



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC

**FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DE
BARBACENA - FADI**

**CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO
ADMINISTRATIVO**

MÁRCIO LOPES

BARBACENA/MG - 2016

Márcio Lopes

Controle Jurisdicional do Mérito Administrativo

Artigo científico apresentado a
Universidade Presidente Antônio Carlos –
UNIPAC, como requisito parcial para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em 07 de dezembro de 2016

BANCA EXAMINADORA

Fernando Antônio Mont'Alvão do Prado
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Nélton José Araújo Ferreira
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Débora Maria Gomes Messias do Amaral
Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC

Márcio Lopes*, Fernando Antônio Mont'alvão do Prado**

Resumo

O estudo do controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário é um tema polêmico que divide os estudiosos do assunto, levando a questionamentos sobre se tal controle pode ou não implicar em usurpação de poder, tendo em vista que o mérito administrativo consiste na liberdade do administrador em valorar situações de conveniência e oportunidade.

Palavras chave: Função administrativa – mérito administrativo – controle jurisdicional

1 Introdução

O controle da administração pública é ferramenta inerente ao Estado Democrático de Direito, concretizando o que dizia Montesquieu, que o Estado, apesar do poder uno, deve ser dividido em poderes, e cada poder exercendo funções diversas, justamente para que o próprio Estado sirva o povo e não o Monarca, como acontecia em regimes absolutistas.

Dentro destas funções, a administrativa será enfatizada, visto que é a função, que permite cada poder realizar sua função fim. A administração é concretizada através dos atos administrativos. Esses são alicerçados em princípios e nas diversas espécies normativas. Os atos administrativos quaisquer que sejam traduzem a vontade do Estado, podem ser classificados em vinculados ou discricionários. Os atos vinculados têm seus elementos previstos em lei, não admitindo juízo de valor. Os discricionários, em seu turno, nos elementos motivo e objeto, permitem uma valoração subjetiva do administrador, essa valoração denomina-se mérito administrativo.

É pacífico que os atos administrativos discricionários e vinculados estão sujeitos ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário, contudo a problemática

* Aluno do 10º período do Curso de Direito da Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena – MG - e-mail: marciolopes.eng@hotmail.com

** Professor Orientador. Professor de Direito Civil e Empresarial na Universidade Presidente Antônio Carlos – UNIPAC Barbacena – MG – e-mail: fprado@barbacena.com.br

reside em se o controle do mérito administrativo pode sujeitar-se ao controle judicante.

2 Função administrativa do Estado

Ao mencionar as divisões das funções do Estado, faz-se necessário relembrar a Antiguidade, onde prevalecia o regime absolutista, seja qual todo poder do Estado estava concentrado em uma pessoa, atribuindo até dádivas divinas ao monarca.

Observando esta concentração de Poder, nota-se que há total desequilíbrio em relação à promoção do bem comum, justamente pela falta de fiscalização e divisão de funções, podendo o monarca editar as leis, aplicar como lhe convier, e julgar unicamente por critérios subjetivos, sem obediência às regras. É relevante destacar a frase de Luiz XIV *L'État c'est moi* (O Estado sou eu), que expressa bem a idéia do absolutismo.

Assim, Montesquieu propôs em sua Obra *Espírito das Leis* a separação dos poderes do Estado:

[...] é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder. [...] Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não há liberdade, porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não há liberdade se o poder de julgar não está separado do poder legislativo e do executivo. Se ele tivesse confundido com o poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se ele estiver confundido com o poder executivo, o juiz poderá ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, dos nobres ou do povo, exercessem estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar as questões dos particulares.¹

O poder estatal necessita ser limitado através da separação das funções do Estado, que serão exercidas por diferentes órgãos. Desenvolvendo essa linha de

¹ MONTESQUIEU *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 29-30

raciocínio, o citado filósofo distingue três funções do Estado: a legislativa, a jurisdicional e a executiva (administrativa).

Percebe-se, contanto, não um divórcio das Funções estatais exercidas por cada Poder, e sim, uma predominância maior de uma em relação à outra, definindo a doutrina como função típica e atípica.

A função administrativa é predominante no Poder Executivo. É o Poder incumbido de realizar as políticas públicas, objetivando o bem comum, sempre tendo em vista a obediência às Leis editadas pelo Poder Legislativo, e na eminência de sofrer repressão do Judiciário quando não há observância a elas. A função administrativa também está presente nos outros Poderes, e também em órgãos de guarita constitucional como o Ministério Público, quando exercem atos de gestão objetivando estruturar-se materialmente, a fim de possibilitarem exercer sua função típica.

Assim, quando se fala em Administração Pública, necessariamente não se refere ao Poder Executivo, e sim à função administrativa que pode ser exercida por qualquer Poder.

3 Atos administrativos

Em um breve relato histórico, antes que os governantes ficassem sob o crivo da lei, a vontade do soberano era absoluta não havendo quaisquer mecanismos de limite ou fiscalização, não havia nenhum obstáculo entre a ordem do soberano até sua realização. No século XVIII com o advento da Revolução Francesa, essa vontade imoderada perdeu força e a lei passou a ditar a vontade das massas, condicionando o desempenho da atividade administrativa ao seu cumprimento. O poder público antes de agir concretamente ficou obrigado a emitir uma declaração de vontade, através do parlamento, elencando um rol com as decisões tomadas, sendo este um requisito legitimador para que sua atuação pudesse ocorrer. Essa declaração de vontade é o ato administrativo.

A legislação brasileira não conceitua ato administrativo, sendo que as diversas definições existentes hoje acerca do tema, expostas pela doutrina, foram inferidas através do conjunto principiológico constante na Constituição Federal.

Para Alexandre Mazza ato administrativo é:

Toda manifestação expedida no exercício da função administrativa, com caráter infralegal, consistente na emissão de comandos complementares à lei, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.²

No conjunto de elementos que compõem o ato administrativo, nem todos os elementos interessam ao direito, pois somente aqueles capazes de produzir efeitos ou consequências jurídicas, de modo a fazer surgir, modificar, extinguir direitos e obrigações são objeto de interesse. A estes elementos dá-se a denominação de atos jurídicos, portanto, nas palavras de Alexandre Mazza “Ato administrativo é o ato jurídico típico do Direito Administrativo, diferenciando-se das demais categorias de atos por seu peculiar regime jurídico. ”

Outro ponto importante a ser abordado é que a doutrina diferencia ato administrativo de fato administrativo, tal distinção provem do código civil, tendo por berço a teoria dos atos jurídicos. Para os adeptos do código civil, fatos jurídicos em sentido amplo é qualquer acontecimento da vida relevante para o direito, por exemplo, a morte. Quanto ao gênero fatos jurídicos estes são divididos em fatos naturais (fatos jurídicos em sentido estrito) e fatos humanos (atos jurídicos em sentido amplo), sendo que os atos jurídicos em sentido amplo se dividem em: atos jurídicos em sentido estrito, que são aqueles que possuem seus efeitos modulados pela lei, e negócios jurídicos, que são manifestações de vontade externadas pelas partes com condição de produzir efeitos jurídicos desejados pelas mesmas. Importante fazer-se mencionar aqui que os fatos jurídicos *stricto sensu* por serem acontecimentos da natureza são desprovidos da vontade humana, enquanto os atos jurídicos *lato sensu* se resumem em comportamentos humanos voluntários.

Atualmente, existem quatro principais concepções doutrinárias para diferenciar atos administrativos de fatos administrativos, quais sejam: a corrente clássica voluntarista; a corrente antivoluntarista; a corrente materialista e a corrente dinamicista.

Das quatro concepções acima elencadas, será tomada por base a dinamicista, pois é a majoritária nos concursos públicos, o que a torna extremamente difundida. Inicialmente o que a corrente dinamicista preconiza é que os fatos administrativos podem ser decorrentes de atos administrativos, mas nada

² Mazza, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

impede que derivem também de condutas administrativas não formalizadas em atos administrativos. Exemplo: a reforma de uma repartição pública é fato administrativo que não depende, necessariamente, da expedição de ato administrativo prévio.

A corrente dinamicista conceitua fato administrativo nas palavras de José dos Santos Carvalho Filho como toda “atividade material no exercício da função administrativa, que visa dar efeitos de ordem prática para a Administração,”³ ou seja, tudo aquilo que retrata alteração dinâmica na Administração ou movimento na ação administrativa.

Aprofundando um pouco mais, o fato administrativo pode ser um evento natural, pois têm sua origem na natureza e por consequência refletem na órbita administrativa, deve-se ressaltar que estes tipos de fatos administrativos produzem efeito jurídico, independente da vontade da administração. Por outro lado, também podem ser classificados como voluntários, os quais derivam de atos administrativos ou de condutas administrativas.

Noutro giro, devemos observar que o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, no exercício de suas funções típicas, não praticam atos administrativos, ou seja, praticam atos judiciais e legislativos, respectivamente.

Por isso, nem todos os atos praticados pela Administração se caracterizam como atos administrativos.

Nesse sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino conceituam ato administrativo:

O ato administrativo é uma manifestação de vontade, de conteúdo jurídico, da Administração Pública; o fato administrativo, por seu turno, não é provido de conteúdo jurídico, não tem por escopo a produção de efeitos jurídicos; configura a realização material, a execução prática de uma decisão ou determinação da Administração.⁴

Neste giro, nem toda ação da Administração Pública é tida como ato administrativo, a exemplo daquelas praticadas pelas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), as quais são submetidas ao mesmo regime jurídico

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

⁴ ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2006. p. 341

das demais empresas privadas, conforme estabelece o art. 173, §3º, inc. II, CF/88, além dos demais atos regidos pelo direito privado, como locação, compra e venda etc.

Assim, no mesmo sentido, José do Santos Carvalho Filho define ato administrativo:

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.⁵

Vale ressaltar também que o silêncio administrativo, segundo na opinião do cito mestre: “o silêncio não revela a prática de ato administrativo, eis que inexiste manifestação formal de vontade, não há, pois, qualquer declaração do agente sobre sua conduta. ”⁶

3.1 Requisitos do ato administrativo

Na Lei nº 4.717/65 (Lei de Ação Popular) é possível extrair os requisitos ou elementos do ato administrativo, sendo: Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

3.1.1 Competência

Competência é o poder conferido por lei a um determinado agente público para desempenho de certas atribuições. A competência sempre decorre de lei, sendo, portanto, um dever seu exercício, ou seja, dever-poder, visto que ao agente não cabe escolher exercitá-la ou não, devendo atuar sempre e quando for determinado por lei. Desta forma, competência é um elemento vinculado.

Todavia, é possível ao agente público delegar, parcial e temporariamente, suas atribuições, se e quando a lei permitir, de modo que nesta situação ele poderá

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 184.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 94.

revogar a delegação a qualquer tempo, não se tratando, portanto, de renúncia ou transferência de sua competência.

Delegação é a transmissão de poderes para que outrem realize certos atos pelo agente delegante. Por outro lado, avocar é chamar para si certos poderes de outro agente. Com efeito, não é vedada a delegação e avocação de competências. Todavia, deverão ser exercidas nos limites e termos permitidos por lei. Assim, devemos observar que a regra, atualmente, é a possibilidade de delegação, conforme dispõe a Lei nº 9.784/99, na medida em que, conforme estabelece o art. 13, somente é vedada a delegação de: a) edição de atos de caráter normativo; b) a decisão de recursos administrativos; c) as matérias de competências exclusivas do órgão ou autoridade.

No entanto, se o vício acerca da competência diz respeito à matéria, ou seja, se uma autoridade dispõe sobre matéria que não está afeta à sua competência ou ainda se é matéria de competência exclusiva, não há possibilidade de convalidação. De outro lado, se a competência diz respeito tão-somente à pessoa, desde que não se trate de competência exclusiva, mas o ato foi praticado no órgão correspondente, haverá a possibilidade de convalidação do ato. Visto isso, podemos dizer que a competência será sempre um elemento ou requisito vinculado, ou seja, sempre é definida por lei.

3.1.2 Finalidade

A finalidade é outro requisito ou elemento do ato administrativo e diz respeito ao fim perseguido pelo ato, ou seja, qual o seu objetivo. Com efeito, todo e qualquer ato administrativo tem por objetivo, por fim, atender ao interesse público. Essa finalidade está sempre, expressa ou implicitamente, estabelecida na lei, de modo que a finalidade é sempre elemento vinculado.

A violação aos fins legais importa em vício que acarreta a nulidade do ato administrativo por abuso de poder, denominado desvio de poder ou desvio de finalidade.

3.1.3 Forma

A forma, de acordo com Alexandre Mazza, é requisito vinculado no qual envolve o modo de exteriorização e os procedimentos prévios exigidos na expedição do ato administrativo, sendo que a forma legal é sempre substancial para validade de conduta. Em regra, os atos administrativos deverão observar a forma escrita, porém existem episódios que comportam atos gestuais, modo verbal e equipamentos, como por exemplo um semáforo.

Noutro giro, em uma análise mais detida da Lei 9784/99, com base nos entendimentos da doutrina moderna, podem haver casos em que a forma do ato administrativo não está prevista em lei, tornando-a então livre, tal possibilidade vem elencada no art. 22 da lei acima referida em que cita que os elementos do processo administrativos que só serão vinculados a forma predeterminada quando a lei o expressamente exigir.

3.1.4 Motivo

Motivo é a situação de fato e o fundamento jurídico que irão se traduzir no plano real permitindo a prática do ato administrativo. Trata-se de requisito discricionário pois abriga margem de liberdade outorgada por lei ao agente público.

Em uma análise, mais detida do instituto motivo, para alguns doutrinadores como Celso Antônio Bandeira de Melo e Maria Sylvia Zanella Di Pietro motivo e motivação são coisas distintas, sendo que motivação é a exteriorização dos sentimentos que irão embasar a prática do ato administrativo. Neste caso, se a motivação for obrigatória, o ato é vinculado, se for facultativa o ato é discricionário.

Por outro lado, também há o entendimento que nem todo motivo, na esfera dos atos administrativos, é imbuído de motivação. E é baseado nessa teoria que ao se compulsar a lei 9784/99, mais precisamente em seu art. 50, há a exigência de motivação para alguns atos administrativos, o que torna vinculada a motivação, tirando-a do campo de abrangência do instituto motivo e a carregando no campo do instituto forma, definindo, assim, que a sua inobservância é ato passível de nulidade. Lado outro, se a motivação é facultativa então o ato é discricionário.

3.1.5 Objeto

Objeto/conteúdo é o bem ou pessoa que o ato faz referência, a sua essência está no efeito jurídico que ele pode causar, pois quando praticado no exercício da função administrativa, seus efeitos passam a ser percebidos no plano material, sendo que a partir de sua concepção as engrenagens da máquina pública se movem em busca de um resultado esperado.

Como elemento do ato administrativo, o objeto pode ser vinculado ou discricionário, onde haverá a possibilidade de escolha de opções pré-estabelecidas em lei havendo uma margem de liberdade do administrador.

A competência, a forma e a finalidade serão sempre vinculados, de forma que a lei sempre irá ditar acerca de seus limites, eliminando qualquer reserva de escolha. Por outro lado, quanto ao objeto e valoração dos motivos, poderá por inúmeras vezes a lei não os modular, permitindo que haja liberdade para que a administração possa delinear qual objeto buscar.

Por oportuno, há também de ressaltar, no entendimento de Alexandre Mazza, que inexistindo o desaparecendo o objeto, o ato administrativo desvanece, pois é tido como juridicamente inexistente, como por exemplo: a nomeação de um servidor falecido.

Portanto, na esfera do mérito administrativo será no motivo e objeto que o administrador irá fundar sua avaliação de conveniência e oportunidade na prática do ato administrativo.

4 Discricionariedade

4.1 Princípio da legalidade no Estado Democrático de Direito

Como visto, a vontade da administração pública é concretizada através do ato administrativo que pode ora ser por vontade do agente, ora por vontade do legislador, consubstanciada nas espécies normativas. Antes de tocar na vinculação e discricionariedade administrativa, prudente é relembrar um dos princípios basilares da Administração Pública: Princípio da Legalidade. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Melo:

O princípio implica subordinação completa do administrador à lei. Todos os agentes públicos, desde o que lhe ocupe a cúspide até o mais modesto deles, devem ser instrumentos de fiel e dócil realização das finalidades normativas.⁷

E quando se fala em Princípio da Legalidade, não se pode deixar de mencionar a sábia comparação de Hely Lopes Meireles, que afirma que o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não veda, enquanto o administrador público só pode fazer o que a lei autoriza. José dos Santos Carvalho Filho, ao tratar do importante princípio sob a ótica do Estado Moderno, leciona:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Essa última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legiferante.⁸

É incompatível com o Estado Democrático de Direito a idéia de gerenciamento de todos os setores pelo Poder Público. Não deve o Estado obedecer apenas às normas formais, mas sim a todo o direito, o qual dá guarita também aos princípios. Tanto é verdade, que a Constituição estabelece em seu artigo 1º o Estado Democrático de Direito, e no artigo 37 cita claramente os princípios da Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência, reforçando a idéia da força principiológica do Estado Democrático de Direito. Juarez Freitas compartilha do mesmo entendimento:

Assim, a subordinação da Administração Pública não é apenas à lei. Deve haver o respeito à legalidade sim, mas encartada no plexo de características e ponderações que a qualifiquem como razoável. Não significa dizer que se possa alternativamente obedecer à lei ou ao Direito. Não. A legalidade devidamente adjetivada razoável requer a observância cumulativa dos princípios em sintonia com a teleologia constitucional. A submissão razoável apresenta-se menos como submissão do que como respeito. Não é servidão, mas acatamento pleno e concomitante à lei e, sobretudo, ao Direito. Assim, desfruta o princípio da legalidade de autonomia relativa, assertiva que vale para os princípios em geral.⁹

⁷ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP nº90, pp57-58

⁸ CARVALHO FILHO, op. cit. p. 17.

⁹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 60-61.

Assim, a discricionariedade deve ser exercida não só dentro dos limites estabelecidos na lei, mas também, de acordo com os princípios e o interesse público, sob pena de anulação do ato.

4.2 Ato vinculado e discricionário

O ato vinculado é aquele que seu objeto está previamente estabelecido pela lei, não tendo o administrador a escolha, não havendo juízo de valor, devendo o ato ser praticado se preenchido todos os requisitos legais. Já no ato discricionário, a própria lei permite ao administrador usar de valores dentro dos critérios administrativos, respeitando os princípios Constitucionais e Administrativos, como bem reforça Seabra Fagundes:

Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. É essa a competência *vincolata* dos italianos ou *liée* dos franceses. A Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. [...] Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do *motivo* ou do *objeto* do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricção está em poder praticar o ato com o objetivo variável ao seu entender. Nesses casos, a competência é livre ou discricionária.¹⁰

O ato discricionário tem como fundamento a impossibilidade de a lei prever todas as hipóteses possíveis, devendo assim a autoridade competente para editar o ato exercer a liberdade de valoração de conveniência e oportunidade, sempre observando os Princípios Constitucionais e Administrativos, bem como o interesse público, retomando novamente a obra de Seabra Fagundes:

A variedade e multiplicidade dos casos, que lhe são presentes, [isto, é, que são postos ao administrador público] excluem, por vezes, disciplinação uniforme e precisa. O seu exercício é condicionado por uma série de circunstâncias ocasionais e com respeito a elas não é possível tudo prever. Nem seria útil descer a rigorosa minuciosidade, o que resultaria em nocivo entrave à realização das suas finalidades. Para atender a isso, se lhe

¹⁰ SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957. p. 93-94.

permite, muitas vezes, que seja discricionário em relação à conveniência, oportunidade e modo de agir.¹¹

Dessa forma, na medida em que a lei confere certa liberdade ao administrador para a tomada de decisões, ela assim o faz tendo em vista que este está mais apto a escolher a solução adequada diante do caso concreto, que mais se adequar ao interesse público.

4.3 Princípio da juridicidade

O princípio da legalidade, como visto, já não possuiu a mesma concepção. A lei já não é mais o centro das atenções. As razões são várias. As leis transportaram, por vezes, não o direito e sim, a injustiça. Noutros casos, as leis enredaram-se na solução de casos concretos, perdendo as dimensões da generalidade e da abstração. O Estado Democrático de Direito não opera em obediência apenas ao positivismo.

O princípio da legalidade passou a ser parte integrante de um princípio mais abrangente: o princípio da juridicidade. Como exemplo, podemos citar novamente o art. 37 da Constituição da República, o qual cita expressamente os princípios expressos. É importante também destacar o pensamento de Germana Oliveira de Moraes, sobre o princípio a baila.

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição. [...] A moderna compreensão filosófica do direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.

¹¹

¹¹ Ibid. p. 116.

¹¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

Assim, o princípio da juridicidade é o que delimita a liberdade oriunda da discricionariedade, haja vista, o mandamento constitucional de obediência aos princípios suportados pelo Estado Democrático de Direito.

5 Controle Judicial do mérito administrativo

5.1 Mérito administrativo

Nas palavras de José do Santos Carvalho Filho, “mérito administrativo é a avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática do ato.”¹²

Conveniência é aquilo que é adequado, apropriado ao objeto que se destinou. A medida administrativa editada será conveniente se for apta a cumprir o objetivo previsto, se for proporcional e útil, ajustada ao interesse público. Já a oportunidade refere-se à adaptação da medida ao cumprimento dos fins pretendidos pelo mandamento normativo que o ato administrativo busca satisfazer. Oportuno é o que se pratica em tempo hábil, em boa hora. O critério de oportunidade guarda afetação às circunstâncias de tempo e ambiente, sendo, portanto, variável de um indivíduo a outro, em diferentes lugares e momentos históricos.

Dentro dos elementos do ato administrativo discricionário, o mérito encontra-se no objeto e no motivo. Está no objeto, haja vista, a liberdade de o administrador limitar seu conteúdo, podendo fixar termos, condições e modo. Também o administrador possui liberdade quando ao elemento motivação não tiver uma situação de fato delineada pela norma legal, elegendo o próprio administrador a situação fática geradora da vontade.

O administrador, antes de decidir por editar o ato administrativo, ou abster-se de sua prática, deve refletir acerca da conveniência e oportunidade da atividade administrativa, pesando sobre aspectos que possam influenciar no acerto ou desacerto da medida adotada, sob a luz do direito. O julgamento do que se pode entender por conveniente e oportuno, no caso concreto, é certo de que não traduz uma uniformidade plena, tendo em vista a indeterminação e o caráter vago do

¹² CARVALHO FILHO, op. cit. p. 114.

significado destas expressões, lançando mão, assim, dos princípios a fim de delimitar o campo de atuação.

5.2 Controle Judicial dos Atos administrativo

O controle de Estado tem duas perspectivas: a política e a administrativa. A ideia central do controle político é aquela já descrita por Montesquieu, que sustentava que era necessário que um Poder detivesse o outro e que todos deveriam atuar harmonicamente. Já o controle administrativo, o qual é o mais enfático para o presente trabalho, é direcionado à função administrativa do estado tanto típica como atípica. Maria Sylvia Zanella Di Pietro define controle da Administração:

[...] pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.¹³

O controle é classificado como interno quando é atribuído a órgãos do próprio poder sua fiscalização. Já o externo, que também é exercido pelo judiciário, o controle se dá por um órgão não pertencente ao poder controlado.

O Judiciário quando exerce a função administrativa atípica, sem nenhuma polêmica, pode revogar seus atos, julgar se foi conveniente, oportuno. Também não há contestação quando o Judiciário na sua função judicante anula tanto ato vinculado quanto discricionário da função administrativa de outro poder sendo, contudo, o discricionário fundado nos elementos de competência, finalidade e forma.

Como foi visto, o mérito administrativo compõe-se dos elementos objeto e motivo, os quais estão contidos a liberdade do administrador em selecionar o objeto e as razões de fato, claro, quando a lei assim não o fizer, o que tornaria o ato vinculado, e redundando, perfeitamente anulável pelo judiciário.

A releitura do princípio da legalidade permite dizer que o ordenamento jurídico-administrativo na atualidade apesar de, em determinados casos, permitir um juízo discricionário do administrador, fica limitado aos critérios de orientação

¹³ DI PIETRO, op. cit. p. 599.

contidos na Constituição Federal consubstanciados em seus princípios explícitos e implícitos.

Existem aqueles que defendem ou já defenderam que o mérito administrativo é intocável pelo judiciário, como Lúcia Valle Figueiredo:

A jurisprudência brasileira, acompanhada pela doutrina tradicional, considerava que os atos discricionários não se submeteriam a controle, no pertinente a seu *mérito*. O caminho da evolução foi – sem dúvida – a afirmação de que ao Judiciário caberia controlar toda a atividade administrativa desde que não invadisse o *mérito* das decisões discricionárias. [...] E por *mérito* do ato compreendiam-se as razões de conveniência e oportunidade que teriam fundamentado a decisão do administrador.¹⁴

Argumentam que haveria invasão do judiciário na esfera administrativa de outro poder, não sendo assim possível o controle do mérito. Contudo, com todo respeito à autora, este posicionamento está ultrapassado, pois pauta-se em um pensamento positivista, incompatível com o neoconstitucionalismo.

Ademais, não há de se falar em invasão de poder quando há interveniência para cumprir a Constituição.

A divisão de poderes é agora essencialmente entendida como um processo de distribuição e integração racionalizadas das várias funções e órgãos do Estado, de forma a limitar as possibilidades de exercício arbitrário do Poder e garantir, por outro lado, as condições da maior eficiência da atuação estatal, sem prejuízo, todavia, do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais. [...] Em segundo lugar, e por ventura de importância decisiva para a compreensão da natureza do Estado Social e Democrático de Direito. Verifica-se o reforço da separação, independência e relevância do poder judicial no conjunto dos poderes do Estado.¹⁵

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de compartilhar com o mesmo posicionamento.

O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função

¹⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*, 6ª ed., Malheiros, 2003, São Paulo, ps. 211/212.

¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, Coimbra, ps. 34/35

jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes.¹⁶

Alexandre de Moraes aponta como deve ser exercida a liberdade característica do ato discricionário:

O mérito do ato administrativo, que somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses legal e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público. Mérito, portanto, do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade, dentro da legalidade e moralidade, existente nos atos discricionários. [...] Dessa forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório. [...] Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevalier, 'o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito'.¹⁷

Portanto, não há intromissão indevida de um Poder sobre o outro, quando o Judiciário intervém para assegurar os princípios constitucionais, mesmo que o ato seja grafado como discricionário e que haja a necessidade de análise de mérito, pois o regime democrático exige tal conduta. A escolha discricionária não é indiferente ao direito. O ideal do Estado não é o extermínio da discricionariedade, mas a sua juridicidade, entendida como modo de realização do direito.

Finalizando, Juarez Freitas sintetiza com bastante precisão: "o mérito (relativo aos juízos de conveniência e oportunidade) pode até não ser diretamente controlável em si, mas o demérito o será sempre."¹⁸

6 CONCLUSÃO

A razão da divisão das funções do Estado permite um controle de um poder pelo outro de modo que o bem comum possa ser efetivado. A nova ordem constitucional determina que todos os ramos do direito hão de ser interpretados de acordo com os princípios da constituição.

¹⁶ STF, Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452/RJ, Pleno, DJ de 12.05.2000, p. 20

¹⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 135/136.

¹⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 217.

Assim, a conveniência e oportunidade são os valores atribuídos à liberdade de escolha denominada mérito administrativo, valores estes que podem perfeitamente ser apreciados pelo Poder Judiciário, desde que inadequados aos dispositivos e princípios constitucionais. E esse controle de mérito exercido pelo Judiciário não constitui invasão de poder, haja vista, que o cenário na nova ordem constitucional é justamente a prevalência da Constituição e seus princípios, evitando desse modo que o mérito administrativo seja um refúgio de interesses particulares, intangível pelo Judiciário.

JUDICIAL CONTROL OF ADMINISTRATIVE MERIT

ABSTRACT

The study of the control of administrative merit by the Judiciary it's a polemic that splits the academics studies, bringing questioning about the control of merit of the administrative act imply or not in usurpation of the power, in view that the administrative merit is the freedom of the administrator in appraising situations of convenience and opportunity.

Keywords: Administrative function – administrative merit – control by Judiciary

REFERÊNCIAS

⁷CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, RDP nº90.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 10^a ed. Niterói: Impetus, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15^a ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MONTESQUIEU *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

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

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.

NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2004, Coimbra.

SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.