**O CONTROLE DE MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO PELO PODER JUDICIÁRIO:** uma análise frente aos princípios limitadores da discricionariedade administrativa **[[1]](#footnote-1)**

Carolina Sousa de Araujo Ferreira

Taysa de Oliveira Pires [[2]](#footnote-2)

**Resumo:** O presente artigo tem o escopo de fazer uma abordagem sobre o controle de mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário. Inicialmente, será exposto de forma geral, a conceituação dos atos administrativos e sobre a possibilidade da análise do Poder Judiciário no que concerne ao mérito (critérios de conveniência e oportunidade de quem exerce a função administrativa) da discricionariedade destes atos. Deste modo, em um segundo momento, será dado ênfase ao estudo em comento frente à relação com princípios basilares do Direito e da Administração Pública. Ademais, será exposto o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca do controle jurídico dos atos administrativos discricionários, se há ou não o entendimento de que isso infringe à separação dos poderes. Neste estudo, verifica-se que os atos administrativos discricionários possuem limitações, ao passo que, quando violadas, cabe ao controle jurisdicional resguardar direitos e fazer valer as normas constitucionais.

Palavras-chave: Ato administrativo discricionário. Mérito. Constitucionalização do direito administrativo. Princípios constitucionais. Controle jurisdicional.

1. **INTRODUÇÃO**

A Administração Pública é norteada pelo princípio da legalidade, em que, segundo tal princípio, cabe ao administrador fazer tudo que a lei permite ou obriga. Deste modo, ao contrário do que ocorre no direito privado, a lei define como vai se dar a atuação do administrador, possibilitando duas formas de atuação: a vinculada, onde a conduta do administrador é regulada em sua totalidade; e a discricionária, na qual é concedida certa margem de discricionariedade para escolha de mais de uma conduta possível, isto dentro dos critérios de conveniência e oportunidade, visando a satisfação de um interesse público, sempre em observância aos limites impostos pela lei.

Essa liberdade de atuação baseia-se no exame do mérito do ato administrativo, uma competência outorgada pela própria lei, onde o juiz não pode adentrar, sob o risco de violar o princípio constitucional da separação dos poderes, já que, se o juiz assim fizesse, estaria em verdade substituindo seu juízo pelo juízo do administrado. Não podemos confundir tal liberdade com um exercício de poder arbitrário, posto que, mesmo que exista uma margem de liberdade concedida ao administrador, tal prerrogativa tem limitações impostas pela lei, não sendo uma liberdade absoluta. Ademais, os atos administrativos estão subordinados a várias espécies de controle, dentre estes, destaca-se o controle realizado pelo Poder Judiciário, dada a sua importância em virtude do seu caráter de definitividade.

O objetivo do presente trabalho é analisar o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, isto, sob o prisma dos princípios constitucionais. Para tanto fora necessário, primeiramente, um estudo das características gerias do ato discricionário, com o intuito de embasar a compreensão dos capítulos seguintes. Tem-se, portanto, como finalidade primordial a análise da atuação dos juristas no controle de mérito do ato discricionário, ou seja, nas as razões de conveniência e oportunidade que possibilitam a pratica do ato. Destarte, indaga-se: Até que ponto o Poder Judiciário pode intervir na discricionariedade?

Ao fim, para que seja feita melhor análise, examinar-se-á um julgado do STJ que tem servido de embasamento para muitos outros julgados recentes.

1. **DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS FRENTE O CONTROLE DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS**

Neste momento, será elucidado sob o tema do controle judicial dos atos administrativos frente à relação com princípios basilares do Direito e da Administração Pública, como: Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Interesse Privado; Princípio da Legalidade; Princípio da Impessoalidade; Princípio da Moralidade Administrativa; Princípio da Publicidade; Princípio da Eficiência e o Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

A administração Pública exerce sua função executiva mediante atos jurídicos denominados atos administrativos, estes podem ser praticados por qualquer dos poderes constituídos, os quais se distinguem daqueles emanados no Poder Legislativo e do Poder Judiciário quando estes exercem atribuições específicas.

O ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade (Medauar, 2007, p. 133).

A lei não pode prever em seu texto normativo todas as hipóteses de atuação administrativa, portanto, o próprio legislador deu certa margem de atuação diante de um caso concreto, cabendo a autoridade escolher uma dentre as varias soluções possíveis, sendo todas as opções válidas frente o direito. (DI PIETRO, 2010, p. 212). Nesse sentido, origina-se o poder discricionário.

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de suprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente (MELLO, 2010, p. 48).

Deste sentido, temos que a discricionariedade amplia o campo de liberdade do administrador, visto que este tem a faculdade de escolher seu conteúdo, seu destinatário, sua conveniência, sua oportunidade e modo de realização (MEIRELLES, 2012, p. 172). Este fato lhe outorga um juízo subjetivo quanto a sua maneira de proceder nos casos concretos (MELLO, 2010, p. 09-17).

É justamente, neste sentido que a doutrina criou o termo “mérito do ato”. Que por sua vez, refere-se a ponderação dos aspectos relativos à conveniência e oportunidade que inspiram a prática do ato pelo agente da Administração.

A conveniência ocorre quando o conteúdo jurídico de uma ato administrativo convém à produção de um resultado, este por sua vez, adequado ao atendimento da sua finalidade. Ademais, a oportunidade ocorre quando dados os pressupostos de fato e de direito, o momento da ação é o mais adequado para produção deste resultado que visa sua finalidade.

Posto isso, a discricionariedade ocorre em casos que a lei de modo expresso confere a Administração tal faculdade, quando também a lei se mostra omissa ou quando determina a competência sem estabelecer a conduta a ser adotada (DI PIETRO, 2010, p. 213). É nestas hipóteses que o agente administrativo deve praticar atos em consonância com o que for mais conveniente e oportuno, entretanto, nunca poderá deixar de observar os parâmetros legais e o interesse público.

O Direito Administrativo é regido por normas próprias deste ramo do direito, que compõem o regime jurídico administrativo. O regime jurídico administrativo é o conjunto de princípios, de matriz constitucional, que determinam e orientam a compreensão de todo o direito administrativo. É o regime de “prerrogativas e sujeições” ao qual a Administração Pública está submetida e que confere autonomia científica a tal ramo do direito público.

Os princípios jurídicos são as normas, de origem constitucional, que formam as bases do direito administrativo e regem toda a administração. Por seu caráter geral e abstrato, são normas que têm ampla aplicação no direito administrativo. Como norma, têm peculiaridades quando comparadas com as regras, por exemplo em caso de conflito de princípios, ao qual se aplica a ponderação de valores, onde um pode se sobressair a outro sem, contudo, invalidá-lo. Os conflitos entre regras são resolvidos com base na exclusão, na opção por uma e exclusão de outra, já os princípios podem coexistir, aplicando-se um ou mais ao caso concreto.

1. **O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE NO JULGADO DO RECURSO ESPECIAL Nº 429.570 IMPETRADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO GOIÁS EM CONSONÂNCIA COM A DOUTRINA**

Como foi observado e analisado nos capítulos anteriores, conferiu-se ao Judiciário o poder de exercer um maior controle dos atos administrativos discricionários, de maneira a evitar abusos de poder, satisfação de interesses pessoais, coibindo, assim, práticas de atos que contrariassem os interesses públicos. Dessa maneira, a própria Constituição Federal tratou de prever tal poder, visto que, a via judicial passou a ser o meio de concretização das garantias e dos princípios constitucionais.

Pelas razões já expostas, como uma via de mão dupla, a ampliação do controle pelo Judiciário acabou por reduzir significativamente a discricionariedade administrativa, já que o administrador deverá observar os ditames da lei e seus requisitos para a prática de qualquer ato administrativo, além disso, deverá prezar pela concreta observância das regras e princípios constitucionais que permeiam todo nosso ordenamento jurídico.

O controle jurisdicional do ato discricionário tem sido discutido recorrentemente tanto nos tribunais brasileiros como no âmbito doutrinário, sendo que esta última, afirma que o controle por meio do Judiciário pode ocorrer de três formas: mandado de segurança, ação popular e ação civil pública. Diante disso, será estudado o caso jurisprudencial que subsidiou a monografia de Carolline Leal Ribas, demonstrando esse controle por meio de uma ação civil pública, além de apontar posicionamento doutrinário sobre o assunto. Pois bem, vejamos no que consiste o mencionado caso.

O Ministério Público do Estado de Goiás propôs uma ação civil pública em desfavor do Município de Goiânia, assim, objetivando reformar a decisão de primeiro grau, impetrou o Recurso Especial nº 429. 570. “A ação foi proposta com o objetivo de obter do Poder Judiciário uma ordem de fazer para que se obrigasse o Município, ora recorrido, a recuperar a área degradada por erosões em determinada localidade, as quais estavam causando danos ambientais e risco a população circunvizinha”, discorre Carolline Ribas (2012, p. 15).

Apesar do juízo *a quo* ter entendido que o Poder Executivo possui discricionariedade para decidir sobre a conveniência e oportunidade da realização de obras na região, decidindo então, que não caberia ao Judiciário prover a tutela nesse caso, de modo contrário pronunciou-se o tribunal, que se mostrou ser mais cauteloso ao prover o recurso do Ministério Público. Segue a ementa do julgado:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL AÇÃO CIVIL PÚBLICA OBRA DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. **Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.** 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. **O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade**. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2004, grifo nosso).

Conforme a ementa acima relatada, se faz de extrema importância elucidar que um dos argumentos levantados pelo Ministério Público seria que a “doutrina vem admitindo que o Poder Judiciário exerça o controle de legalidade sobre o mérito dos atos discricionários, desde que respeitando o princípio da razoabilidade”, explica Carolline Ribas (2012, p. 15).

Primeiramente, vamos discorrer sobre a conceituação dada pelos doutrinadores Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 795-796) do que consiste controle de legalidade ou legitimidade e controle de mérito, “ressalte-se que o controle de legalidade ou legitimidade não verifica apenas a compatibilidade entre o ato e a literalidade da norma legal positivada”, continuam “devem, também, ser apreciados os aspectos relativos à obrigatória observância do ordenamento jurídico como um todo, mormente dos princípios administrativos, tais como o da moralidade ou o da finalidade (impessoalidade)”, argumentam.

E o controle de mérito, explicam os mencionados autores (2011, p. 798) “tradicionalmente afirma-se não caber ao Poder Judiciário exercer controle de mérito sobre atos praticados pelo Poder Executivo (tampouco pelo Legislativo, no exercício de função administrativa). Essa afirmação está absolutamente correta, mas deve ser entendida em seus precisos termos”. Se posicionando contrariamente ao tribunal que julgou o respectivo analisado recurso especial, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo (2011, p. 798):

“o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos do Executivo (e sobre os atos administrativos praticados pelo Legislativo) é, **sempre**, um controle de legalidade e legitimidade. Se o Judiciário entender que o ato é ilegal ou ilegítimo, promoverá a sua anulação, **nunca** a sua **revogação**, porque esta se refere a juízo de oportunidade e conveniência administrativas, concernente a atos discricionários, e não à apreciação da validade do ato”.

Isso significa, tão somente, que, com base em princípios jurídicos, o Poder Judiciário pode decidir, em um determinado caso, que um ato administrativo que a administração alegava haver editado no uso legitimo de seu poder discricionário foi, na verdade, praticado com abuso de poder, além dos limites da válida atuação discricionária que a lei, naquele caso, possibilitava à administração. (ALEXANDRINO; VICENTE DE PAULO, 2011, p. 708-799).

Consoante já exposto, percebemos que no voto da Ministra Relatora Eliana Calmon sobre o cabimento da via judicial intervir no ato administrativo ou não, há uma tentativa, com sucesso, de acolher aos posicionamentos doutrinários e aos ditames da própria lei, veja:

Pode o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer? Em caso negativo, estaria deixando de dar cumprimento à determinação imposta pelo art. 3º da lei de ação civil pública? (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, 2004).

Dessa forma, concluímos que compete ao Poder Público reparar e fazer cessar os danos por ele causados, sob pena de ser responsabilizado civilmente pelos seus atos, visto que, a discricionariedade concedida a ele não deve se confundir com impunidade e abuso de poder. Mas, presume-se exatamente o contrário, deverá ser seus atos devidamente limitados pelos dispositivos legais e constitucionais.

Assevera ainda a Ministra Relatora, nas palavras de Carolline Ribas (2012, p. 16) que “se o Estado deixar de adotar medidas necessárias a realização de preceitos da Constituição, sob o mero fundamento de conveniência e oportunidade, estaria abstendo-se de cumprir o dever que lhe fora imposto, o que constitui uma violação negativa ao texto constitucional”. Concluindo, não há porque afirmar haver uma violação à separação de poderes, pois “cabe salientar, todavia, que foi mantida a discricionariedade quanto à escolha, vez que cabe a autoridade administrativa decidir como será a execução das obras que irão recuperar o meio ambiente degradado” explica BINENBOJM (2008, p. 236).

É nesse sentido que se afasta qualquer controvérsia ou discussão de que o Poder Judiciário possa estar substituindo o papel do administrador no caso concreto estudado, invadindo assim, a competência do Poder Executivo. Cabe ressaltar que, o posicionamento doutrinário diverge em alguns aspectos, quando nos referimos se há ou não violação ao princípio da separação de poderes, apesar da doutrina estar abandonando essa posição, mas não cabe a nos discutir de maneira ampla tais divergências no presente trabalho, mas sim, no caso concreto analisado.

1. **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Pelas razões expostas, percebemos que o poder concedido ao Judiciário foi amplificado em decorrência do processo de constitucionalização e judicialização do Direito Administrativo, além de se fazer um instrumento para suprir as lacunas deixadas pelos demais poderes, evitando o abuso de poder e a “desvirtualização” dos atos administrativos discricionários de modo contrário aos interesses públicos e às próprias garantias estabelecidas na Carta Magna.

Consequentemente, com a ampliação desse poder acaba por ensejar uma redução à discricionariedade do administrador, já que este deve observar não só alei em sentido estrito, mas os princípios constitucionais que estão presentes em todo ordenamento jurídico. No que concerne em haver uma violação ao princípio da separação dos poderes, os doutrinadores vêm abandonando esse posicionamento.

No entanto, essa ampliação do controle jurisdicional não pode ir ao extremo, a ponto de substituir o papel do administrador. Justamente por isso, o Poder Judiciário, dependendo do caso concreto, poderá analisar os atos discricionários quanto estes estamparem alguma ilegalidade, abuso de poder, injustiça ou irrazoabilidade, e, em hipóteses excepcionais, poderá até mesmo proferir decisões mandamentais de modo a garantir os princípios e garantias constitucionais.

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente de. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Jus Navigandi, Teresina, ano**, v. 9, 2005. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.gov.br/custoslegis/revista\_2009/2009/aprovados/2009a\_Tut\_Col\_Arenhart%2001.pdf>. Acesso em: 6 out. 2013.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CORDEIRO , Margalene Cavalcante. Neoconstitucionalismo e controle dos atos administrativos. **Revista TCE - PE**, Recife, v. 18, n. 18, jun. 2011, p. 114 – 129. Disponível em: <<https://periodicos.tce.pe.gov.br/seer/ojs-2.3.6/index.php/Revista_TCE-PE/article/view/32/23>>. Acesso em: 04 out. 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade Administrativa - Críticas e Propostas. **Revista Eletrônica de Direito do Estado** (REDE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 21, jan/fev/mar 2010. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-21-JANEIRO-2010-SERGIOGUERRA.pdf>. Acesso em: 5 out 2013.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. **Direito Público**, v. 1, n. 15, 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

\_\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **Revista Digital de Direito Público**, vol. 2, n. 1, 2013. Disponível em: <www.direitorp.usp.br/periodicos>. Acesso em: 05 out. 2013.

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