



UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO DO ESTADO

CLAITON GOMES ANDRADE

**O MÉRITO ADMINISTRATIVO, O CONTROLE JURISDIONAL E O PRINCÍPIO DA
INAFASTABILIDADE**

**Porto Alegre
2017**

CLAITON GOMES ANDRADE

**O MÉRITO ADMINISTRATIVO, O CONTROLE JURISDIONAL E O PRINCÍPIO DA
INAFSTABILIDADE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de Especialista em Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof^o Carlos Eduardo Dieder Reverbel

2017
Porto Alegre

Dedico este trabalho aos professores, à coordenação do curso, e aos meus familiares que entenderam a minha ausência.

AGRADECIMENTOS

Em momentos como estes, corremos o risco de perdermo-nos na emoção e deixar escapar importantes presenças da nossa lembrança. Por isso, pretendo ser o mais sucinto possível.

Ao findar trabalhos de pesquisa como este, olhamos o passado, não muito distante, e nos deparamos com momentos em que o caminho se mostrou muitas vezes difícil, quase que intransponível, frente aos obstáculos apresentados. No entanto, é precisamente nesses momentos, que algumas pessoas tornaram mais fácil o caminho percorrido até então.

Sendo assim, torna-se quase que obrigatório agradecer ao excelente corpo docente deste curso de especialização, a sua Coordenação na pessoa do Prof. Carlos Reverbel, e da Dr^a Marcia Maraschin, e a sua notável equipe de apoio administrativo, os quais não mediram esforços em solucionar nossos problemas.

Agradecer a minha mãe, e a minha companheira, pela compreensão das horas ausentes e por entenderem também, o estresse das horas presentes.

Imprescindível agradecer aos colegas de curso, que também foram especiais no convívio, fazendo com que a rotina acadêmica se tornasse mais amena e estimulante.

Também não posso deixar de lembrar do apoio dos meus colegas de trabalho da AGU, na pessoa do meu coordenador, Rodrigo Cardoso, o qual foi um grande facilitador para que pudesse enfrentar esta jornada.

Enfim, agradeço também aos anônimos, que colaboraram, nos bastidores, para que mais esta etapa se concretizasse.

“[...] é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder tende a abusar dele; ele vai até onde encontra limites”.

Montesquieu

RESUMO

No modelo de estado democrático de direito em que vivemos temos o estado no sentido de administração como gestor do interesse público. Para que a administração atinja seus objetivos faz-se necessário que seja revestida de prerrogativas afim de priorizar o interesse público. Estes poderes se personificam através dos atos administrativos, os quais são dotados de discricionariedade. Esta ocorre quando da liberdade de escolha do gestor público, respeitando a oportunidade e conveniência. No âmbito desse espaço de discricionariedade deve a administração observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade na tomada de decisões. Constitui-se assim, o mérito administrativo. Em não observando tais ditames, e somente assim, poderá o administrado inconformado, se socorrer do judiciário, pois nenhuma lesão ou ameaça à direito será alijada do controle jurisdicional. Por sua vez, o judiciário somente poderá reformar uma decisão administrativa, se eivada de vícios legais.

PALAVRAS-CHAVE: Administração, Prerrogativas, Discricionariedade, Mérito administrativo, Controle jurisdicional.

ABSTRACT

In the model of democratic rule of law in which we live towards the state administration as manager of public interest. For the administration to achieve its objectives it is necessary to be coated prerogatives in order to prioritize the public interest. These powers are personify through administrative acts, which are endowed with discretion. This occurs when the free choice of public management, respecting the opportunity and convenience. Within this space of discretion the administration must observe the principles of reasonableness and proportionality in decision making. It is thus, merit administration. By not observing such precepts, and only then, can the administered not conformed if succor the judiciary, because no injury or threat to the right of judicial review will be jettisoned. In turn, the judiciary can only renovate an administrative decision is fraught with legal vices.

KEYWORDS: Directors, Prerogatives, Discretion, Merit administrative control court

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATO ADMINISTRATIVO.....	6
1.1 Administração Pública	6
1.2 Ato administrativo	7
1.3 Poderes da Administração.....	10
1.4 Mérito Administrativo	13
2 CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO	17
2.1 Independência constitucional dos poderes.....	17
2.2 Princípio da inafastabilidade.....	19
2.3 Razoabilidade e da proporcionalidade	21
2.4 Comentários à jurisprudência.....	23
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS.....	34

INTRODUÇÃO

Em uma sociedade esculpida sob as diretrizes de um estado democrático de direito, presenciamos a independência dos poderes e a convivência harmônica entre os mesmos. Cada poder desempenha suas atividades no interesse do bem comum da sociedade.

Nesse contexto temos a administração como meio de viabilizar o bem comum, através de seus atos, principalmente no que tange à edição dos mesmos, os seus reflexos frente aos administrados, as prerrogativas que revestem o administrador para editá-las, e as limitações legais a que está sujeito.

Na busca do interesse comum, a administração é revestida de poderes, e estes se perfectibilizam, através do agente público, na edição de diversos atos, com as mais variadas finalidades, porém balizados pelos princípios constitucionais.

Quando da edição dos seus atos, a administração, no interesse do bem comum, possui a liberdade de tomar a melhor decisão, a partir da conveniência e oportunidade. Ingredientes estes que caracterizam o poder discricionário ou simplesmente a discricionariedade da administração, como definem alguns autores. A liberdade do gestor em optar pela melhor decisão traduz-se no mérito administrativo.

Mas, nesse cenário, cabem limites que a administração deve respeitar quando está diante deste espaço de liberdade para a tomada de decisões. Os limites serão vinculados aos dispositivos legais que serão os norteadores do gestor.

O não seguimento dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, por parte do administrador, provocará a contaminação da legalidade do ato. Quando o gestor, no exercício dessa liberdade exceder seus poderes, caberá ao poder judiciário intervir, se os atos forem eivados de ilegalidade, se não razoáveis ou mesmo desproporcionais. Limites que também o judiciário, na análise do caso concreto, deve respeitar face à independência dos poderes.

1 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E ATO ADMINISTRATIVO

1.1 Administração Pública

O termo “administração” é tratado pela doutrina sob vários enfoques. Para fins didáticos filtramos o tema de forma mais sintética.

Para Gasparini, administração possui um conteúdo vulgar utilizado quando a definimos enquanto administração de empresa, administração econômica, ou como ciência da administração. É um conteúdo técnico no sentido de administração pública advindo da atividade administrativa. Debruçaremos-nos, primeiramente, na análise do conceito deste último.

Ainda nos servindo dos conhecimentos desse autor descobrimos que a conceituação do termo administração submete-se à adoção de alguns critérios, entre eles destacamos o negativista, o formal e o material.

Sob o olhar do critério negativista, temos a administração como qualquer atividade do estado que não a legislativa e nem a judiciária. Definição mais adequada aos estados absolutistas onde havia a total concentração do poder nas mãos do soberano que ainda legislava e julgava.

Através do critério formal ou subjetivo, definimos a administração pública um complexo de órgãos responsáveis por funções administrativas. Tem-se, por meio do critério material ou objetivo, a concepção como um complexo de atividades concretas desempenhadas pelo estado, tendo como filtro, a lei, que tem o objetivo de atender as necessidades da sociedade. Assim, pelo critério formal temos a administração como estado, e, pela ótica material vislumbramos a função administrativa¹.

O pensar de Di Pietro também acompanha o de Gasparini no que concerne

¹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 15ª Ed., São Paulo: Saraiva. 2010. p. 96.

à classificação da administração pública, dividindo a mesma em sentido subjetivo ou formal ou orgânico, onde temos entes que exercem a atividade administrativa, aqui compreendendo pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos da função administrativa. E no sentido objetivo, material ou funcional entende a autora que se designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes, aqui definindo a administração pública como função administrativa exercida basicamente pelo poder público².

Hely Lopes Meireles assinala que o conceito de administração não apresenta uma só definição devido ao fato de a própria expressão acarretar sentidos diversos na sua interpretação, bem como pelas várias esferas em que se desenvolvem as atividades administrativas.

Assevera-nos que, no sentido lato, administrar é gerir interesses conforme a lei moral e interesses entregues à guarda alheia. Assim, em sendo bens são de particular, teremos administração privada, em sendo bens ou interesses da coletividade, teremos, então, a administração pública.

Para o autor, a expressão administração pública pode designar tanto pessoas e órgãos, como a própria atividade administrativa³.

No mesmo sentido explana João dos Santos Carvalho Filho (pag. 10) atribuindo um aspecto objetivo e outro subjetivo para a definição de administração pública.

1.2 Ato administrativo

Partindo dos conceitos acima, podemos deduzir que a administração necessita exercer suas atividades. E estas se perfectibilizam através dos atos administrativos em sentido amplo.

² DI PIETRO, Maria Silvia Zanello. *Direito Administrativo*. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 50.

³ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 85.

Seguindo o pensamento da autora citada, temos que no sentido subjetivo, também chamado de orgânico ou formal, entende-se por atos administrativos os que ditam os órgãos administrativos, ficando excluídos os atos emanados pelo poder judiciário e legislativo, mesmo tendo a natureza administrativa. Tal conceito encontra-se fragilizado pela ausência de rigor científico, pois exclui os atos praticados pelos outros dois poderes, que pertencem a um mesmo regime jurídico.

Utilizando-se o critério objetivo, funcional ou material, um ato administrativo é aquele que é praticado no exercício da função administrativa, independentemente de ter sido originário de órgãos administrativos ou de órgãos legislativos ou judiciais.

Esse critério origina-se da partição de poderes e entende que, mesmo que haja o poder executivo, em que predominam as atividades administrativas, os poderes legislativo e judiciário também as executam e emanam atos administrativos, embora esses atos não caracterizem a sua atividade principal.

Socorremo-nos ainda, ainda da vasta doutrina de Celso bandeira de Melo, o qual define ato administrativo como sendo:

declaração do estado (ou de quem lhe faça as vezes - como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁴.

Aqui temos o ato administrativo como originário de uma declaração de vontade do estado, ou de seu representante legal, a qual produz efeitos jurídicos, com prerrogativas próprias, regidas pelo direito público, obediente ao dispositivo legal constituído e sujeito ao crivo do poder judiciário.

O autor ainda ressalta que o ato administrativo é infralegal e assim prescinde da vinculação a uma norma⁵

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.p. 378.

⁵ _____, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.p. 380.

Na concepção de Lucia Figueiredo, ato administrativo é a “norma concreta que emanada do estado ou de quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este e o administrado, suscetível de ser contratada pelo judiciário”.

Percebe-se que a concepção de ato administrativo não sofre grandes transformações em relação a sua conceituação na visão da maioria dos doutrinadores⁶.

Na definição de Hely Lopes Meireles também temos que ato é:

Toda manifestação unilateral de vontade da administração publica que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria⁷.

Aqui temos uma definição com perfil mais clássico, mas que define de uma forma sucinta e clara o conceito ora trabalhado, e verifica-se que não há uma uniformidade na sua definição.

Jose Carvalho Filho também entende dessa forma, ou seja, no sentido de que não há uniformidade entre os autores quando se trata da conceituação do termo em análise. O autor define ato, como sendo a vontade exteriorizada da administração ou de agentes delegados por ela, regidos pelo direito público, que busque a produção de efeitos jurídicos com a finalidade de atender o interesse público.

Nessa definição pura, o autor não se aprofunda na questão da sujeição do ato ao crivo judicial, a exemplo de outros doutrinadores⁸.

Assim, podemos resumir o conceito de ato administrativo como uma declaração de vontade do estado, que produz efeitos jurídicos, na busca do interesse público.

⁶ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. P. 173-4.

⁷ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. P. 152.

⁸ CARVALHO, João dos Santos Filho. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. P. 92.

1.3 Poderes da administração

Para que a administração exerça seu papel, faz-se necessário revesti-la de poderes, de tal modo que sua vontade, que nada mais é do que a vontade do interesse comum sobreponha-se ao interesse particular. Para José Carvalho dos Santos⁹, tais poderes constituem um conjunto de prerrogativas de direito público atribuídas aos agentes administrativos, a fim de que o estado alcance seus fins. Trata-se de poder-dever

Esses poderes são classificados de forma diferenciada pela doutrina em geral, como veremos a seguir, iniciando pelo clássico entendimento de Hely Lopes Meireles.

O autor classifica os poderes da administração quanto à forma, quanto à liberdade da administração para a prática de seus atos em poder vinculado e discricionário, em relação ao ordenamento da administração ou à punição dos administrados em poder hierárquico, e em disciplinar. Classifica ainda, em relação à finalidade normativa da administração, em poder regulamentar e, em relação à contenção dos direitos individuais, em poder de polícia.

A partir dessa divisão, nos cabe trazer a definição de cada um dos poderes elencados. Por poder vinculado, entende-se a situação em que a administração fica vinculada, por isso o termo “ao dispositivo estipulado pela lei”. Nas palavras do autor “o agente público fica preso à lei”. A lei determina os elementos que a administração utilizará para a formalização daquele ato específico. Por isso é também chamado de poder regrado, pois a lei dita as regras que irão nortear os atos administrativos.

O poder discricionário traduz-se por ser aquele em que a lei confere de forma implícita ou explícita, liberdade ao agente público para a prática de atos, conforme sua oportunidade e conveniência. Cabe frisar que a liberdade ora tratada está balizada nos parâmetros legais, ou seja, o agente terá liberdade de agir dentro

⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 46.

dos limites da lei. A diferença em relação ao poder vinculado é que aqui o agente é investido de uma maior liberdade de ação.

Alguns autores tratam os conceitos anteriormente citados, não com o *status* de poder propriamente dito, mas sim como atributos de outros poderes da administração.

No tocante ao poder hierárquico, ainda seguindo o ensinamento de *Hely Meireles*¹⁰, temos como o poder de que “dispõe o executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal”.

Explica o autor, que se trata da relação de subordinação que existe entre vários órgãos e agentes do executivo. Assim temos a distribuição de funções e gradação de autoridade.

Salienta ainda, que se depreende desse conceito que tal poder não existe na esfera legislativa e judiciária em se tratando das suas funções próprias, pois o poder hierárquico é privativo do executivo. Seu objetivo é ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas no âmbito da administração pública.

Poder disciplinar diz respeito à faculdade que possui a administração de punir internamente as infrações de seus agentes. Através do poder disciplinar a administração controla o desempenho e a conduta de seus agentes. Tem por objetivo a busca pela eficiência do serviço público e está atrelado à oportunidade e conveniência por parte da administração na sua aplicação.

O poder regulamentar trata-se da faculdade de que detêm os chefes de executivo de explicar a lei para sua correta execução. Temos como exemplo os decretos autônomos nos quais ocorre a regulamentação de uma determinada lei, promulgada anteriormente. Consiste em poder inerente e privativo do ocupante do cargo do executivo.

¹⁰ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010; p. e 130

Através dessa faculdade o chefe do executivo supre as possíveis omissões do legislativo, desde que se restrinja somente a operacionalizar o que está definido na norma legal. Trata-se de um complemento ao dispositivo emanado do poder legislativo.

Quanto ao poder de polícia, nas palavras de *Hely Meireles*¹¹, temos que “O poder de polícia é o condão de que dispõe a administração pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais em benefício da coletividade ou do próprio estado”.

Pelo conceito acima, percebe-se que o poder de polícia nada mais é do que um mecanismo que a administração utiliza para delimitar os direitos individuais em prol do interesse coletivo, ou seja, mitigando, quando necessário, o direito do indivíduo em função da segurança e do bem estar social.

Cabe salientar que o poder de polícia do qual tratamos, é de cunho administrativo e mantêm seus tentáculos sobre os bens, direitos e atividades dos indivíduos, diferentemente da chamada polícia judiciária ou de manutenção de ordem pública¹².

Como já referido anteriormente, embora na sua maioria não divirjam sobre os conceitos, não há uma padronização na classificação no que tange aos poderes administrativos entre os doutrinadores. Por exemplo, José Carvalho do Santos, ao tratar do tema, divide os poderes em discricionário, regulamentar e poder de polícia.

Já nos ensinamentos de Di Pietro, verificamos que a doutrinadora os classifica em normativo, disciplinar, os decorrentes da hierarquia e o poder de polícia. O termo “poder normativo” a autora prefere utilizar em lugar de “poder regulamentar”, justificando que este não esgota toda a competência normativa da administração.

¹¹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134

¹² _____, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010. p. 134

Cabe destacar que a autora trata os poderes, vinculado e discricionário como atributos de outros poderes. No pensar da autora o poder vinculado não pode ser entendido como prerrogativa, e sim, como restrição ao desempenho da administração, pois o agente está submisso ao dispositivo legal em todos os aspectos. Em relação ao poder discricionário, embora a autora admita um viés de prerrogativa, pois faculta à administração apreciar determinados aspectos de um ato administrativo no caso concreto, que ocorre é que muitas competências exercidas pela administração através dos poderes regulamentar, disciplinar e de polícia serão vinculados ou discricionários¹³.

Para *Gasparini*¹⁴, “discricionária ou vinculada é a competência e não os atos que dela são decorrentes”. Mas o autor acompanha o restante da doutrina na definição dos institutos.

1.4 Mérito administrativo

Cuidamos aqui de um tema bastante interessante, polêmico e ao mesmo tempo instigante, pois garante margem para discussões e dissertações no mundo acadêmico, bem como objeto de provocação em nosso judiciário.

Quando estudamos o poder discricionário verificamos que em muitos casos o agente tem a liberdade de tomar a melhor decisão, utilizando os balizadores da oportunidade e conveniência, sempre com o norte no interesse público. Tais balizadores constituem o mérito administrativo.

Nas palavras de *Medauar*¹⁵(2009, p. 112) temos: “O mérito administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade da escolha realizada pela administração quando utiliza-se do poder discricionário visando atender o interesse público”.

A autora ainda salienta de forma didática que o termo mérito utilizado no âmbito administrativo diferencia-se do utilizado no meio administrativo, pois este

¹³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanello. *Direito Administrativo*. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 89

¹⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 96

refere-se ao que alguém vem postular em juízo, é a pretensão à satisfação de um interesse, esta que identifica o mérito.

Salienta Jose Carvalhos dos Santos¹⁶, que na tomada de decisões não pode o agente ponderar aspectos pertinentes ao ato como a competência, finalidade e forma, pois estes são vinculados à norma. Mas sim, deverá valorar os fatores que constituem o motivo, o objeto, sempre com a perspectiva de atingir o interesse público. Podemos inferir que a liberdade de ação do agente público, só existe nos atos discricionários.

Elucidando ainda mais, Di Pietro assevera que o ato vinculado deve ser analisado em relação ao aspecto legal, enquanto que o discricionário deverá ser observado sob os aspectos de legalidade e do mérito.

No entendimento de Celso Bandeira de Melo¹⁷, o mérito é espaço de liberdade disposto em lei, que permite ao agente tomar uma decisão no caso concreto, diante da oportunidade e conveniência, desde que não seja possível definir objetivamente qual a opção seria a única adequada.

O mérito está diretamente ligado à discricionariedade administrativa, pois esta proporciona ao agente optar pela escolha mais adequada para a administração. O agente escolherá entre opções legalmente postas, qual vai traduzir-se na essência do interesse público. Nesse contexto, deve haver espaços legais para juízo de valor. Situação que exclui, por lógica, os atos vinculados, pois a estes a escolha não é facultada ao administrador.

O poder executivo tem muitas atribuições políticas e administrativas, entre elas o poder regulamentar, e não haveria condições de realizar essas atribuições se tudo fosse predeterminado pela lei. Caso optássemos por esse caminho, engessaria toda a atividade estatal, a qual prescinde de uma certa flexibilidade legal, que possibilite praticar atos de gestão de forma adequada à realidade, pois, atualmente,

¹⁵ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 112

¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 15

¹⁷ MELLO, Celso Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. p. 965

a sociedade convive com um turbilhão de mudanças, e a demanda do interesse público exige agilidade e eficiência.

Maffini¹⁸ chama nossa atenção no que concerne à identificação dos elementos “conveniência” e “oportunidade”, elementos que compõem o mérito administrativo. A preocupação do autor deve-se à subjetivação que caracteriza tais elementos. Na sua concepção, quando o agente estiver frente a um caso concreto que exija uma regra discricionária, não poderá simplesmente submetê-lo à norma, e sim terá que optar por qual decisão vai satisfazer o interesse público, por isso a conveniência. Já a oportunidade estaria intrinsecamente ligada à valoração realizada pelo agente na tomada de decisão.

Na visão de Gasparini¹⁹ (pag. 97), existe conveniência quando o ato interessa, convém ou satisfaz o interesse público; e existe oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação desse interesse. A oportunidade está relacionada ao momento adequado do ato, e a conveniência à utilidade do ato. Os dois são os elementos que definem o mérito. Assim, pode a administração negar a solicitação de um administrado, mesmo que este esteja amparado e tenha cumprido todos os requisitos legais, pois, afinal, conforme o caso concreto, o agente irá avaliar a conveniência e oportunidade. Aqui, mesmo havendo discricionariedade, o ato está vinculado à lei que faculta à administração optar pela melhor decisão atendendo ao interesse público. Porém, se o conteúdo da solicitação do administrado não permite legalmente a negativa por parte da administração, não terá alternativa ao agente, a não ser cumprir a determinação do dispositivo.

Cumpre-nos trazer para debate, talvez a questão mais polêmica quando o assunto é mérito administrativo. Trata-se do controle jurisdicional sobre o mesmo.

Lucia Figueiredo²⁰, relembra que, anteriormente à doutrina e à jurisprudência, havia o mérito administrativo como intocável perante à análise judicial. Porém, com o passar do tempo, verificou-se que o conteúdo do mesmo era,

¹⁸ MAFFINI, Rafael. *Direito administrativo*. 3ª ed., São Paulo: Revsita dos Tribunais, 2009. p. 63.

¹⁹ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 97

²⁰ FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 228.

por demais, relativizado, e com isso, permitia à administração cometer alguns abusos quando da sua interpretação. Passou-se a entender que caberia ao judiciário controlar a atividade administrativa, desde que não invadisse o mérito das decisões, ou seja, aquelas em que sua fundamentação tivesse a origem na oportunidade e conveniência.

O mestre Hely Lopes Meireles²¹ assevera que nos atos discricionários a administração decide livremente e sem a possibilidade do crivo judicial, salvo provado o excesso ou desvio de poder. Se a lei faculta a administração de utilizar o juízo de valoração dos motivos e do objeto, não se pode falar em intervenção do judiciário com o objetivo de rever os atos do administrador, haja vista que não há parâmetros de legalidade a serem analisados.

A valoração²², da conduta administrativa se modifica muito conforme os fatores de conveniência e oportunidade, a que é submetido o agente no momento da tomada de decisão. O que hoje parece conveniente, amanhã pode não se mostrar da mesma forma. O autor cita como exemplo, a autorização para fechar uma avenida, visando à realização de uma festa dos moradores. Hoje foi autorizado, porém, no futuro, é possível que essa solicitação seja negada, pois pode se mostrar não mais conveniente e oportuno. Cabe à administração, e, somente a ela, exercer tal juízo de valor, e não pode o judiciário intrometer-se no mérito administrativo. Não se pode confundir a atividade jurisdicional, inerente ao juiz, com a função administrativa atinente ao agente do executivo.

Pode ocorrer de a administração disfarçar um ato carregado de ilegalidade, sob o manto da discricionariedade, porém, nesses casos, o ato será submetido ao poder jurisdicional que analisará sua motivação e finalidade, e, assim, diante de critérios de razoabilidade e proporcionalidade, a motivação da administração, poderá culminar com a invalidação do mesmo.

A autora Di Pietro²³ também nos socorre em relação ao tema, certificando que o controle jurisdicional deve sempre respeitar a discricionariedade administrativa

²¹ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p. 158.

²² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 120.

nos limites em que a lei assim a define. O legislador antecipadamente designa os limites a que está sujeito o gestor público. Assim, qualquer opção deste terá que respeitar as faculdades legais. Dessa forma, não poderá o poder jurisdicional intervir nesses limites, sob o risco de invadir a competência constitucionalmente legitimada ao poder administrador.

A discricionariedade é aplicada quando a lei expressamente assim define; quando a lei é omissa, pois não lhe é possível definir todas as situações, assim caberá à administração decidir, à luz dos princípios que norteiam o nosso ordenamento; e, quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada. Mas mesmo diante dessas situações não haverá discricionariedade total, pois alguns aspectos serão vinculados.

2 CONTROLE JURISDICIONAL DO MÉRITO

Embora o ato administrativo seja revestido de prerrogativas inerentes à gestão pública, visando sempre o interesse público, não estará isento do controle jurisdicional de mérito. Assim, cabe-nos analisar alguns aspectos pertinentes a esse controle.

2.1 Independência constitucional dos poderes

A idéia da coexistência de três poderes estatais harmônicos e independentes entre si tem sua concepção mais moderna no pensar de Montesquieu. Na sua concepção o estado estaria composto por três funções estatais e estas estariam ligadas a três poderes distintos. Assim, rompendo com a idéia de concentração do poder nas mãos do soberano. Com o aflorar dessas idéias, passou-se a conceber que cada poder teria suas funções e por elas seria responsável, não invadindo as funções dos outros poderes constituídos²⁴.

Com intuito de evitar o ultraje aos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 estabeleceu a separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário,

²³ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010. p. 216.

²⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 69.

preconizando sua independência, e sua existência harmônica entre si. Ao dispor dessa forma, a nossa carta magna reconheceu a teoria da separação dos poderes bem como a dos freios e contrapesos.

Os poderes constituídos exercem as funções de legislar, administrar e jurisdicionar, e as exercerão, cada qual, de forma exclusiva, independente e harmônica, a fim de coexistirem num ambiente de cooperação e lealdade mútua visando à paz social através da confiança da sociedade nas instituições democraticamente estabelecidas. Para que se concretize essa coexistência entre os poderes, o sistema convive com um mecanismo chamado de freios e contrapesos, o qual consiste no controle recíproco entre os mesmos, de forma que um controle os outros e por ele seja controlado, sem que ofenda suas atribuições e exclusividades constitucionalmente conferidas.

Nesse contexto, o poder judiciário cumpre seu papel de controlador do executivo na seara política e administrativa como é o caso de não permitir que o presidente extradite um cidadão se não cumpridos os requisitos legais; ou mesmo no caso de o STF declarar a inconstitucionalidade de um ato do executivo. Na seara administrativa como já visto, apreciação do judiciário limitar-se-á ao aspecto da legalidade, não podendo intervir no limite discricionário dos atos do executivo, perfectibilizando, dessa forma, o sistema de freios e contrapesos.

Para Lenza²⁵, a teoria da tripartição foi abrandada em função das realidades históricas e sociais dos estados modernos. Passou-se a pensar em atividades típicas e atípicas. Aonde cada poder exerce a sua função principal, que é a típica, e também a função atípica, quando os atos emanados são típicos dos outros dois poderes. Como exemplo, podemos citar o legislativo, nas hipóteses previstas na Constituição, em que lhe cabe julgar o presidente da república, temos então, uma função típica, de caráter jurisdicional. Já nas situações em que o legislativo define sua organização interna ou concede férias a seus servidores, seria função atípica, de caráter executivo.

²⁵ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397.

Salienta o autor que, mesmo exercendo função atípica, o poder estará exercendo uma função sua, não se podendo falar em invasão ou dano ao princípio da separação de poderes, pois as competências foram perfeitamente definidas na constituição. Todos os atos praticados são advindos de um só poder que é uno e indivisível, porém, adquirem formas diferentes conforme as funções exercidas pelos diversos órgãos. Os poderes são independentes entre si, cada qual com suas atribuições constitucionalmente definidas²⁶.

2.2 Princípio da inafastabilidade

A constituição federal dispõe, em seu artigo 5º, inc. XXXV, que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito.

Diante do enunciado constante em nossa carta magna, percebe-se que a intenção do legislador foi a de garantir de forma peremptória o acesso ao poder judiciário.

O poder judiciário será acionado sempre que ocorrer ameaça ou lesão a direito, e aplicará a lei ao caso concreto. Em contrapartida, estará o judiciário obrigado a prestar a jurisdição sempre que provocado.

Cabe salientar que, mesmo tal garantia constitucional predispondo o direito que qualquer cidadão tem à tutela jurisdicional, não o dispensa de preencher os requisitos das condições da ação a fim de pleitear o seu interesse²⁷.

Fredie Didier Jr²⁸, elucida o tema dizendo que tal princípio, após esculpido em nossa constituição, atribuiu não só um direito, mas ao mesmo tempo um dever. De um lado o direito do cidadão à prestação jurisdicional, o direito à ação, e de outro, o dever do estado de prestá-la.

²⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009. p. 773.

²⁷ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 237.

²⁸ DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 11ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2010. p. 88-89.

O direito de ação é abstrato não se vincula à procedência ou não do pleito e da razão do autor. O mandamento constitucional aqui tratado não se dirige apenas ao legislativo, mas a todos, pois se temos que a lei não excluirá nada do crivo do judiciário muito menos qualquer ato hierarquicamente abaixo poderá fazê-lo.

Ressalve-se o juízo de arbitragem, aonde as partes renunciam ao direito preceituado nesse dispositivo. Também podemos citar, como ressalva, o art. 52 incisos I e II, em que a própria constituição dispõe sobre o processamento e julgamento de determinadas autoridades que não o judiciário.

Temos no ensinamento de Dinamarco²⁹:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e, sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático do processo.

O autor nos traduz, de forma cristalina e objetiva, esse princípio que sustenta o nosso sistema jurisdicional. Não se pode conceber a recusa por parte do sistema, da pretensão do indivíduo.

Assim, devemos trazer os fundamentos desse princípio para a seara administrativa, e, utilizá-lo como norte a ser seguido, afim de que não desvirtuemos as bases de nossa carta constitucional.

Pedro Lenza ressalta que tal princípio também é denominado de direito de ação ou do livre acesso ao judiciário. Faz ressalvas à forma indireta como está disposto no preceito constitucional e que essa opção certamente foi fruto de uma reação às práticas arbitrárias do passado face à lacuna de mandamento constitucional. Com a edição da carta magna de 1988, o direito de ação foi ratificado, de forma categórica, sem as restrições das constituições anteriores³⁰.

Diante dos extratos doutrinários aqui trazidos, percebe-se a importância do princípio da inafastabilidade frente aos atos administrativos, principalmente no que

²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, São Paulo: Malheiros, 2009. p. 204.

concerne a sua discricionariedade. Pois tal princípio reveste-se de importante freio à possíveis abusos que venham a ser cometidos pela Administração.

2.3 Razoabilidade e proporcionalidade

Encontramos este princípio disposto claramente no art 2º, da lei 9784/99, a qual disciplina os processos administrativos no âmbito da administração pública federal.

Tem-se que os atos administrativos devem ser pautados pela razão, ou devem conter decisões razoáveis. A proporcionalidade é medida da razoabilidade. A razoabilidade exige proporção entre os meios utilizados e os fins objetivados. Assim, temos o binômio, adequação e necessidade, no qual deve ser analisado se o ato vai alcançar os objetivos propostos, e se não existe forma menos penosa de se atingir aquele objetivo³¹.

Conta-nos Celso de Melo³² que a administração, ao atuar no exercício de discricção, deverá atuar de forma a obedecer critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e condizentes com a finalidade a ser atingida.

Salienta-se que os atos administrativos desarrazoados, incoerentes, são invalidáveis jurisdicionalmente, pois são ilegítimos. O fato de a lei conferir certa liberdade ao agente, não lhe permite tomar decisões atreladas ao seu humor, ou praticar excentricidades e muito menos de manipular os dispositivos legais. Sua atuação deverá ser norteada na busca da decisão mais adequada frente às diversas situações na gestão administrativa.

Quando o poder jurisdicional corrige um ato desarrazoado emanado do agente administrativo, não se pode falar em invasão de mérito, pois tal ato foi eivado de ilegalidade, merecendo a intervenção adequada.

³⁰ LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. p. 773.

³¹ MAZZA, Alexandre; ANDRADE, Flavia Cristina Moura. Prática de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 232.

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009. P. 108

José Carvalho dos Santos³³ define: “Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se um pouco diversa.”

No entendimento do autor, o que é razoável para um não o é para outro, porém o agente terá que valorar de forma que sua decisão fique nos limites do aceitável. Decidindo nesses limites, não pode o poder jurisdicional querer modificar o ato, pois estará substituindo o juízo de valoração do agente, e, assim, estará ferindo a separação de funções ou a independência dos poderes.

A falta de uma congruência lógica no ato do agente irá contaminar o princípio da legalidade, no qual todo ato administrativo deve estar calcado, pois o vício estará nas razões da vontade ou no objeto que provocou a edição do ato. Quando o agente desvia o interesse do ato para a instância particular, estará também violando o princípio da moralidade e impessoalidade. Devemos observar que o ato da administração deve estar dentro dos padrões normais de aceitabilidade, caso isso não ocorra, estará o ato contaminado por algum vício.

Para Gasparini³⁴, o agente, quando diante de uma decisão discricionária, deverá ser acional e seguir o senso comum, pois se não respeitar tais limites estará diante de ato ilegal. Mesmo agindo de forma discricionária, a lei não permite ao agente agir conforme seu bel prazer, mas sim deve primar por atender o interesse público.

O fundamento deste princípio está no controle de excesso de poder do estado. Visa controlar os atos do estado quando da tomada de decisões, de forma que a administração não ultrapasse os limites adequados. A administração deve agir somente quando exigida e de modo proporcional e equilibrado.

³³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011. p. 36

³⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24.

A proporcionalidade deve ser aferida através de três balizadores fundamentais, que são a adequação, a exigibilidade, e a proporcionalidade em sentido estrito. Temos em relação à primeira, que o meio empregado deve ser compatível com o fim a ser alcançado; por exigibilidade entende-se que a conduta adotada pelo gestor era realmente a única, não havendo alternativa menos gravosa para se alcançar a finalidade; e por proporcionalidade, em sentido estrito, tem-se que, quando ao tomar aquela decisão, a administração sabe que as vantagens superam as desvantagens.

Ressalta o autor, que tal princípio se restringe a controlar os excessos que por ventura possam ser cometidos pela administração, e não pode ser utilizado como meio de interferência no critério de discricionariedade do agente, quando este dispuser de mais de uma forma lícita para tomar sua decisão.

Ambos os princípios traduzem-se em formas de controle de atos abusivos por parte dos agentes públicos. O princípio da razoabilidade, inicialmente, na sua origem, tinha o objetivo hermenêutico na busca pela lógica e interpretação jurídica, e, com o passar dos tempos, tem sido utilizado para a ponderação de princípios. De outro lado, a proporcionalidade nasceu visando balanceamento de valores, como por exemplo, a justiça, a liberdade, segurança, de forma objetiva material.

Lucia Figueiredo resume o princípio asseverando que se constitui na direta adequação das medidas tomadas pela administração às suas necessidades, ou seja, às necessidades da coletividade³⁵.

2.4 Comentários à jurisprudência

Na tentativa de elucidar algumas dúvidas a respeito do tema “controle jurisdicional do mérito e discricionariedade da administração”, colecionamos alguns casos que chegam aos nossos Tribunais, que traduzem a problemática ora apresentada. Vejamos:

³⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008. p 51.

REsp 1121786 / RJ - 2009/0021691-4 – Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131). ADMINISTRATIVO. MILITAR. TRANSFERÊNCIA EX OFFICIO PARA A RESERVA REMUNERADA. NULIDADE DO ATO. INEXISTÊNCIA.DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA. EXAME VEDADO AO PODER JUDICIÁRIO.PRECEDENTES.1. No caso, não ficou demonstrado nenhum vício de arbitrariedade tampouco de ilegalidade apto a ensejar a nulidade do ato que transferiu, de ofício, o militar para a reserva remunerada. Desse modo, não compete ao Poder Judiciário, sob pena de invasão do campo de discricionariedade conferida pela própria lei, examinar a conveniência da transferência ex officio.2. Recurso especial a que se nega provimento. T6 - SEXTA TURMA DJ de 19/09/11. STJ. Documento: 17139230 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 5³⁶

O caso aqui trazido exemplifica o reconhecimento do poder discricionário da administração, bem como os limites a que está submetido o poder judiciário para modificar uma decisão administrativa. Trata-se de um militar que foi transferido para a reserva, de ofício, mas que segundo sua irresignação, antes disso teria que ter sido reclassificado em quadro técnico diverso do que se encontrava até então. O seu recurso foi negado.

Pois bem, no voto, a ministra julgadora, avaliou primeiramente os aspectos legais que amparavam o ato da administração como observamos no extrato abaixo *in verbis*:

Contudo, na hipótese em exame, não resta comprovado que a Administração tolheu o direito do recorrente de ingressar no Quadro Técnico nos termos da legislação supra, mas, sim, que o militar foi transferido, de ofício, para a reserva remunerada, nos termos do art. 98, IV, da Lei nº 6.880/80. Nesse contexto, não vejo como acolher a irresignação. Com efeito, não ficou demonstrado nenhum vício de arbitrariedade tampouco de ilegalidade apto a ensejar a nulidade do ato que transferiu, de ofício, o militar³⁷

Como conseqüência da avaliação da douta julgadora, vislumbramos sua conclusão, decidindo pela impossibilidade de o judiciário modificar a decisão da administração militar, sob pena de adentrar na seara do mérito administrativo, como vemos: “*Desse modo, não compete ao Poder Judiciário, sob pena de invasão do campo de discricionariedade conferida pela própria lei, examinar a conveniência da transferência ex officio*”.

³⁶ STJ. REsp 1121786 / RJ - 2009/0021691-4 – Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131). SEXTA TURMA DJ de 19/09/11. STJ. Documento: 17139230 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 5³⁶

³⁷ STJ. REsp 1121786 / RJ - 2009/0021691-4 – Relator(a): Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA (1131). SEXTA TURMA DJ de 19/09/11. STJ. Documento: 17139230 - RELATÓRIO, EMENTA E VOTO - Site certificado Página 5 de 5³⁷

Temos aqui, a cristalização dos temas anteriormente estudados. Percebe-se a efetivação dos princípios que regem o sistema, no que tange ao conflito entre mérito administrativo e princípio da inafastabilidade.

Extraímos da 6ª turma do STJ outro caso em que o poder discricionário da administração é reconhecido frente a um caso de servidor público aposentado que pleiteava a reversão da mesma, assim, *in verbis*:

AgRg no RMS 29815 / MS AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA2009/0119533-. Ementa: Recurso ordinário em mandado de segurança. Servidor público.aposentadoria voluntária. Reversão. Estatuto dos servidores do poder judiciário do estado do mato grosso do sul. Ato discricionário da administração. Limites no controle judicial.

Agravo regimental improvido. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) 6ª turma – 14/02/12 -DJE 27/02/12³⁸.

No caso concreto, aqui trazido, o poder judiciário foi provocado e também decidiu no sentido de que os requisitos legais foram cumpridos por parte da administração e o pedido do servidor não se perfectibilizou pelo não preenchimento dos requisitos por parte do administrado, como depreendemos do extrato a seguir:

“Não é possível ao Judiciário rever decisão administrativa que indeferiu pedido de reversão de aposentadoria voluntária de servidor do Estado do Mato Grosso do Sul, na hipótese em que a negativa do pedido de reversão foi fundamentada na falta do preenchimento de todos os requisitos previstos na legislação estadual, no caso a inexistência de vaga, porque não restando comprovado que ocorreram arbitrariedades aptas a ensejar a nulidade do ato administrativo discricionário, não compete ao Poder Judiciário analisar a escolha do administrador”.

Aqui, percebemos que a administração cumpriu os requisitos legais. A decisão também avaliou que nenhuma arbitrariedade foi cometida pela administração, o que ensejaria a permissão para o judiciário intervir e modificar o ato administrativo, pois o cobriria com o manto da ilegalidade. Por fim, a decisão ratifica o poder discricionário da administração ao mesmo tempo em que reverencia a independência harmônica dos poderes.

Em sentido oposto, colecionamos decisões em que o judiciário se viu forçado a modificar decisão administrativa que extrapola os limites da

³⁸ STJ. agrg no rms 29815 / ms agravo regimental no recurso em mandado de segurança2009/0119533-1. Agravo regimental improvido. Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR (1148) 6ª turma – 14/02/12 -DJE 27/02/12³⁸.

discricionariedade, como vemos a seguir, *in verbis*:

Resp 1187536/PE - RECURSO ESPECIAL 2010/0059548-1 Rel Min Humberto Martins – segunda turma – 02/09/10 – Dje 22/09/10 - *Recurso Especial de Diogo Cardoso de Brito Albuquerque – administrativo – ausência de violação do art. 535 do cpc – dissídio jurisprudencial não demonstrado – internamento por doença acometida durante o curso de formação de oficiais aviadores – perda de aulas de simulação de vôo denominadas horas de nacele – submissão à prova prática sem reposição das aulas – ilegalidade que malfez o direito ao tratamento excepcional a ser concedido aos alunos enfermos, nos termos do art. 1º do decreto-lei n. 1.044/69 – violação do direito à educação e do princípio da isonomia – danos morais – súmula 7/STJ. Recurso especial. Conhecido em parte e parcialmente provido. RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO–PREJUDICADO. Recurso especial da UNIÃO prejudicado³⁹.*

Para melhor entendimento, façamos um breve resumo do caso:

Relata que um aluno da academia da força aérea, após sofrer “corretivos acadêmicos” de cadetes superiores hierárquicos, veio a ser internado em hospital da guarnição, com fratura na coluna e insuficiência renal, o que fez com que ficasse afastado das aulas. Este fato o levou à reprovação nas avaliações de prática de vôo simulado, provocando seu desligamento da força aérea, mesmo existindo na legislação militar (decreto-lei 1044/69), previsão expressa de adoção de tratamento excepcional (reposição das aulas), para alunos que apresentarem enfermidade temporária enquanto alunos daquela academia.

Na decisão, o eminente ministro julgador assim deduz, em trecho do seu voto pertinente ao tema ora tratado:

“Portanto, no caso concreto, não há falar em agir criterioso ou discricionário da administração. Até porque, fornecer ao estudante os meios que assegurassem um aprendizado completo não se encontra na esfera de discricionariedade da administração pública. Trata-se, na verdade, de uma finalidade ao qual o Poder Público, em todas as suas esferas, está vinculado. Só assim estaria sendo respeitado o direito fundamental à educação de qualidade”⁴⁰.

De forma cristalina se percebe, pelo trecho extraído acima, que o poder jurisdicional foi chamado a intervir em ato da administração, face à mesma estar

³⁹ STJ. Resp 1187536/PE - 2010/0059548-1 Rel Min Humberto Martins – segunda turma – 02/09/10 – Dje 22/09/10

vinculada ao dispositivo legal, não lhe sendo facultada, neste caso, a liberdade discricionária.

Em conseqüência, extraímos o mandamento judicial abaixo:

“Diante da ilegalidade no desligamento do recorrente, deve-se reintegrá-lo no curso de formação de oficial aviador, na mesma patente em que se encontram os seus colegas de turma. Aplica-se, assim, a mesma razão de decidir do REsp 701.919/DF, Rel. Min.Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 8.5.2007, DJ 18.6.2007, p.293”⁴¹.

Vislumbra-se aqui que o poder judiciário reverte a decisão administrativa, afim de que seja respeitado o princípio da legalidade, ao qual a administração está vinculada quando da edição de seus atos.

Em mais uma situação em que o poder judiciário é provocado no sentido de policiar os excessos da administração, colecionamos um julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo em que a administração reprova o candidato a cargo de policial militar, na fase de investigação social, com vemos a seguir:

Processo: APL 468077020108260053 TJ/SP 0046807-70.2010.8.26.0053
Relator(a):Rebouças de Carvalho Julgamento:14/09/2011 Órgão Julgador:9ª
Câmara de Direito Público Publicação: 16/09/2011. *Ementa: Mandado de Segurança. Concurso Público para o cargo de Policial Militar 2ª Classe Reprovação na fase de investigação social, sob o fundamento de que a conduta do candidato não é ilibada Descabimento Poder discricionário da Administração não pode acolher verdadeira arbitrariedade ou abuso Princípios da intranscendência ou pessoalidade da pena e da presunção de inocência aplicáveis Anulação do ato administração de reprovação determinada, com prosseguimento da ulterior fase do concurso Concessão da segurança decretada por esta Colegiado Sentença reformada Recurso do impetrante provido*⁴².

Como vemos, a administração abusou do seu poder discricionário, permitindo assim, que o judiciário reformasse a decisão, em prol do administrado e do interesse público. O foco central dessa decisão é a arbitrariedade diante da aviltação de princípios constitucionais sedimentados.

⁴⁰ STJ. Resp 1187536/PE - 2010/0059548-1 Rel Min Humberto Martins – segunda turma – 02/09/10 – Dje 22/09/10

⁴¹ STJ. REsp 701.919/DF, Rel. Min.Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 8.5.2007, DJ 18.6.2007, p.293

⁴² TJ/SP Processo: APL 468077020108260053 SP 0046807-70.2010.8.26.0053 Relator(a):Rebouças de Carvalho Julgamento:14/09/2011 Órgão Julgador:9ª Câmara de Direito Público Publicação: 16/09/2011

Os casos ora comentados, são apenas uma amostra da coletânea que chega ao nosso judiciário diariamente. Mas, mesmo nesse pequeno rol exemplificativo, foi possível ter-se uma idéia de, como os princípios que envolvem o tema aqui tratado são ponderados pelo poder judiciário, visando assegurar a proteção dos princípios constitucionais, entre eles a independência dos poderes.

CONCLUSÃO

Nas linhas aqui traçadas, procurou-se delinear, sinteticamente, a questão do poder discricionário da administração na edição de seus atos, e a possibilidade destes se submeterem ao controle jurisdicional. A fim de elucidarmos os mistérios desse tema, passamos por caminhos tortuosos como, por exemplo, a definição dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, e da inafastabilidade frente ao mérito administrativo. Trabalhar temas como os citados, foi imprescindível para o enfrentamento da problemática proposta.

Depreendemos que o conceito de administração pública, embora se submeta a diferentes classificações perante a doutrina, não foge a um consenso final, qual seja, o de gerir e zelar pela “res” pública, visando o interesse da coletividade, sempre balizada pelas normas legais. A partir de seus atos a administração perfectibiliza suas ações em prol da sociedade.

Em relação aos atos administrativos podemos perceber que os mesmos possuem como objeto principal a atividade administrativa, independentemente do poder que os emitiu. Ele traduz uma vontade jurídica da administração. É dotado de prerrogativas próprias do direito público as quais permitem extinguir, criar, modificar ou mesmo declarar uma relação jurídica entre a administração e administrados, podendo inclusive impor determinações a si própria.

As prerrogativas nada mais são do que os poderes de que são revestidos os agentes públicos para que o estado faça prevalecer o interesse publico sobre o privado. Fizemos uma análise sucinta a respeito desses poderes, no intuito de entender a função de cada um na seara administrativa. Trouxemos em destaque, o

poder vinculado e o discricionário, pois ambos são pertinentes à matéria ora tratada. Vimos que o poder vinculado sujeita o agente público aos ditames da norma. Assim, de forma mais rígida, o agente se torna obediente, fiel na execução de um ato administrativo.

Ressaltamos o poder discricionário, pois, a partir dele, conseguimos vislumbrar o cerne do tema proposto. No que tange à tomada de decisões, o gestor público utiliza-se de uma certa liberdade para optar pelo melhor caminho a seguir, sempre sob o olhar legal, respeitando a oportunidade e conveniência. Esses são balizadores do que vai se traduzir no mérito administrativo. Podemos perceber que diante do poder de escolha, o agente público deve exercer o juízo de valor, porém que não exceda os limites legais.

Conceitos importantes para o entendimento do tema, e que se traduziu como um consenso na doutrina pesquisada, concerne à definição de “oportunidade” onde temos caracterizada como o momento mais adequado para a administração tomar a decisão, enquanto que a “conveniência” determina quando interessa, convém ou satisfaz à administração.

Nesse cenário, vimos que o mérito administrativo, antes inatacável, com a evolução do tempo, sofreu significativa relativização, e passou a se submeter ao crivo do judiciário.

Ponto culminante do trabalho foi colocarmos frente a frente o mérito administrativo e o princípio da inafastabilidade. Este, esculpido no art. 5º, inciso XXXV, da carta constitucional. Também chamado de direito de ação, prescreve que o cidadão não será cerceado do seu direito à jurisdição diante de ameaça de lesão.

Sob a ótica da previsão constitucional da independência harmônica dos poderes, percebemos que tal princípio exerce um papel também balizador nas relações entre estado e judiciário. Assim, quando da análise do mérito administrativo, o judiciário estará apreciando se a administração não excedeu seus limites quanto à razão, à proporção, e à finalidade, pois em não cumprindo esses, estará ferindo o princípio da legalidade, estando sujeito à intromissão do judiciário para frear os

excessos da administração.

Diante desse confronto, verificamos que o mérito administrativo não está imune ao controle jurisdicional, tampouco o poder judiciário poderá imiscuir-se na liberdade discricionária da administração sem observar determinadas balizas. Essas balizas são a oportunidade e conveniência, aplicadas de forma razoável e proporcional, sem vícios de ordem legal, e sempre com o olhar no interesse público.

Por fim, podemos inferir, sucintamente que a administração, através do gestor público, não pode atuar a seu bel prazer, quando da confecção dos seus atos. Tem liberdade para agir, porém seu poder discricionário tem limites, aos mecanismos de freios e contrapesos, um dos pilares da relação harmônica e independente entre os poderes em um estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª Ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Silvia Zanello. *Direito Administrativo*. 23ª Ed., São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Direito Administrativo*. 24ª Ed., São Paulo: Atlas, 2011.

DIDIER JR., Fredie, *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I, 11ª ed., Bahia: Jus PODIVM, 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. vol I, São Paulo: Malheiros, 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010. .

MAZZA, Alexandre; ANDRADE, Flavia Cristina Moura. *Prática de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 34ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008;

_____. *Direito Administrativo brasileiro*. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocencio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Jurisprudência; administrativo. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 20 de setembro de 2012.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO – Jurisprudência; administrativo. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br>. acesso em 20 de setembro de 2012.