Conceito de Controle Judicial da Administração Pública

Como bem explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁴, o Brasil adotou o sistema da *jurisdição una*, pelo qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional. Este sistema está consagrado pelo preceito constitucional de que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo (art. 5º, XXXV), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes do Estado.

Em contraposto a jurisdição única esta a jurisdição especial ou dualidade de jurisdição, que Miguel Seabra Fagundes¹⁵ define como sendo a Administração Pública é o próprio juiz do seus atos, posta acima de qualquer controle jurisdicional, cabendo-lhe corrigir os seus próprios desacertos, conhecendo das reclamações suscitadas pelos atos administrados.

A acertada escolha da jurisdição única é dada a evolução do controle judicial da Administração, pois o judiciário tem autonomia própria frente os outros poderes e tem como característica a função essencialmente jurídica e não política. Podendo, assim, efetuar o controle judicial dos atos administrativos toda vez que for provocado e sem sofrer ingerência dos outros poderes.

Sobre este controle, Fagundes explica claramente que, quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.¹⁶

Com esse controle a Administração não é mais órgão ativo do Estado, a demanda vem situá-la, diante do indivíduo como parte, em condição de igualdade com

¹³ SOARES, op. cit., p. 20.

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. – 24ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011, p.754.

¹⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 151

¹⁶ FAGUNDES, op. cit. p. 133.

ele. A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública.

2.3 Possibilidade de Controle Judicial do Mérito do Ato Administrativo

Pelo fato do Brasil ter adotado o sistema de jurisdição única em detrimento da jurisdição especializada, o controle da atividade administrativa não escapa da apreciação pelo Poder Judiciário.

Como outrora dito, a possibilidade de controlar os atos administrativos vinculados não sofre resistência, em virtude de que a atuação do administrador está pautada na lei, desta forma, se violou a norma legal, o controle do ato sem dúvida não escapa do controle pelo judiciário.

Já em relação aos atos decorrentes do poder discricionário, em especial ao controle do *mérito do ato administrativo*¹⁷, a doutrina sem exceção tem consagrado a sua possibilidade, contudo, **os limites deste controle** que são bem questionáveis e, é justamente nestes limites onde reside a maior controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

Nestes pólos da discussão, surgem duas correntes, a primeira considerada como clássica ou tradicional, que se caracteriza por uma visão mais radical, de forma a restringir com maior intensidade o controle judicial do ato discricionário, sendo que o desrespeito a este limite consistirá em ruptura do princípio da separação dos poderes.

De outro norte, apresenta-se a corrente moderna, calcada nos princípios constitucionais, enfatizando que a atuação do Poder Judiciário em frente aos atos administrativos não deve ser limitada a interpretação estrita da lei, mas que a atuação do agente público deva estar sempre em consonância com ordem dos princípios constitucionais, sem considerar tal atuação do judiciário invasão de poder. Os maiores detalhes sobre estas duas correntes veremos nos tópicos seguintes.

2.4 Corrente Clássica ou Tradicional

A doutrina clássica tem estabelecido o mérito do ato administrativo como limite ao controle da administração pública pelo Judiciário. Os defensores dessa tese afirmam que o Poder Judiciário não pode adentrar o mérito do ato administrativo, devendo pronunciar-se apenas acerca da legalidade, a fim de não se inserir em atividade peculiar da administração, o que poderia representar a invasão de um Poder na esfera de competência de outro, em violação do princípio da separação e independência dos poderes, princípio constitucional.

Fagundes¹⁸ sobre o controle judicial do mérito administrativo assim nos contempla: “Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da *legalidade*.”

Neste pensamento se encontram ícones do direito administrativo como Hely Lopes Meirelles¹⁹ que lecionando sobre os atos discricionários e seu mérito, assim pondera: “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 para aferir essa atuação”.

¹⁷ Mérito administrativo deve ser entendido como a escolha realizada pelo administrador, baseada em critérios de oportunidade e conveniência focando atingir o interesse público.

¹⁸ FAGUNDES, op. cit. p. 179.

¹⁹ MEIRELELES, op. cit., p. 158.

José dos Santos Carvalho Filho²⁰, adepto deste pensamento, citando outros ilustres doutrinadores, comenta sobre o mérito do ato administrativo da seguinte maneira:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. Como bem aponta SEABRA FAGUNDES, com apoio em RANELLETTI, se pudesse o juiz fazê-lo, ‘faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’. E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.

Este pensamento é comungado por vários outros doutrinadores, e os reflexos de suas idéias atingem diretamente os julgados dos Tribunais, incluindo-se os Superiores. A contemporaneidade do assunto é visível pela análise do AGR N° 1.298.842 – RJ de 2010, o qual o Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao recurso, com fundamento de que o mérito do ato administrativo não pode ser revisado pelo judiciário.

Neste Agravo de Instrumento, os agravantes pretendiam modificar a decisão que negou produção de prova pericial que visava comprovar questões mal formuladas por banca examinadora de concurso. A fundamentação do STJ foi de que “segundo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como no do Supremo Tribunal Federal, é vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios usados pela banca examinadora na elaboração” principalmente quando “tal postulação tem como objetivo principal refutar o mérito administrativo, o que, indubitavelmente, não encontra amparo neste Tribunal superior”.

Sobre tal decisão, fazemos o seguinte questionamento, e se a prova pericial que se pretendia produzir fosse capaz de comprovar que a banca examinadora na elaboração da prova utilizou-se de critérios imorais, impessoais, desproporcionais e irrazoáveis?

Para fomentar ainda mais a discussão colaciono um julgado recente do Tribunal do Rio Grande do Sul aliando-se a este entendimento, *in verbis*:

Não compete ao Judiciário, à luz do Princípio da Separação dos Poderes, determinar lotação ou remanejamento de servidores, ainda que demonstrada a situação precária de Delegacia de Polícia, por envolver mérito administrativo. Este é adstrito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração, que detém os elementos necessários à eleição de prioridades, conforme sua capacidade orçamentária e segundo a realidade do serviço...²¹

Neste julgado do TJRS negou provimento à apelação do Ministério Público Estadual, que visava reformar a sentença em Ação Civil Pública (ACP), que tinha com o escopo recompor o efetivo previsto para a Delegacia de Polícia para assegurar a manutenção e eficiência da segurança pública na região.

Na ACP foi juntado relatório de inspeção apontado à ausência de serviço permanente de plantão, que a carga horária era excessiva e comprovou a impossibilidade de exercer-se com aquele efetivo um serviço razoável a população e ao final, sugeriu remanejamento de outros policiais para incrementar o efetivo, visando atingir um padrão satisfatório no atendimento.

O Desembargador Relator, Almir Porto da Rocha Filho em seu voto, reconheceu a precariedade: “É fato incontroverso neste processo a precariedade do efetivo policial disponibilizado à Delegacia de Polícia de Barra do Ribeiro”. Mas mesmo assim,

²⁰ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 115.

²¹ RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça AC n° 70042854224, Rel.: Almir Porto da Rocha Filho, Segunda Câmara Cível, DJE 13/07/2011.

pugnou pela improcedência da Apelação: “Apesar da inegável caótica situação local relatada, que é semelhante em todo o Estado, deve ser mantida a sentença, sob pena de o Judiciário assumir decisões que só competem ao Poder Executivo...”.

Ainda mais, “em razão da separação dos Poderes e de inúmeras regras Constitucionais e legais, não pode o Judiciário determinar medidas que resultem em acréscimo de despesas da Administração”.

No trecho a cima, o eminente Relator alegou que somente Administração possui competência legal para gerir as verbas, não podendo o judiciário determinar que se faça incluir verbas orçamentárias para que atenda a expectativa pleiteada pelo Ministério Público, pois tal mister é somente da Administração. E ao final ainda ressaltou: “E não se pode deixar de lado o Princípio da Legalidade, que seria atingido com o acolhimento da postulação contida na inicial”.

Nestes dois julgados que inicialmente se apresentam totalmente diferentes, por tratar de fatos diversos, têm-se um ponto em comum, qual seja, a sustentação de que o mérito do ato administrativo não pode ser modificado pelo judiciário.

Como vimos, mesmo quando se tenta provar que o ato da Administração Pública não atingiu o interesse público, ou mesmo após comprovado a insuficiência da prestação do serviço público de segurança, sob o manto da separação dos poderes, não se pode fazer determinar à Administração Pública destinar parte do orçamento visando prestar um serviço ao menos razoável.

A doutrina clássica apresenta-se com o fundamento de que não cabe ao Poder Judiciário imiscuir-se em atos discricionários de competência exclusiva do Executivo, quando não estão eivados de nulidade, ilegitimidade ou praticados em afronta à lei, sob pena de passar a gerir outro Poder, em grave desconsideração à independência e autonomia constitucionalmente previstas.

Sob este aspecto, mesmo um ato moralmente repudiado, como é caso de se ter comprovadamente uma insuficiência na segurança e não abrir concursos para suprir a demanda, não poderia sofrer ingerência do judiciário.

Isto porque, o princípio da legalidade determina a subsunção da Administração a Lei e a própria Lei diz que, quem determinará em quais setores se destinarão recursos, quando se abrirá ou não concursos é o Poder Executivo, desta forma, nada poderia fazer o judiciário se o administrador foi constituído legitimamente pelo voto do povo, sua competência está definida da Constituição e por não ter agido fora dos limites que a lei impõe.

Neste ponto Meirelles²² sobre os atos discricionários, elucida que a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, só quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder.

É justamente neste ponto que peca a doutrina clássica, pois se utilizando de precedentes dos órgãos superiores e de uma fundamentação doutrinária, não raras vezes, como foi o caso do pedido de prova pericial da banca examinadora, o Judiciário sequer deixa tentar provar a imoralidade, a desproporcionalidade e a impessoalidade do ato, esbarra-se automaticamente neste “bloqueio” jurisprudencial e doutrinário, que como um discurso pronto diz: “não se admite modificar o mérito do ato administrativo por tal atitude considerar-se invasão de Poder”.

Com a visão destes aspectos, Soares²³ assim se refere à doutrina clássica:

Embora no passado tenha atendido aos anseios e finalidades daquela época, servido a propósitos que a justificavam, hoje encontra-se ultrapassada, em

²² MEIRELELES, op. cit., p. 158.

²³ SOARES, op. cit. p. 14.

desconformidade com os avanços democráticos surgidos ao longo dos tempos e com a nova ordem constitucional.

Corretamente manifestou-se o dito autor, pois com o advento de nossa Constituição de 1988, novos rumos foram traçados ao Direito Brasileiro, sobretudo o Direito Administrativo o qual regula os atos da Administração Pública com seus administrados. Estes novos rumos serão apresentados pelo pensamento moderno.

2.5 Corrente Moderna e a Nova Visão

A doutrina clássica se posicionou no sentido de limitar o controle dos atos administrativos, pelo Judiciário, ao exame da legalidade, deixando de fora o mérito administrativo.

Entretanto, tal entendimento não pode ser sustentado, principalmente com o advento da Carta de 1988, para adequar a atuação do administrador público, faz-se necessária a extensão do controle judiciário ao mérito administrativo.

É com este pensamento que se apresenta a teoria moderna de controle judicial do mérito do ato administrativo, estendendo a ampliação do controle deste ato pelo Judiciário, de modo a não analisá-lo somente pelo aspecto meramente formal, mas se ele está em consonância com os princípios constitucionais.

Mihaliuc²⁴, afirma que foram ultrapassadas, com a principalização do Direito, as idéias de libertinagem e arbitrariedade que identificavam o exercício do poder discricionário. Já não imperam as afirmações de uma margem de liberdade ilimitada e incontrolável.

Isto porque, a nossa Constituição Federal elevou-nos ao um Estado Democrático de Direito, e diante deste novo cenário jurídico, todo ato administrativo, quer vinculado, quer discricionário, prende-se à legalidade e aos princípios jurídicos, ou seja, a interpretação do direito deve ser feita com luz ao princípio da juridicidade, lei + direito.

Desta forma, quando um ato administrativo sofrer o controle judicial, o magistrado na aplicação da lei, não deve analisá-la friamente e somente em seu aspecto formal, mas deverá aplicá-la com fulcro nos princípios constitucionais da moralidade, publicidade, motivação, eficiência, finalidade, proporcionalidade, razoabilidade etc.

O administrador no exercício de sua função está a tratar do interesse público que não se pode dispor em prol dos interesses pessoais e coletivos de alguns. Neste ponto, importante é a evolução histórica do controle judicial, o qual era intangível e utilizado pelos regimes autoritários como instrumento de imposição da vontade do administrador.

A evolução nos mostra que cada vez mais prevalece garantias aos administrados em face da Administração Pública, justamente para evitar desmandos e abuso do poder, a final o poder é originariamente do povo e em nome dele deve ser exercido.

Negar-se a tutela jurisdicional de um ato administrativo o qual está camuflado de interesses obscuros e individualistas, não é mais admitido neste novo cenário jurídico. As mudanças estão ocorrendo, a jurisprudência com este entendimento ainda é minoritária, mas não menos importante.

Fato memorável foi o julgado da eminente Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Eliana Calmon no REsp nº 493.811/SP de 2002, que apresentou ao Brasil no âmbito jurídico, **sua nova visão**.

Nas suas palavras disse: *“Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador”*. Ainda mais, falando sobre a evolução histórica do controle judicial do mérito administrativo, em parte de seu voto, fez a seguinte afirmação:

²⁴ MIHALIUC, op. cit., p. 44.

Essa digressão sociológica é importante para direcionar o raciocínio de que não é mais possível dizer, como no passado foi dito, inclusive por mim mesma, que o Judiciário não pode imiscuir-se na conveniência e oportunidade do ato administrativo, adentrando-se na discricionariedade do administrador. E as atividades estatais, impostas por lei, passam a ser fiscalizadas pela sociedade, através do Ministério Público, que, no desempenho de suas atividades precípuas, a representa.

Neste julgamento, a ilustre Ministra deu provimento ao Recurso Especial proposto pelo Ministério Público Estadual, o qual visava à determinação judicial ao Município de Santos a incluir no próximo Orçamento Anual, verbas para implantação de programas sociais para atendimento de Crianças e Adolescentes que estavam envolvidos com álcool e tóxicos.

A decisão do Tribunal de São Paulo em recurso do Município que após ensejou a decisão da Ministra, baseou-se no discurso pronto de que a implantação e criação do programa para tratamento das crianças e adolescentes estava imbricada na oportunidade e conveniência da Administração Pública e impossível de controle pelo judiciário.

A Ministra, sabiamente no seguinte parágrafo concluiu seu voto assim:

A posição do TJ/SP deixa a reboque do Executivo Municipal fazer ou não fazer o determinado pelos seus órgãos, pela Lei Orgânica e pela Constituição, bastando, para o *non facere*, escudar-se na falta de verba. Se não havia verba, porque traçou ele um programa específico? Para efeitos eleitoreiros e populares ou pela necessidade da sociedade local?

O moderno Direito Administrativo tem respaldo constitucional suficiente para assumir postura de parceria e, dessa forma, ser compelido, ou compelir os seus parceiros a cumprir os programas traçados conjuntamente.

Com essas considerações, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente em parte a ação ministerial, determinando seja reativado em sessenta dias o programa constante da Resolução 4/97, devendo ser incluído no próximo orçamento Municipal verba própria e suficiente para atender ao programa.

Neste julgado a eminente julgadora levantou uma grande discussão que permeia sobre a atuação de toda a Administração Pública, qual seja a aplicação do chamado princípio da “reserva do possível”, que consiste na prestação de serviços pela administração condicionados a limites dos recursos públicos existentes.

Em que pese à existência de tal princípio, o mesmo está sendo utilizado como desculpa para não atender o serviço público, sobre o tema Lugon²⁵ diz:

Outro discurso que se erige como obstáculo à eficácia dos direitos fundamentais, quando se trata de direitos prestacionais, é a reserva do possível. (...)

Ora, uma coisa é exigir-se razoabilidade; outra coisa é entender que toda a concretização dos direitos fundamentais prestacionais depende da existência de verbas orçamentárias específicas. Seria pecar contra a comezinha lógica pretender que o Poder Público não possa ser compelido ao fornecimento de um determinado medicamento, essencial à preservação da vida de uma pessoa, ou imprescindível para fazer cessar um estado de sofrimento, ao simples argumento de que não há recursos na rubrica orçamentária pertinente. Tal linha de raciocínio retiraria toda a força dos dispositivos constitucionais garantidores dos direitos fundamentais prestacionais. E teríamos novamente uma Constituição plena de promessas vãs, simples carta

²⁵ LUGON, Luiz Carlos de Castro. *A discricionariedade da Administração e o papel da Advocacia Pública*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2), p. 11/12.

de intenções sem reflexos quaisquer no universo da realidade, como aquelas de um passado nada distante.

No presente caso, a Ministra Eliana Calmon adentrou ao mérito do ato administrativo, de forma a obrigar o Município de Santos a incluir verba orçamentária no próximo ano para que sejam implantados os programas sociais destinados as crianças e adolescentes.

Obviamente que mesma não se baseou em um discurso pronto e acabado ou muito menos se restringiu a análise puramente legal, foi além, interpretou a lei com base nos princípios constitucionais, notadamente o princípio da razoabilidade. A final a lei garante a todos e com muito enfoque a proteção das crianças e adolescentes.

A final, não pode ser a falta de recurso que impedirá a prestação dos serviços públicos **no mínimo em um grau satisfatório** e muito menos que separação dos poderes e a discricionariedade da Administração Pública em escolher a destinação dos recursos públicos, sejam óbices a aplicação e efetivação das garantias constitucionais.

Do belíssimo julgado, extraímos o entendimento sobre os Poderes que constituem o Estado, que apesar de sua autonomia não se devam tratar como estranhos, mas pelo contrário, devem ser olhados como parceiros da Constituição, que quando um pecar o outro lhe compele a cumprir o determinado na Carta Maior, e isso não pode ser considerado invasão de Poder.

Neste ponto vale ressaltar as lições de Soares²⁶, a discricionariedade não é um privilégio da administração, não é um poder concedido em seu benefício, para atender a interesses seus; reflete a preocupação com o interesse público, com o bem estar social. Os poderes conferidos à administração não são privilégios do administrador, são garantias do administrado.

Celso Antonio Bandeira de Mello²⁷, diz que o fato da lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu líbito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos.

Soares nos traz um belíssimo exemplo que nos ajudará a compreender o ponto central da discussão, suponhamos que uma Câmara de Vereadores num Município pobre do Nordeste, em dado momento, resolva votar aumento de salários para os Vereadores e Prefeito em proporção exorbitante, desarrazoada, diante das necessidades daquela comunidade. Embora tal ato possa ter amparo na lei, quer quanto ao seu conteúdo, quer quanto à sua forma, pode ser considerado um ato imoral, em virtude da circunstância que envolve aquela população carente, necessita de assistência médica, educacional, saneamento básico.

Um ato administrativo que se revelasse imoral, como esse ato legislativo, por mais que legal, poderia ser anulado pelo Poder Judiciário por vício de imoralidade e não de legalidade, ou seja, vício de mérito. Pois neste caso, é visível que os agentes públicos não focavam o interesse público, pelo contrário, sob o manto da legalidade acobertaram interesses pessoais.

Neste ponto, não haveria invasão de poder se o judiciário invalidasse este aumento imoral salarial, pois estaria confrontando o princípio constitucional da moralidade administrativa.

²⁶ SOARES, op. cit. p. 62.

²⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros, 2010, p. 108.

Ainda hoje a intangibilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário Brasileiro sedimenta-se no princípio da separação dos poderes, com a independência de cada um deles para atuar de forma livre e com autonomia na sua esfera de competência. E a atuação e controle do judiciário no mérito, consistiria em o juiz fazer as vezes do administrador.

Entretanto, com a constitucionalização do direito administrativo o controle judicial do mérito administrativo, não é considerado como invasão de Poder. Sobre esta atuação do judiciário Eduardo Garcia de Enterria²⁸ diz que:

O controle da discricionariedade não consiste em que o juiz substitua o critério da administração por seu próprio critério subjetivo. Trata-se, entretanto, de penetrar na decisão tomada até encontrar uma explicação objetiva em que se expresse um princípio geral.

Sobre tal circunstância, vale ainda trazer os ensinamento de DI PIETRO²⁹, que assim afirma: *“Não há invasão do mérito quando o judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário”*.

Assim, a justificativa de não analisar o mérito do ato administrativo sob pena de estar configurado a invasão de poder não pode mais prosperar. O princípio da separação dos poderes, outrora tão rígido e basilar para justificação de tantos desmandos, flexibilizou-se a fim de coexistir harmonicamente com outro grande princípio, o da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Mauro Roberto Gomes de Mattos³⁰, sobre esta harmonia diz que mesmo o ato administrativo discricionário não poderá ser caracterizado em colisão com os princípios da legalidade, impessoabilidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Finalizamos, com as palavras de Lugon³¹ dizendo que após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado “mérito” do ato administrativo, antes reservado à oportunidade e à conveniência do agente público.

Hoje já se tem assente que mesmo as escolhas políticas devem estar harmonizadas às diretrizes constitucionais como pressuposto de sua validade. O juiz hodierno, afinizado ao progresso da ciência da interpretação, não mais pode aceitar os grilhões da letra fria da lei.

Corrigindo a omissão dos agentes públicos que se recusam mesmo à faculdade de interpretar a lei; que optam por negar o direito do administrado, numa cômoda posição de Pilatos, ainda que convencidos da procedência do pedido, simplesmente por ausência de coragem para esboçar um mínimo esforço de interpretação.

CONCLUSÃO

A evolução do Estado e, decorrente dele a do controle judicial da Administração Pública, nos faz compreender que a atuação do agente público não pode ser alheia as aspirações do povo, as quais estão consagradas em nossa Constituição pelos seus princípios basilares, pois a não observância destes princípios estará confrontando o próprio Estado Democrático de Direito.

²⁸ ENTERRIA, Eduardo Garcia. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1991 *apud* SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999, p. 63.

²⁹ DI PIETRO, op. cit. p. 755.

³⁰ MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. vol. III. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002, p. 122.

³¹ LUGON, op. Cit.

A Administração Pública é mera mandatária do poder do povo, não podendo dispor dele para alcançar objetivos particulares, a final num Estado Democrático de Direito não é o mérito do ato administrativo que deve ser intocável, mas sim o interesse público. Justamente neste ponto, que a Soares afirmou corretamente que a doutrina tradicional não atinge mais os anseios da sociedade atual, embora tenha muito contribuído no passado.

O citado autor afirma que o objetivo da lei, ao cominar ao administrador o poder discricionário, é que sua conduta atenda não apenas ao interesse público, dentro das soluções possivelmente legais, mas sim ao melhor interesse público, a solução que melhor preencha a boa-fé e moralidade os anseios e necessidade coletivos.

O interesse público por ser um conceito indeterminado, não pode ser utilizado pela Administração Pública para atingir fins obscuros ou camuflar outros interesses, não se deve atingir só o interesse público, mas sim o melhor interesse público.

À luz da moderna hermenêutica, não se admite mais literalidade em que possa o agente público vincular-se a dogmatismos e deixar de garantir direitos já consagrados. Deve a Administração prender-se, sim, ao direito como um todo, e não somente à lei.

Neste ponto vale trazer os ensinamentos de Vini Rabassa da Silva³² que explicando sobre o Racionalismo Aberto em seu artigo sobre a Construção do Fenômeno, diz que não se pode ter uma razão fechada, com absolutismos, determinismos ou “endeuzamentos”, deve-se ter uma razão aberta, crítica, autocrítica, com visão global e contextualizada. Desta forma é que ela pode dar conta da complexidade do mundo atual, oferecendo uma maneira de elaborar idéias que não são dadas como definitivas, podendo ser reformuladas diante de novos dados. Ela abre-se para a multiplicidade e o pluralismo. Constrói uma nova visão de mundo e uma nova concepção de ciência.

O mundo, as relações pessoais, o Direito são dinâmicos, e não podemos ficar parados no tempo. E somente com uma razão aberta podemos apagar o dogma da intangibilidade do mérito do ato administrativo, que no passado contribuiu, mas agora está ultrapassado. Devemos então partir a uma nova visão da qual é possível o judiciário controlar os atos administrativos discricionários e porque não os atos políticos que não forem de encontro com os princípios constitucionais, pois se deve atingir o melhor interesse público, que com certeza só será atingido se os princípios constitucionais realmente estiverem sendo aplicados no caso concreto.

A Constituição não pode ceder sua aplicação ao princípio da Separação dos Poderes em detrimento do princípio da Inafastabilidade de Jurisdição, da Razoabilidade, Moralidade, da Eficiência etc. Deve-se solucionar esta colisão de princípios como determina Robert Alexy³³, qual seja, pela valoração dos princípios, assim, “*quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles*”.

Evidente que não se pode generalizar, mas o sacrifício de vários outros princípios constitucionais, somente ao discurso pronto de que “não se pode entrar no mérito administrativo por tal ato considerar-se invasão de poder”, não se está dando o valor correto aos princípios fundamentais consagrados em nossa Carta Política, e uma inversão desta valoração deve ser feita urgentemente, para que a mesma não seja somente um amontoado de papel escrito.

³² Fenômeno: uma teia complexa de relações / Organizado por Julieta Beatriz Ramos Desaulniers. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000, p. 81.

³³ ALEXY, Robert *apud* CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3682>>. Acesso em: 7 set. 2011.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A resolução das colisões entre princípios constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 62, 1 fev. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/3682>>. Acesso em: 7 set. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. – 24ª ed. – São Paulo: Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FENÔMENO: uma teia complexa de relações / Organizado por Julieta Beatriz Ramos Desaulniers. – Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo* – 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LUGON, Luiz Carlos de Castro. *A discricionariedade da Administração e o papel da Advocacia Pública*. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Administrativo: módulo 2).

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. *Revista Ibero-Americana de Direito Público*. vol. III. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 28ª ed. rev. atual. – São Paulo: Malheiros, 2010.

MIHALIUC, Katherinne de Macêdo Maciel. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados: Estudos em face de uma Paradigma Constitucional*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

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

PAULO, Vicente. *Resumo de direito administrativo descomplicado / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino*. – 2ª ed. rev. Atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.