

CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS: O PODER JUDICIÁRIO E O MÉRITO ADMINISTRATIVO¹

José Cleidisney Cunha Falcão²
Luciano Ramos³

RESUMO

Analisa-se através de um artigo original, a apreciação dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário. O exercício discricionário da Administração Pública deve ser pautado na finalidade desejada pela norma jurídica, mesmo nos atos que envolvem o mérito administrativo. O Poder Judiciário só irá intervir no momento em que ficar evidente a lesão ou ameaça de lesão ao interesse público ou a interesses privados juridicamente legítimos, quando o agente administrativo tenta burlar o verdadeiro desejo do legislador. O julgamento do mérito administrativo é atividade da Administração e corrigi-la, quando não atende ao que prescreve a lei, é inerente ao controle de legalidade feito pelo Poder Judiciário. As idéias serão apresentadas à luz da doutrina, através do método dialético por meio de contraposições e sínteses. O convencimento da necessária interferência do Judiciário na discricionariedade para garantir a eficácia da lei, será o resultado pretendido. A interferência de um poder em outro é necessária para a manutenção do equilíbrio do sistema político-jurídico, que não tem outra finalidade a não ser atingir o interesse da coletividade.

Palavras - chave: Ato administrativo. Discricionariedade. Administração Pública. Controle Jurisdicional. Razoabilidade. Proporcionalidade.

JUDICIAL CONTROL OF ACTS DISCRETIONARY: THE JUDICIARY AND ADMINISTRATIVE MERITS

ABSTRACT

Parses through an original article, the assessment of discretionary administrative acts by the judiciary. The discretionary exercise of public administration should be based on the purpose desired by the rule of law, even in acts involving the merit. The judiciary will only intervene when it becomes evident the injury or threat of injury to the public interest or the private interests legally legitimate, when the administrative agent attempts to circumvent the true desire of the legislator. The trial of administrative activity merit and correct it, when it meets that prescribes the law is inherent in the control of legality by the judiciary. The ideas will be presented in the light of doctrine through the dialectic method through confrontation and summaries. The conceit of the necessary Judicial interference in discretion to ensure the effectiveness of the law, will be the desired result. Interference power in another is necessary for maintaining the balance of political and legal system, which has no other purpose than to achieve the interest of the collectivity.

Keywords: Administrative act. Discretion. Public Administration. Judicial Control.

¹ Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito** da FARN.

² Acadêmico do Curso de Direito da FARN. E-mail: ney_falcao@hotmail.com.

³ Professor de Direito Administrativo da FARN.

1 INTRODUÇÃO

O Estado, instaurado como responsável pela ordem pública e gestor dos interesses da coletividade, executa para tanto, atividades administrativas que causam consequências jurídicas aos seus administrados.

Os atos praticados pelos entes estatais, quando está no exercício da função administrativa, em particular, aqueles atos que decorrem da prerrogativa do Poder Discricionário⁴, nem sempre atendem a conveniência e a oportunidade que devem observar para atingir o interesse público.

Quando atua dessa maneira, os responsáveis por esse tipo de ato administrativo têm causado, em muitos casos, prejuízos aos administrados e ao próprio interesse público.

Necessário se faz demonstrar que a atuação administrativa não pode ficar à mercê do administrador, utilizando-se ele do manto da discricionariedade para defender interesses particulares ou alheios ao interesse público. Procedendo assim, deve o Judiciário intervir e não recuar, sem o receio de que esteja invadindo o mérito administrativo, porque esse, só deve permanecer intocável e exclusivo do administrador, enquanto legal e adequado aos princípios administrativos.

Há casos em que é indubitável que a escolha do administrador entre duas possíveis soluções, no momento em que pratica um ato discricionário, atende perfeitamente a finalidade almejada pelo ordenamento jurídico. Porém, em outros casos, principalmente quando a margem de liberdade discricionária envolve conceitos jurídicos indeterminados⁵, o administrador utiliza-se da prerrogativa que lhe foi conferida para perseguir interesses exclusivamente individuais, seus ou de terceiros e prejudiciais à própria Administração e aos administrados. Esses conceitos são expressões que não permitem uma precisão e possibilitam o abuso da discricionariedade.

A discricionariedade existe porque é impossível ao legislador prevê tudo aquilo que a norma pretende alcançar. Quando disponibiliza ao administrador a possibilidade de decidir diante do caso concreto, não significa que ele possa agir de maneira arbitrária, mas da forma que atenda a finalidade da lei.

⁴ Parte da doutrina não considera a discricionariedade como um poder efetivamente, mas sim, como uma competência exercida com margem de liberdade, do que é exemplo Celso Antônio Bandeira de Mello.

⁵ São expressões vagas que permitem uma análise amplamente subjetiva. Di Pietro (2008) define conceitos jurídicos indeterminados como aqueles conceitos que trazem uma noção vaga, ou melhor, são vocábulos plurissignificativos, por exemplo, “falta grave”, “procedimento irregular”, “ato indecoroso”, “interesse público”.

Pretende-se com os fundamentos que serão apresentados, demonstrar que é necessário a análise da discricionariedade pelo Judiciário, não para examinar a conveniência e a oportunidade do ato e fazer uma valoração de condutas, substituindo aquilo que for decidido de forma legítima pelo administrador, mas sim, para corrigir distorções quando ele abusa da prerrogativa que lhe é conferida. Para isso será utilizado nesse artigo o Método Dialético, opondo idéias e fatos com o intuito de formular novos entendimentos sobre a intervenção do Judiciário na atuação discricionária da Administração Pública.

A interferência do Poder Judiciário, analisando seus limites e hipóteses de ocorrência, para eliminar vícios causados pelo agente administrativo quando se encontra no exercício do Poder Discricionário, será a idéia apresentada neste artigo, pois, se entende que só assim, pode-se atingir o interesse público. Essa intervenção da maneira como será abordada, não tem como objetivo levar ao entendimento de que pode haver a substituição do mérito do administrador pelo mérito do magistrado, mas a intangibilidade do mérito irá depender do cumprimento das exigências do correto exercício discricionário.

2 FUNÇÕES DO ESTADO

A Carta Fundamental do ordenamento jurídico brasileiro prescreve a Separação dos Poderes em seu Art. 2º. Nos séculos XVII e XVIII, quando a teoria da *tripartição de poderes* se desenvolveu com o francês Charles de Montesquieu, não visava outro objetivo, senão, a limitação do poder do governante.

Foi com Montesquieu, através da publicação de sua obra “Espírito das Leis”, que se explorou a idéia da realização das funções estatais por órgãos distintos. Era a filosofia política do movimento iluminista que ganhava espaço e se desenvolvia.

A idéia apresentada pelo francês Montesquieu da “limitação do poder pelo poder” consistia no exercício das diversas funções por órgãos distintos, sem que houvesse subordinação entre eles. Isso teria como consequência natural um controle recíproco e automático entre eles.

Essa teoria ganhou espaço e se consolidou com a Revolução Francesa, pois na própria Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão afirmava-se que *um Estado cuja Constituição não consagrasse a teoria da separação de poderes era um Estado sem*

Constituição (“Toute société dans laquelle la garantie des droits n’est pas assurée et la séparation des pouvoirs déterminée, n’a point de constitution.”)

A separação de poderes adotada em nossa Carta Política, não seguiu a rigidez proposta na Revolução Americana, pois neste caso, diferente do que propunha a teoria original, desencadeou um arbítrio por parte de cada poder. O sistema adotado no ordenamento jurídico brasileiro é o da separação de poderes flexível, de forma que não há um exercício exclusivo e absoluto das atividades do Estado.

As funções estatais referem-se de uma forma geral às atividades que permitem o funcionamento do Estado. São três: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. A primeira delas consiste na produção de normas gerais e abstratas por meio do Congresso Nacional, que orientam procedimentos a serem seguidos por todos que estão submetidos ao ordenamento jurídico do Estado e impõem, muitas vezes, sanções ao descumprimento dessas orientações. A segunda é exercida precipuamente pelo Poder Executivo de forma típica e atipicamente pelos demais Poderes e consiste em aplicar as normas produzidas, de tal forma que, realizem concretamente, a finalidade de interesse público legalmente estabelecida. A última função do Estado permite corrigir as falhas cometidas na aplicação da norma pelo Executivo, ou mesmo, eliminar do ordenamento jurídico aquelas que foram criadas com vícios que as tornam incompatíveis com o ordenamento jurídico vigente. O exercício da função Jurisdicional se dá pelos órgãos do Poder Judiciário.

Para haver o equilíbrio e a harmonia no exercício das funções estatais, criou-se um mecanismo que permite o controle recíproco entre os poderes, o qual foi denominado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*).

Este sistema não permite, como pode parecer a princípio, a subordinação de um poder pelo outro. Muito pelo contrário, cada poder tem total autonomia no exercício das atividades que lhe são inerentes. O que se permite através desse sistema é o controle de um Poder sobre os excessos cometidos por outro, dentro dos limites permitidos constitucionalmente.

Ilustrando a idéia do sistema de freios e contrapesos, podemos observar a previsão constitucional da interferência do Poder Legislativo e do Poder Judiciário no Poder Executivo. A Constituição Federal prescreve, em seu Art. 49, X quando trata da competência do Legislativo exercida por meio do Congresso Nacional, que este deve: “fiscalizar e controlar, diretamente ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”. O Poder Executivo não pode ser exercido ao livre arbítrio do Chefe

de governo, devendo submeter-se a um controle exercido por outro Poder, qual seja o Legislativo.

Percebe-se que a interferência do Judiciário no Executivo decorre de uma intenção do Constituinte originário quando estabeleceu o princípio da Inafastabilidade de Jurisdição. A Constituição estabelece no Art. 5º, XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Com isso, deixa claro nossa Lei Fundamental, que é necessário o controle do exercício das demais funções estatais pelo Judiciário, com o fim de se garantir a aplicação da norma, de forma que não haja o exercício arbitrário do poder estatal, tendo em vista que o poder deve ser encarado como um dever de bem e fielmente cumprir a norma jurídica. Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 14):

Na função o sujeito exercita um poder, porém o faz em proveito alheio, e o exercita não porque acaso queira ou não queira. Exercita-o porque é um dever. Então, pode-se perceber que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da idéia de poder, mas gira em torno da idéia de dever.

Fatalmente, a atividade discricionária será alvo de uma revisão jurisdicional, se o responsável pela execução do ato administrativo não exerce o dever imposto pela norma, e manifesta o poder de forma desmedida, sem observar que o poder que lhe é conferido, não passa de uma prerrogativa para o exercício de um dever que atenda ao interesse público.

3 DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade⁶ administrativa foi instituída como uma ferramenta nas mãos do administrador para que o interesse público fosse atingido e não ficasse, assim, limitado pela morosa produção normativa que cabe ao Legislativo.

Marcus Cláudio Acquaviva (2009, p. 314) traz a definição de discricionariedade nos moldes seguinte: “Prerrogativa conferida à pessoa jurídica de direito público ou autoridade administrativa, de agir ou se abster de agir em determinada circunstância, fundando-se tão somente na oportunidade e conveniência da medida”.

⁶ A discricionariedade é aplicada no exercício dos atos discricionários que de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 418) são aqueles que “a Administração pratica dispondo de certa margem de liberdade para decidir-se, pois a lei regulou a matéria de modo a deixar campo para uma apreciação que comporta certo subjetivismo”.

A discricionariedade consiste numa espécie de atribuição concedida ao administrador público, para o exercício de uma liberdade administrativa pautada na moralidade, idoneidade e limitada por princípios administrativos e normas legais. O administrador recebe essa prerrogativa da norma, para escolher sob os critérios da conveniência e oportunidade a melhor solução para o caso concreto, com uma única finalidade, qual seja, atender o interesse público.

Não se pode conceber uma idéia de discricionariedade onde a liberdade do agente é plena, podendo diante de um caso específico tomar esta ou aquela decisão, estando assim amparado pela prerrogativa que lhe foi concebida. Cada caso merece um tratamento específico e exige uma decisão pautada em critérios subjetivos que são limitados. Isso significa que a discricionariedade não deve ser caracterizada como um poder e sim como um dever de bem executar a finalidade rigorosamente exigida pela norma. Uma abordagem muito interessante da discricionariedade é realizada por Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 953):

Se a lei, nos casos de discricção, comporta medidas diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de caso e outra solução para outra espécie de caso, de modo a que sempre seja adotada a solução *pertinente*, adequada à fisionomia própria de cada situação, a fim de que seja atendida a finalidade da regra em cujo nome é praticado o ato.

O que a Administração deve perseguir é a perfeita solução para o caso concreto, a solução ótima que atenderá o interesse da norma, em suma, a solução mais justa diante das circunstâncias de fato que exigem do agente administrativo uma concretização da lei. Essa exigência se coaduna com o entendimento doutrinário que tem se expandido. A título de exemplo podemos citar Juarez Freitas (1999, p. 233): “O administrador público, nos atos discricionários vinculados, emite juízos decisórios de valor, no encalço da máxima concretização dos valores projetados pelo sistema jurídico...”

Diferente do ato vinculado, o discricionário será definido no caso concreto. A Administração não perderá com isso a possibilidade de escolha entre as possíveis soluções que atendam a finalidade exigida. Porém, isso na prática, estará bastante limitado, porque a regra consiste em uma solução específica para cada situação fática. Para fundamentar essa idéia expõe-se o que entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 426): “Em rigor, não há, realmente, ato algum que possa ser designado, com propriedade, como ato discricionário,

pois nunca o administrador desfruta de liberdade total. O que há é exercício de juízo discricionário...”

A discussão envolvendo a discricionariedade se acentua quando no caso concreto as decisões envolvem os conceitos jurídicos indeterminados. Nesses casos, mas também nos casos em que esses conceitos não estão envolvidos, ocorrerão algumas situações em que não haverá dúvida quanto à aplicação da decisão tomada pelo administrador. Entretanto, haverá situações onde naturalmente verifica-se que determinada decisão não é compatível com o caso concreto. Nesse momento, cresce a importância de uma análise discricionária cuidadosa, precisa e sem a interferência de interesses particulares sobre a causa, que deve ser realizada pelo Judiciário para que seja garantida uma aplicação legal e condizente com os anseios que as circunstâncias do fato exigem.

A discricionariedade com ampla liberdade de escolha para o administrador, utilizando-se de uma ou outra solução para aplicar a determinado caso, já não pode ser concebida, porque ainda que existam várias possibilidades diante de cada caso específico, a Administração está condicionada por parâmetros legais e sua liberdade deve atender aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. A própria qualificação do caso como específico, já pressupõe a exigência de uma solução também específica.

3.1 Mérito Administrativo

O mérito administrativo decorre de uma prerrogativa atribuída aos agentes administrativos para o exercício da finalidade idealizada pelo legislador ao estabelecer a norma jurídica. Ele está relacionado ao poder de valoração que tem o administrador diante de um caso concreto que não pôde ter sua solução preestabelecida, quando a norma que impôs o ato foi criada.

A valoração da conduta que está a cargo do responsável pela prática do ato administrativo relaciona-se à conveniência e a oportunidade da prática do mesmo. A conveniência, como afirma José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 47), indica “em que condições vai se conduzir o agente”. Já a oportunidade, sob a ótica desse mesmo autor, “diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida”. Seabra Fagundes (1984, p.131) leciona :

o mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou é legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.

De forma sucinta, o mérito administrativo consiste no resultado da aplicação do poder-dever conferido a Administração para analisar os aspectos relacionados à conveniência e à oportunidade, quando da prática de um ato discricionário. Essa análise deve ser processada de uma maneira tal, que proporcione, ou melhor, que atenda a finalidade para a qual a norma foi criada.

Não pode o administrador se olvidar em momento algum, que o poder a ele atribuído não comporta práticas dissonantes ao anseio legal. A lei impõe ao administrador liberdade e limites. A liberdade não consiste na prática do ato da maneira que lhe aprouver, mas sim, no estrito limite estabelecido pela finalidade pretendida pelo ordenamento. O mérito administrativo deverá ser considerado intocável, intangível quando a Administração praticar o ato nos estritos limites estabelecido pela lei, alcançando sua verdadeira finalidade.

Quando se atribui poderes a alguém para o exercício de atividades inerentes ao Poder Público, não se espera que o detentor do poder possa agir ao seu livre arbítrio. Se assim fosse, qualquer um seria investido no exercício desse poder, pois o que menos importava seria como o titular do poder utilizaria a prerrogativa que lhe foi atribuída.

Claro está, que o que se espera daquele que detém um poder para exercer determinada atividade, é que ele o exerça de forma que cumpra a finalidade estabelecida por quem lhe atribuiu tal poder, ou melhor, o detentor do poder deve alcançar o interesse público⁷.

Essa regra também se aplica no exercício das funções administrativas. Dentro dos diversos escalões da Administração Pública, os vários agentes administrativos são investidos em poderes para exercer determinadas funções praticando determinados atos. Quando o ato a ser praticado está totalmente delineado pela lei, não se espera qualquer tipo de valoração pelo agente que deve praticá-lo, pois, preenchidos os requisitos exigidos pela norma, cabe ao administrador praticar, de pronto, o ato. Porém, quando a prática do ato exige análise dos

⁷ Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), função pública “é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público, mediante o uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pela ordem pública”.

elementos que constituem o mérito administrativo, cabe ao agente utilizar-se da liberdade administrativa para analisar a conveniência e a oportunidade para praticá-lo.

O controle do mérito administrativo nasce justamente do exercício do ato discricionário, no momento em que se faz necessário a análise do exercício da conveniência e da oportunidade. Como afirmado anteriormente, o poder atribuído ao administrador restringe-se aos limites impostos por quem lhe concede o poder. No que tange aos atos administrativos, seja no ato vinculado, seja no ato discricionário, a lei estabelece limites para que sua finalidade seja cumprida.

José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 120) entende que “O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer o controle judicial sobre o mérito administrativo”. Reforça seu entendimento com um posicionamento jurisprudencial, qual seja: **“a conveniência e oportunidade do ato administrativo constitui critério ditado pelo poder discricionário, o qual, desde que utilizado dentro dos permissivos legais, é intangível pelo Poder Judiciário”**⁸. (Grifo no original)

Justo o entendimento doutrinário que prima pela Separação dos Poderes do Estado, uma vez que este não concebe a substituição do mérito do administrador pelo mérito do julgador. Isso não impede, porém, que haja um controle dos atos discricionários, ou, mais precisamente, do mérito administrativo, quando o administrador utiliza-se da discricionariedade de forma a infringir a finalidade que a lei pretende alcançar, aproveitando-se do grau de subjetividade que envolve a atuação discricionária e alegando motivos e finalidades que só existem aparentemente. Quando analisadas estas hipóteses na sua essência, verifica-se que a intenção do administrador foi totalmente diversa do que estabelecia a lei, não atingindo dessa forma o interesse público, e sim interesses particulares.

3.2 Limites da Discricionariedade

Nos casos que envolvem análise do mérito administrativo, o agente estatal não pode furtar-se dos limites estabelecidos pela lei.

⁸ TJ-SP (ApCív nº234.352-1, 2ª CCív, Rel. Des. CORREIA LIMA, julg. em 2/5/1995).

Quando o legislador permitiu uma margem de liberdade para a Administração Pública atuar, não atribuiu a ela poderes suficientes para desconSIDerar a legalidade exigida para a prática do ato.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 13): “a relação existente entre a Administração e a lei, é não apenas uma relação de não contradição mas é também uma *relação de subsunção*”.

Os princípios administrativos como moralidade, legalidade, impessoalidade, entre outros, devem ser observados quando o agente administrativo está investido de competências que são exercidas discricionariamente. Ao Judiciário cabe a análise da conformidade do ato discricionário com a lei. Os elementos do ato discricionário que segundo a doutrina estariam fora dessa análise seriam o motivo e o objeto, pois os demais elementos, como competência, finalidade e forma, naturalmente estariam submetidos ao crivo do Judiciário por serem elementos vinculados.

Acontece que o administrador público, nem sempre investido de idoneidade e ética administrativa, utiliza-se da discricionariedade para atuar em benefício próprio ou alheio, fazendo uso da prerrogativa que lhe confere a lei para cometer arbitrariedades. É nesse momento que se deve estabelecer limites ao poder discricionário, para que possa praticar atos em consonância com os anseios definidos no ordenamento jurídico.

Como expressamente estabelecido no Art. 37 da nossa Carta Política, a Administração Pública obedecerá, entre outros, o princípio da legalidade. Com base nessa norma, entende-se que ela só poderá fazer aquilo que estiver permitido na lei, ou melhor, no exercício da função administrativa, a vontade do administrador, ainda que investido de discricionariedade, é a vontade da lei.

A aferição do ato administrativo pelo Poder Judiciário, no que se refere ao ato vinculado, não apresenta grandes dificuldades. A lei estabelece uma única conduta a ser tomada pelo agente, que diante do caso que exige a aplicação daquela norma, só resta seguir aquilo que está imposto pela lei. Ao magistrado cabe analisar a conformidade do ato com a lei, ou melhor, se o agente administrativo age da forma estabelecida pela lei fazendo com que haja uma verdadeira subsunção do fato à norma.

A grande dificuldade do Judiciário encontra-se justamente na análise dos atos discricionários. Segundo a doutrina majoritária, não cabe ao magistrado a análise do mérito administrativo, substituindo o mérito do administrador pelo seu.

De fato, as funções no exercício dos poderes estatais já estão previamente definidas na própria Carta Constitucional, garantindo-se nela a Separação dos Poderes, devendo existir uma relação de independência e harmonia.

Não foi outro o fim do legislador constituinte ao separar as funções que deveriam ser praticadas pelos entes estatais, senão, evitar a concentração dos poderes nas mãos de uma ou algumas pessoas, evitando o abuso do poder através de práticas administrativas que não atendessem ao interesse público, mas sim a interesses particulares. Conforme entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 11):

Com efeito, o pensamento de Jean Jaques Rousseau, que em sua última e derradeira instância se apóia na idéia de igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder, a eles pertenceria. O Estado receberia parcelas de poder deferidas pelos vários indivíduos. De sorte que a origem, a justificação do poder, não mais residiria em algum direito divino, ou na simples positividade derivada da força, mas, pelo contrário, seria uma resultante direta da vontade consoante dos vários indivíduos que compõem o todo social. É a idéia de soberania popular, é a idéia de democracia⁹.

Há situações em que a decisão do administrador atende incontestavelmente a finalidade pretendida pela norma jurídica. Porém, há casos em que a definição e os conceitos existentes na norma permitem ao administrador fazer interpretações não desejadas e não condizentes com o fim que a norma jurídica pretende alcançar. São situações que envolvem um grau de subjetividade que facilita a atuação do administrador que não age de boa-fé. Alegando o agente público fazer uso do poder discricionário, ele burla a real finalidade que a norma pretende atingir e atende a interesses que lhe são próprios.

A tendência atual é a elaboração de teorias que buscam fixar limites a discricionariedade exercida pelos agentes administrativos, exemplo disso são as teorias relativas ao **desvio de poder** e a **teoria dos motivos determinantes**. A primeira, como o próprio nome expressa, permite a atuação do Poder Judiciário quando se percebe que o fim atingido desvia-se da orientação apresentada de forma implícita ou explicitamente pela lei. A segunda tem como base a análise do elemento motivo. Se o agente público alega determinado motivo para justificar a prática de um ato, esse motivo deve, de fato, existir, para justificar a atuação da Administração Pública.

⁹ El Contrato Social, tradução espanhola, Editorial Maucci, Barcelona.

Essas duas teorias são bem aplicadas aos casos que envolvem as **noções imprecisas**, como “interesse público”, “conveniência administrativa”, “moralidade”, “ordem pública”, de que o legislador utiliza-se na elaboração da norma jurídica. Na doutrina alemã essas noções imprecisas são conhecidas como “conceitos legais indeterminados”.

O uso de conceitos jurídicos indeterminados não implica necessariamente, que a aplicação da lei se dará dentro de uma margem de liberdade por parte do agente administrativo, podendo dessa forma, o ato administrativo ser submetido ao Judiciário. Esses casos ocorrerão em situações que dependem não de uma escolha do administrador, e sim, de uma correta interpretação da norma que levará a solução ótima, ou melhor, a única esperada do aplicador da lei.

É possível verificar que mesmo nos casos em que o administrador tem uma margem de liberdade, ela não é tão ampla como muitos podem pensar. A tendência que se tem firmado na doutrina é no sentido de que essa liberdade deve ser cada vez mais limitada. Como afirma Maria Sylvia Zanella de Pietro (2008, p. 207) “começa a surgir no direito brasileiro, forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial”.

Esse controle não deve restringir-se apenas a anulação do ato administrativo, mas deve corrigir a distorção causada pela Administração, atendendo assim, a finalidade para a qual a norma se propõe.

A atuação do Judiciário, quando no exercício dessa correção, não pode ser entendida como uma invasão do Judiciário na esfera administrativa, pois, essa função estatal foi criada para impedir o cometimento de injustiças, para evitar a utilização incorreta dos poderes atribuídos aos agentes administrativos. A Separação dos Poderes não se dá de forma absoluta, por isso foi desenvolvido o sistema de freios e contrapesos, permitindo a intervenção de um poder em outro para que haja um controle recíproco dos poderes, evitando o abuso no exercício das funções estatais.

Dando continuação ao entendimento doutrinário que tem consagrado limites a utilização do Poder Discricionário, José dos Santos Carvalho (2008, p. 47) entende que “um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial”.

Essa discricionariedade na aplicação da norma, ou melhor, na análise do caso concreto é que deve receber limites. É justamente no agir do administrador que se verifica a distorção entre o que pretende a norma e o que tentou alcançar a Administração Pública.

4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

A Administração Pública emite atos inerentes ao exercício da função administrativa e que decorrem, muitas vezes, da margem de liberdade da qual é investido o agente público quando se utiliza da discricionariedade.

Tamanha seria a inocência do legislador em não estabelecer limites, controle, ao exercício da função administrativa, em particular, quando age discricionariamente. Esse controle pode ocorrer tanto por parte da Administração aplicando o princípio da autotutela, ou ainda, pode se dar pela via externa, dentre outras formas, o controle realizado pelo Judiciário.

Os efeitos causados pela má atuação da máquina administrativa não se limitam a prejuízos para a própria Administração, mas, pelo contrário, estende seus efeitos para a esfera dos administrados, e quando não é possível a correção, causam danos que podem ser irreversíveis e irreparáveis. Logo, só o controle poderá evitar tamanhas conseqüências.

4.1 Controle dos Atos Discricionários pela Administração

Faz-se necessário um controle da atuação administrativa na prática de atos inerentes à função administrativa.

Um princípio que reina na atuação da Administração Pública é o chamado princípio da autotutela. Ele consiste no poder que detém a Administração de desfazer os atos administrativos quando se verifica sua inviabilidade no que tange a dois aspectos. O primeiro desses aspectos é o atinente a legalidade e o segundo refere-se ao mérito.

Quando eivado de vício de legalidade o ato, deve o administrador anulá-lo. Se o defeito do ato se relaciona ao segundo aspecto, ou seja, aos elementos do mérito administrativo, conveniência e oportunidade, deve o agente administrativo revogá-lo.

Esse entendimento encontra-se sumulado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (STF). Através da súmula 346, esse tribunal demonstra que “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Reafirmando a autotutela administrativa, o STF através da súmula 473 defende o seguinte:

A administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

A correção da falha administrativa, quando a Administração Pública atua discricionariamente, pode ser realizada ex officio. Nesse caso, a autoridade administrativa desfaz o incidente causado por seu subordinado ou por ela própria, sem que seja necessária uma provocação. Essa correção também pode advir de uma inquietação do administrado que se sinta lesado pelo ato administrativo.

O controle sobre os atos administrativos por parte da própria Administração, com o intuito de corrigir os vícios praticados por seus agentes, existe e faz parte do exercício dessa função. O questionamento que muitos acabam fazendo não é sobre a existência ou inexistência de mecanismos que eliminem as falhas cometidas pelo agente administrativo. Mas sim, sobre a eficácia dessas ferramentas. Quando o vício observado decorre de um ato involuntário, certamente o próprio administrador não se furtará de fazer uso dos meios mais eficazes para sanar o erro cometido.

A eficiência desse controle administrativo apresenta um grau mínimo, para não dizer nulo, quando o agente que deve combater ou evitar os vícios, é o responsável por provocá-los de forma voluntária, pois, nesses casos, os vícios não decorrem de uma inobservância, muito pelo contrário, tem total ciência do vício que está cometendo e o faz para atender aos anseios por ele almejados. Ainda que seja possível o controle pelo superior hierárquico, se verifica na prática, que há cumplicidade, ou mesmo, complacência com o subordinado, o que tem levado naturalmente à inércia do poder administrativo estatal no combate dos atos viciados.

4.2 Controle dos Atos Discricionários pelo Poder Judiciário

A idéia da *Tripartição de Poderes* estabelecida por Montesquieu, com o intuito de que houvesse um controle recíproco dos poderes, foi adotada pela atual Constituição Federal e ganha cada vez mais consistência à medida que o abuso no exercício do poder estatal se torna mais evidente.

A separação rígida das funções resultou naquilo que Montesquieu não desejava, ou seja, o abuso que ocorria em cada esfera de poder. A *separação flexível* foi a solução encontrada.

A doutrina embriagou-se dessa idéia de controles recíprocos entre os poderes, e passou a defender a idéia de intervenções legítimas, e não, arbitrárias, de um poder em outro, obedecendo aos limites estabelecidos na Constituição. Nascia a idéia do sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), que em síntese, consiste na intervenção legítima de um poder em outro. Esse sistema retrata bem a idéia da unicidade do poder representado pela soberania. O poder é, na verdade, uno e indivisível, e não apresenta outro objetivo a não ser, atender aos interesses estatais, que é o interesse do titular absoluto do poder, o povo.

Quando o legislador exerce a função de criar normas gerais e abstratas, o detentor do órgão executivo aplica essas normas, e o magistrado julga a correspondência entre o que foi previamente definido e o que foi posto em prática, todos esses órgãos atendem a uma vontade única, que corresponde ao funcionamento de todo um sistema político-jurídico que tem a finalidade de tratar do interesse da coletividade.

Um exemplo claro desse controle, está relacionado nos Arts. 49, X e 5º, XXXV da Constituição Federal, conforme foi apresentado anteriormente. Não pode dessa forma, os órgãos do Executivo, no que tange a sua função típica, qual seja a função administrativa, atuar de forma tão independente que não se submeta ao controle exercido pelo Poder Judiciário.

Quando se investe o administrador de discricionariedade para que possa atuar em determinada circunstância, o legislador, apenas transfere para o agente da Administração a capacidade de instituir o que deveria ser estabelecido previamente pela norma, mas não o foi, por depender a decisão das circunstâncias do caso concreto. Logo, a decisão do administrador não é qualquer uma, pelo contrário, é a única que se adapta a cada caso com que ele se depara, pois, escolhendo alternativa diferente, certamente se afastará da finalidade implícita ou expressa na lei.

Para que se possa evitar a frustração causada pela Administração ao interesse público, ou melhor, ao interesse imposto pela lei, o Judiciário deve intervir dentro da razoabilidade e da proporcionalidade que o caso exija.

4.2.1 Finalidade do controle

O Estado mobiliza toda sua estrutura com o fim único de atender as necessidades de toda a sociedade, harmonizando os conflitos de interesse. Ele foi criado com essa finalidade, e para isso, todas as funções estatais, seja a administrativa, a legislativa ou a judiciária, devem trabalhar no sentido de criar circunstâncias favoráveis para que essa finalidade seja cumprida.

O controle que o Judiciário deve fazer sobre os atos administrativos, ainda que sejam eles atos discricionários, não deve ter como objetivo transferir para o magistrado o exercício da atividade que cabe ao agente administrativo. O que é inadmissível é o juiz extinguir um processo sem julgamento do mérito, por considerar-se que se trata de uma decisão que é exclusiva do administrador, quando na prática ele se utiliza da prerrogativa que tem para cometer abuso de poder.

É necessária a manifestação do Judiciário, sempre que o ato praticado pelo administrador resulta de uma tentativa deste de burlar a real finalidade apresentada pela lei, e assim, prejudicar o administrado, não cumprindo dessa forma seu papel de executar a função administrativa atendendo o interesse público. O agente administrativo, nesses casos, atende a interesses próprios ou alheios a vontade da Administração Pública.

Assim é o entendimento doutrinário conforme explana José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 50):

Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder.

O Poder Judiciário tem como finalidade coibir esse tipo de atuação, o que vem estabelecido em nossa Constituição como uma garantia fundamental, previsto no Art. 5º, XXXV, a qual impõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Di Pietro (2008, p. 207) em sua obra, quando fala sobre o limite da discricionariedade e seu controle pelo Judiciário nos atos que envolvem conceitos indeterminados, entende que nem sempre nesses casos há discricionariedade. Segundo essa doutrinadora, se a atuação administrativa depende de elementos objetivos que levem a uma única interpretação, o Poder Judiciário pode intervir. Porém, em casos onde se exerce uma apreciação subjetiva segundo critérios valorativos, o Judiciário não deve intervir. E ainda afirma que nesse segundo caso “alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para

daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”.

A doutrina que não aceita a análise do mérito e o conseqüente controle pelo Judiciário dos atos discricionários no que tange a conveniência e a oportunidade, não deixa de afirmar que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem ser considerados nesses casos para estabelecer limites.

4.2.2 Necessidade do Controle

Se o agente administrativo, investido de seriedade e idoneidade, verificasse os princípios elencados no Art. 37 da Constituição Federal, certamente a atuação do Judiciário se tornaria desnecessária. Mas, diante dos absurdos que acontecem em uma Administração caracterizada por muitos vícios e corrupções, a intervenção do Judiciário não deve se limitar a analisar a compatibilização do ato com a norma, nos atos vinculados. Deve ir um pouco além, de forma que os atos administrativos que de fato ferem a moralidade, o interesse público, entre outros princípios administrativos, não passem despercebidos pelo poder judicante.

O que legitima a intervenção do Poder Judiciário é a necessidade de apreciar os casos eivados de vícios, seja referente a um ato vinculado ou discricionário, garantindo a eficácia da norma jurídica e assegurando-se o preceito fundamental da inafastabilidade da jurisdição.

A necessidade desse controle pelo Judiciário decorre da falta de confiança na Administração que, mesmo obtendo o poder-dever de exercer a autotutela administrativa, permanece inerte diante de casos que, muitas vezes, causam danos irreversíveis ao ente estatal envolvido, ao interesse público, ou ainda, aos administrados.

5 PODER JUDICIÁRIO E O MÉRITO ADMINISTRATIVO

A doutrina e a jurisprudência entendem de uma forma geral, que o mérito administrativo cabe única e exclusivamente ao administrador público, não podendo haver a possibilidade de substituição do mérito aplicado pelo administrador pela valoração feita pelo

magistrado. Esse entendimento se coaduna perfeitamente com o próprio princípio da separação dos poderes. O exercício de cada função estatal deve ser realizado de forma independente, porém, havemos de lembrar que essa independência não é absoluta. José dos Santos Carvalho Filho (2008, p. 47) afirma:

Portanto, não se deve cogitar da discricionariedade como um poder absoluto e intocável, mas sim como uma alternativa outorgada ao administrador público para cumprir os objetivos que constituem as verdadeiras demandas dos administrados. Fora daí, haverá arbítrio e justa impugnação por parte da coletividade e também do Judiciário.

Aos poucos essa concepção da intangibilidade do mérito administrativo tem mudado na visão de doutrinadores e julgadores. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 207) demonstra que a liberdade concedida no exercício da discricionariedade não é ampla e absoluta: “Algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário”. As teorias citadas por Di Pietro referem-se à teoria do desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes, já explanadas. Reforçando essa idéia a doutrina tem aplicado alguns princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade. Essa aplicação principiológica se dá no sentido de que a interpretação exata daquilo que pretendia alcançar o legislador, pode não ser encontrada diretamente na norma, porém os princípios ajudarão a delimitar a interpretação que a lei quer especificar para cada caso em concreto. Jessé Torres Pereira Júnior (2005, p. 66), expressa bem essa idéia:

É pacífico na doutrina que as normas jurídicas podem comportar uma pluralidade de interpretações; os princípios servem exatamente para indicar, entre as interpretações possíveis diante do caso concreto, qual deve ser obrigatoriamente adotada pelo aplicador da norma em face dos valores consagrados pelo sistema jurídico.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 32) leciona que:

A discricção, como se espera a breve trecho comprovar, é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal.

O mérito administrativo deve expressar o melhor resultado que se espera para o caso concreto. A solução que deve ser aplicada é a melhor, a mais perfeita dentre as possibilidades que a norma proporciona, porque as várias alternativas possibilitadas não são oferecidas para que uma seja escolhida aleatoriamente em detrimento das outras. Muito pelo contrário, essas possibilidades são oferecidas ao administrador para que ele, que se depara com as várias situações fáticas, possa satisfazer a real finalidade da norma¹⁰. Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 33) ensina que “o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”.

Em síntese, se o administrador obedece fielmente à lei e utiliza-se da margem de liberdade para decidir no caso concreto, alcançando a finalidade almejada pela norma, não dará motivos para que sua decisão seja apreciada ou modificada pelo Judiciário. Por outro lado, se ele aproveita-se, quando atua discricionariamente, da imprecisão decorrente dos conceitos jurídicos indeterminados para tomar decisões que não atendam a finalidade da lei, deverá naturalmente ter a sua decisão apreciada pelo magistrado.

O exercício da discricionariedade tem sido motivo de demandas judiciais. O administrador público quer fundamentar sua decisão, simplesmente com base na legitimidade garantida pelo poder discricionário, mas na verdade, o que irá garantir a legitimidade suficiente para que o ato seja incontestável, será sua atuação no caso concreto obedecendo fielmente à finalidade normativa. O limite entre o que seria exercício de poder discricionário e abuso desse mesmo poder, não é tão simples de delimitar.

É necessária a interferência do Judiciário sempre que o ato não alcance a lei, ainda que essa intervenção ocorra sobre a análise do mérito administrativo.

A execução de um ato que envolva Poder Discricionário, não pressupõe que está garantida de forma absoluta a liberdade para decidir aleatoriamente sobre o caso colocado diante do administrador. Por esse motivo, parte da doutrina defende que há uma diferença entre a discricionariedade estabelecida na norma e atuação discricionária diante do caso concreto, ou como afirma Jessé Torres Pereira Júnior (2005, p. 68) “o conceito é indeterminado em tese, porém é determinável no caso concreto”. Isso é o que estabelece limites à atuação do agente público.

¹⁰ A discricção nasce precisamente do propósito normativo de que só se tome a providência excelente, e não a providência sofrível e eventualmente ruim, porque, se não fosse por isso, ela teria sido redigida vinculadamente. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003).

Que o Judiciário deve intervir para eliminar toda e qualquer ação administrativa prejudicial à Administração e aos administrados, ou seja, ao interesse público, não deve haver vozes dissonantes. O grande problema em aceitar ou não a atuação do Judiciário sobre os casos que envolvem discricionariedade decorre da distinção que se faz necessária entre a prática de um ato administrativo que leva em conta a apreciação valorativa, e os casos que envolvem conceitos vagos, indeterminados, em que a avaliação está relacionada à interpretação.

Se o administrador se depara com um caso em que a lei será observada quando o agente administrativo escolher, dentro de um critério valorativo, aquele que atende o fim almejado pela lei, mesmo que claramente houvesse outra solução legítima, haveria uma interpretação lógica para o caso e o exercício da discricionariedade seria imbatível. Diferente seria se a margem de liberdade na qual o administrador estivesse investido lhe possibilitasse visualizar duas soluções distintas, mas na verdade, só uma atingisse, de fato, o fim proposto pelo ordenamento jurídico. Nesse caso, teríamos uma apreciação puramente interpretativa e não uma interpretação valorativa. Resumidamente, em ambos os casos a decisão correta do administrador se dará quando ele interpreta corretamente a lei, sob pena de ter o caso interpretado pelo Judiciário havendo ou não questão de mérito. Vejamos o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 27):

Ressalte-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei.

A discricionariedade administrativa não deve ser utilizada pelo administrador para a escolha de soluções de forma aleatória, pois deve atender também aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No dizer de Jessé Torres Pereira Júnior (2005, p. 69) deve obedecer à lógica do razoável, sob pena de se submeter ao controle jurisdicional¹¹.

Para Guido Falzone citado por Celso Antônio (2003, p. 37), não atendida a finalidade única da norma, haverá controle “... a norma só quer a solução excelente, se não for esta a adotada haverá pura e simplesmente violação da norma de Direito, o que enseja correção jurisdicional, dado que terá havido vício de legitimidade”.

¹¹ Por conseguinte, se, contrastada com os princípios e a razoabilidade, a solução adotada não se mostrar conforme à legalidade, à legitimidade e a economicidade, nem a eficiência que propicia os resultados de interesse público almejados, poderá caber o controle judicial.

Apesar da discricção prevista na norma, necessário é a concretização do desejo da mesma, quando aplicada ao caso concreto. Se o agente público não obedece à finalidade da norma, executando ato diferente do único adequado, ou ainda, escolhendo um fim diverso do pretendido por ela, naturalmente cabe a revisão do ato pelo Judiciário.

Ao Judiciário cabe intervir sempre que a finalidade normativa não é cumprida, e de forma mais intensa, quando a discricção não é aplicada nos estritos limites que atendam os interesses da Administração e dos administrados. Não pode prevalecer um ato viciado, em nome de uma prerrogativa que foi instaurada para trazer a justiça ao caso concreto.

O Judiciário ao intervir na discricionariedade, envolvendo ou não questão de mérito, não deve, ao reconhecer a legitimidade do ato e o fiel cumprimento da finalidade da lei, substituir os critérios de valoração da Administração pelo mérito do julgador. A intervenção é no sentido de se praticar a justiça em cada caso específico e desfazer os atos do agente administrativo que não pretende atender ao apelo normativo.

Ratificando a idéia anteriormente apresentada, a justiça almejada quando o legislador cria a norma só será alcançada quando houver uma correta interpretação da lei. Essa interpretação caberá ao órgão julgador sempre que o administrador público não o fizer ou fizer de forma errada, tentando dessa forma produzir efeitos jurídicos que lhe sejam favoráveis ou prejudiciais aos administrados que ele pretenda atingir.

Interpretar a lei, essa é a essência da atividade do Poder Judiciário. É sua atividade primordial, é o que lhe garante a existência, pois se houvesse em todo e qualquer caso uma verdadeira obediência à lei, sua atividade perderia o sentido. Quando se trata da apreciação dos vícios cometidos discricionariamente, não é diferente.

Novamente trazemos o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 26):

O específico da função jurisdicional é consistir na dicção do direito no caso concreto. A pronúncia do juiz é a própria voz da lei in concreto. Esta é a sua qualificação de direito. Logo, suas decisões não são convenientes ou oportunas, não são as melhores ou as piores em face da lei. Elas são pura e simplesmente o que a lei, naquele caso, determina que seja.

O administrador público deve cumprir o ordenamento jurídico-administrativo não apenas interpretando literalmente as leis, mais do que isso, deve produzir ações administrativas que obedeçam aos princípios nele inseridos. E quando se trata de atos

discricionários, deve obediência irrestrita a razoabilidade e a proporcionalidade. Esses princípios, muitas vezes tratados como sinônimos, são aplicados para conter medidas abusivas e desarrazoadas dos agentes administrativos, em especial, quando aplicam restrições e estabelecem condicionamentos aos direitos dos administrados, ou ainda, quando impõem sanções administrativas.

A razoabilidade refere-se aos aspectos relacionados à adequação e a necessidade do ato administrativo. O administrador público tem que agir, para que os atos por ele praticados sejam incontestáveis na esfera jurídica, aplicando meios que sejam aptos e necessários, ou seja, adequados ao cumprimento da finalidade exigida pela norma, devendo haver para isso, demonstrar uma real necessidade da aplicação desses meios. De outra maneira, será razoável a conduta do administrador ao produzir um ato administrativo, se os meios por ele empregados forem aptos para a finalidade exigida e desde que sua utilização seja realmente necessária, devendo sempre buscar o meio menos gravoso e que seja eficiente para alcançar o fim desejado.

O princípio da proporcionalidade, também conhecido como “princípio da proibição de excesso”, na verdade, decorre da razoabilidade, porque esse princípio exige que seja guardada certa proporcionalidade entre os meios aplicados e os fins almejados. Se o ato for desproporcional, de uma intensidade maior que a necessária para a efetivação da finalidade que deseja alcançar, esse ato deve ser considerado abusivo, ilegal, combatível pelo Poder Judiciário. A Administração Pública deve pautar-se em condutas que causem a menor gravidade para a coletividade administrada. Isso não significa que o Interesse Público deixará de prevalecer, porém, restringir os direitos dos administrados além do necessário ao cumprimento do interesse público, caracteriza a irregularidade da atuação administrativa.

Esses princípios estão expressos na Lei 9.784/99 (BRASIL, 1999), que trata dos processos administrativos, mais precisamente no Art. 2º caput, informando que deverá haver “adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”.

A razoabilidade e a proporcionalidade da conduta administrativa nem sempre são observadas na prática dos atos administrativos discricionários, restando ao particular lesionado recorrer à esfera jurídica. Isso porque, os princípios ora elencados dão respaldo para a intervenção jurisdicional nos atos discricionários, pois são tidos pela doutrina como parâmetro de interpretação e ordem de ponderação, como se pode confirmar nos ensinamentos seguintes. Helenilson Pontes citado por José Roberto Pimenta Oliveira (2006, p. 161) leciona que “a razoabilidade constitui importante princípio de interpretação a nortear a atividade do

intérprete do Direito, a fim de que sejam evitadas medidas arbitrárias, iníquas, insensatas ou socialmente injustificáveis”. Ao tratar da proporcionalidade e da vedação de sacrifícios excessivos ao administrado Juarez Freitas citado por Pimenta Oliveira (2006, p. 158) defende:

a violação à proporcionalidade ocorre quando, tendo dois valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza um em detrimento ou sacrifício exagerado do outro. Comum que haja sacrifícios na aplicação do Direito. No entanto, o erro está em realizar o sacrifício excessivo de um direito.

O mérito administrativo é inerente ao exercício da função administrativa, e assim deve ser consagrado. Isso é indiscutível, como também prescinde qualquer argumentação a correção do mérito que não consagra a finalidade da lei e não atenta para a vinculação que deve manter aos princípios do sistema jurídico, em especial ao princípio da razoabilidade. Como afirma Juarez Freitas (2007, p. 32) “o mérito (referente ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas o demérito ou a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. Ou, melhor, deveriam ser”.

A discricionariedade administrativa não está à margem do sistema jurídico, logo, será legítima a correção jurisdicional para impedir abusos. Fabrício Motta citado por Juarez Freitas (2007, p. 40) ensina que “o ato discricionário que afrontar ou mesmo desprestigiar princípios constitucionais aplicáveis à atividade administrativa estará em desacordo com o sistema jurídico e deverá dele ser expurgado”.

Para demonstrar a obediência necessária aos princípios e a possível correção judicial em caso de desobediência, Juarez Freitas (2007, p. 42) apresenta uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹² que considera louvável:

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.

Tratando do princípio da razoabilidade e da possível correção judicial de atos discricionários que não condizem com esse princípio, Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 109) depreende que:

¹² STJ, REsp 429.570-GO, rela. Min. Eliana Calmon, RSTJ 187/219

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Cabe ao Judiciário estabelecer um equilíbrio nas relações entre a Administração Pública e o administrado. A discricionariedade não foi implantada no Direito Administrativo com o intuito de conceder liberdade desmedida ao agente público, e assim, praticar atos que atendessem interesses particulares ou que beneficiassem terceiro por eles protegidos. Não, essa não foi a intenção do legislador. Por isso, a correção se faz necessária, principalmente quando envolve conceitos jurídicos indeterminados. Nesses casos, o grau de subjetividade que envolve o ato permite ao administrador executar atos não condizentes com a finalidade normativa, ocultando suas reais intenções, de forma a causar prejuízos à própria Administração e aos administrados.

Não pode alegar o administrador, quando o juiz apenas pretende aplicar a correta interpretação da lei, que procedendo dessa forma o Poder Judiciário irá intervir no mérito administrativo. Pois, não é essa a idéia de discricionariedade que o ordenamento Jurídico quis criar. O exercício da discricionariedade que deve permanecer imutável pelo Judiciário é aquele que advém de uma atuação legal, com o pleno atendimento da previsão normativa e observância dos princípios administrativos e constitucionais, para que assim seja atendido o interesse público. A definição de mérito apresentada por Celso Antônio fundamenta bem essa idéia (2003, p. 37): “Mérito é o **campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto**, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, **tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal**, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada”. (grifo nosso)

O Judiciário não deverá intervir de fato, quando observar que há alternativas igualmente razoáveis e que houve um exercício da discricionariedade com o verdadeiro fim de atingir a finalidade da lei, ou seja, do interesse que foi consagrado pela norma jurídica predefinida.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atividade realizada pela Administração Pública consiste em uma das três funções estatais que o Estado criou para melhor organizar e promover atividades que atendessem aos interesses da coletividade por ele administrada.

Quando inicialmente essas funções eram executadas por um único agente, verificou-se que havia um total descontrole, um verdadeiro abuso do poder pelas mãos do monarca soberano, e logo se percebeu que seria necessário criar um sistema através do qual isso pudesse ser inibido, e porque não dizer, eliminado.

A tripartição das atividades estatais teve como objetivo evitar a concentração do poder e o conseqüente abuso que dela decorria. Quando houve inicialmente uma separação rígida das funções estatais, de forma que cada função era exercida de maneira absolutamente independente, a concentração e o abuso do poder continuaram existindo. A separação rígida permitia os mesmos erros verificados anteriormente, a solução se deu com a separação flexível, permitindo a intervenção legítima de um poder em outro de acordo com o que previa a Constituição.

Verifica-se que a intenção tanto do Poder Constituinte originário, bem como do constituinte derivado, consiste em atribuir funções aos entes estatais, de forma que possam exercê-la dentro dos limites instituídos pela norma jurídica, atendendo perfeitamente aquilo a que ela se propõe.

Se o Poder Executivo exerce a função de aplicar a norma, e não o faz de forma que atenda a finalidade legal, é natural que se façam as devidas correções para que o interesse público seja atingido.

A Administração Pública tem em seu favor a prerrogativa da discricionariedade, para que não fique engessada a uma única solução que poderia ser previamente definida na lei e que não alcançaria a finalidade pretendida pelo legislador. Porém, essa prerrogativa deve ser exercida nos devidos limites estabelecidos pela lei. Para que tenha seus atos legitimados e incontestáveis pelo Judiciário, a Administração Pública não deve apenas alegar que atua amparada pela discricionariedade, mais do que isso, deve demonstrar que se utilizou dessa prerrogativa para alcançar a real finalidade da lei.

No momento em que o administrador procura se envolver no manto da discricionariedade para camuflar sua real intenção de satisfazer interesses escusos e aleatórios

ao interesse público, só resta a Administração fazer uso da autotutela ou se submeter à correção que deve ser feita pelo Judiciário.

Ao Judiciário cabe precipuamente interpretar a lei e exigir seu total cumprimento. Em hipótese alguma, deve ter limitada sua função por prerrogativas concedidas a outros poderes. Se a Administração não exerce suas atividades em conformidade com a lei, principalmente nos casos em que se verifica a má intenção do agente administrativo, só resta ao poder judicante agir e corrigir o vício inserido no ato administrativo.

Atuando a Administração Pública a margem do que seja razoável e não aplicando a proporcionalidade exigida entre os meios e os fins necessários para a consecução do ato administrativo, de forma que atenda ao interesse público, não poderá o Poder Judiciário permanecer inerte. Sua atuação se faz necessária, de forma que interprete a lei e afaste os vícios causados pela má atuação administrativa.

A razoabilidade exigirá do administrador a análise da adequação e da necessidade dentro da proporção necessária para o cumprimento da finalidade exigida pela lei. O que exceder disso, deverá ser caracterizado como uma exigência desnecessária que agrava a situação do administrado e que deve ser coibida pelo Poder Judiciário.

O Poder Judiciário é peça fundamental para que a lei seja instituída e colocada em prática de forma que atenda ao interesse público, por isso, não pode estar limitado por mecanismos como o da discricionariedade, pois o mérito administrativo só deve prevalecer quando cumpre seu papel delimitado pela norma jurídica.

REFERÊNCIAS

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: da Legalidade Estrita à Lógica do Razoável**. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 1984.