



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS I - CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

WÍLLAMS FERNANDES GOMES

**FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS
ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO**

CAMPINA GRANDE – PB

2014

WÍLLAMS FERNANDES GOMES

**FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS
ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, em cumprimento à exigência para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Saulo Medeiros da Costa Silva

CAMPINA GRANDE - PB

2014

É expressamente proibida a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano da dissertação.

G633f Gomes, Willams Fernades
Fiscalização e controle dos atos administrativos vinculados e
discionários através do poder judiciário [manuscrito] / Willams
Fernandes Gomes. - 2014.
20 p.

Digitado.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas,
2014.
"Orientação: Prof. Me. Saulo Medeiros da Costa Silva,
Departamento de Direito Publico".

1. Atos Administrativos. 2. Direito Administrativo. 3.
Controle Judiciário. I. Título.

21. ed. CDD 342

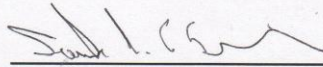
**FISCALIZAÇÃO E CONTROLE DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS
ATRAVÉS DO PODER JUDICIÁRIO**

WILLAMS FERNANDES GOMES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Estadual da Paraíba, em cumprimento à
exigência para obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Aprovado em: 01/07/2014

BANCA EXAMINADORA



Prof. Me. Saulo Medeiros da Costa Silva / UEPB

Orientador



Prof. Raphael Alexander Rosa Romero / MAURÍCIO DE NASSAU

Examinador



Prof. Laplace Guedes/ UEPB

Examinador

“Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque serão fartos. Bem-aventurados os perseguidos por causa da justiça, porque deles é o reino dos céus”.

(Mateus 5: 6/10)

“Existem tipos diferentes de dons espirituais, mas é um só e o mesmo Espírito quem dá esses dons. Existem maneiras diferentes de servir mas o senhor que servimos é o mesmo. Há diferentes habilidades para realizar o trabalho, mas é o mesmo Deus quem dá a cada um a habilidade para fazê-lo. Para o bem de todos, Deus dá a cada um alguma prova da presença do Espírito Santo. Para uma pessoa o Espírito dá a mensagem de sabedoria e para outra o mesmo Espírito dá a mensagem de conhecimento.”

(Coríntios 12: 4-8)

AGRADECIMENTOS

Dedico o cumprimento dessa jornada em especial ao Espírito Santo pelos conhecimentos subliminares agregados nesses estimados anos refletindo no exercício profissional idôneo e digno para honra e glória de Deus, que acima de tudo e de todos, me deu a dádiva de buscar e perseguir a justiça no encaço de objetivos e resultados condizentes a seus propósitos, ensejados em cada situação particular que me for apresentada.

A minha Mãe, que diante de tantos obstáculos me fez enxergar que devemos combater o bom combate praticando a honestidade e sem hostilidade, as adversidades confrontadas na vida. Exemplo de perseverança e serenidade, sempre me conduziu para um caminho sem turbulências, com seu espírito protetor e acalentador. Estou seguro que a sua parcela de contribuição na minha formação moral repercute demasiadamente para meu aprendizado acadêmico e profissional.

Ao meu Pai, referência de dignidade, trabalho, resistência... homem de fibra, dedicou-se expressivamente ao trabalho desde cedo, calejado pelas batalhas da vida, tem um grande mérito na conclusão dessa etapa de minha vida, a quem devo acima de tudo, respeito e agradecimento. Aos meus Avós, amigos fiéis, porto seguro, acolhedores, conselheiros, cúmplices, figurinhas carimbadas e premiadas no álbum da minha vida! E demais familiares, em respeito às minhas amadas tias.

Meu Tio Marxsuell, que tenho por ele um complexo de identidade, sem saber verdadeiramente se é meu tio ou pai. A quem busco me espelhar, não só pelo Advogado de sucesso que é, mas pelo homem, filho, irmão e pai de família, que tenho um imenso e inestimável carinho!

Ao meu Irmão, que me aguentou por todos esses anos, herdeiro da mansidão de mamãe, administrou minhas intemperanças com muita sabedoria e tranquilidade. Amigo íntimo para toda a escola da vida, com quem eu sempre poderei contar!

A minha Namorada, que tem sido minha coluna em momentos nebulosos, me dando o apoio sob medida para que eu enfrente com a cabeça erguida e sem desistir dos planos de Deus em minha vida!

Ao Mestre e Amigo, Saulo Medeiros, por quem tive o privilégio de ser orientado.

RESUMO

Revestido pela probidade dos atos administrativos revelados em meio aos desígnios do Estado, é irremediável delimitar a elasticidade do poder Executivo em meio aos estigmas de liberdade e adequação sacramentados pelas prerrogativas destiladas na oportunidade e conveniência dos atos discricionários ao alvedrio do administrador público. Quanto aos atos vinculados, estes estão respaldados pela uniformidade indissolúvel engendrada na lei. Reputa-se sobre tais segmentos administrativos, o alcance do controle realizado pelo poder Judiciário em respeito à separação dos poderes colacionado na Magna Carta, configurando em verdadeiro controle externo pautado na lisura e no esmero público, suprimindo a ação deliberada dos órgãos e seus gestores que maculem a lei e os princípios basilares da adequação social quando permeados em desproporcionalidade ou desarrazoados com os fundamentos constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Administrativo. Direito. Discricionariedade. Controle. Judiciário.

ABSTRACT

Coated by the probity of administrative acts revealed amid the designs of the state, is hopelessly delimit the elasticity of executive power among the stigmas of freedom and fitness anointed by distilled prerogatives in the opportunity and convenience of discretionary at the discretion of the public official acts. As for the bound acts, these are backed by the indissoluble uniformity engendered by law. They are said on such administrative segments, the range of the control performed by the Judiciary can in regard to the separation of powers in the Constitution collated by configuring external control in true grounded in fairness and public care by removing the deliberate action of agencies and their managers defile the law and the basic principles of social adequacy when steeped in unreasonable or disproportionate to the constitutional foundations.

KEYWORDS: Administrative. Right. Discretion. Control. Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS INCIPIENTES E EMBRIONÁRIAS.....	9
CAPÍTULO 2 - CONCEITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	10
CAPÍTULO 3 - ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	11
3.1 Sujeito Competente.....	12
3.2 Forma.....	12
3.3 Motivo.....	12
3.4 Objeto.....	12
3.5 Finalidade.....	13
CAPÍTULO 4 - VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE.....	13
CAPÍTULO 5 - MÉRITO ADMINISTRATIVO.....	15
CAPÍTULO 6 - O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO POR VIAS INDIRETAS.....	16
CAPÍTULO 7 - PODER JUDICIÁRIO COMO FONTE INESGOTÁVEL DE PRELIBAÇÃO PÚBLICA.....	18
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	20
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	21

INTRODUÇÃO

A consolidada autonomia dos poderes estabelecidos na esfera constitucional, estimulada sob o prisma de garantir a maior independência dos atos praticados pelos órgãos públicos no exercício de suas funções, desperta precipuamente o desencadeamento de uma maior flexibilidade ou não no grau de preferência pela prática dos escopos públicos. Dessa retórica administrativa concebida a luz do equilíbrio entre a liberdade no gerenciamento público e a excelência nos resultados estimados, coloca-se em pauta a legalidade, verificando a compatibilidade dos atos vinculados e discricionários em paralelo às normas e princípios constitucionais.

Identificando o limite do exercício fiscalizador do Poder Judiciário no contexto constitucional administrativo, pugna-se cada vez mais pela razoabilidade e proporcionalidade dos atos produzidos pelo Poder Executivo em detrimento das liberdades do Administrador Público confrontando a supremacia do interesse coletivo. Diante desses mandamentos da Constituição, nenhum ato do Poder Público poderá ser subtraído do exame judicial seja ele de que categoria for (vinculado ou discricionário) e provenha de qualquer agente.

Quaisquer que sejam a procedência, a natureza e o objeto do ato, desde que traga em si a possibilidade de lesão a direito individual ou ao patrimônio público, ficará sujeito a apreciação judicial, exatamente para que o Judiciário diga se foi ou não praticado com fidelidade à lei e se ofendeu direitos do indivíduo ou interesses da coletividade.

Certo é que o judiciário não poderá substituir a Administração em pronunciamentos que lhe são privativos, mas dizer se ela agiu com observância da lei, dentro de sua competência, é função específica do Poder Judiciário.

1 CONSIDERAÇÕES CONSTITUCIONAIS INCIPIENTES E EMBRIONÁRIAS

Tendo seu conceito inicial sido criado pelo Direito Romano, foi nos séculos XVII e XVIII que a ideia floresceu, mais especificamente na obra *O Espírito das Leis* de Montesquieu. A **Teoria da Separação dos Poderes** desenvolvida por Montesquieu, em sua obra, tinha como objetivo o controle do Poder do Estado por meio da divisão de suas funções, dando competências a órgãos diferentes na mesma pessoa jurídica. Tais ideias partiam principalmente das teses lançadas por John Locke, cerca de cem anos antes. Segundo Marinela (2012, p.1012), a ideia da existência de três Poderes, outrossim, não era novidade, remontando a Aristóteles, na obra *Política*.

Albergado desse estigma empírico, o emblemático José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra de Direito Constitucional sustenta a seguinte posição:

Trata-se de uma classificação tradicional, estritamente associada ao clássico princípio da separação dos poderes. Sob o ângulo das regras de competência, o princípio da separação de **competências legislativa, executiva e judicial** pressupõe apenas a existência de órgãos do poder político aos quais são atribuídas competências destinadas à prossecução das tarefas de legislar, governar/administrar e julgar (CANOTILHO, 2002, p. 546)

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 recepcionou em seu art. 2º a sistemática embrionariamente estabelecida na carta imperial de 1824, destacando a dinâmica independente e harmônica entre os signatários poderes, copilando a seguinte redação: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Homenageando o aludido artigo, percebemos que o legislador repudiou veementemente a intervenção na soberania dos atos advindos de suas atividades, uns entre os outros, é o que podemos concluir da distinta posição relatada pelo saudoso desembargador do TRF da 1ª Região, Néviton Guedes, em artigo publicado pela revista eletrônica Consultor Jurídico, vejamos:

No curso da História, foram experimentadas várias formas de separação de Poderes. Contudo, a fórmula ideal em que o Poder Legislativo edita leis gerais e abstratas, o Poder Executivo executa as leis de ofício e o Poder Judiciário apenas julga os casos controvertidos, esse modelo ideal provavelmente jamais terá existido. Por isso fala-se hoje de cooperação ou mesmo de cruzamento de Poderes (*Gewaltenverschränkung*), isto é, um regime onde muitas vezes (a) atos administrativos e sentenças revelam a eficácia geral e abstrata própria das leis, (b) enquanto maiorias do parlamento, ao

invés de apenas fiscalizar e controlar, sustentam também o governo, sendo que, (c) em muitas experiências constitucionais, o Executivo e o Parlamento participam da formação dos órgãos de cúpula do Judiciário e assim por diante. Nesse regime de cruzamento ou de colaboração de Poderes, os Poderes do Estado reciprocamente influenciam e se sobrepõem. O importante será sempre que esses Poderes permaneçam limitados e reciprocamente se imponham limites.

Entretanto, existe aqui uma mitigação a respeito dessa sistemática, uma vez que o Poder Judiciário desempenha um verdadeiro controle e fiscalização dos atos emanados dos outros poderes, declinando na busca de sanar divergências com o ordenamento jurídico em respeito ao princípio constitucional da legalidade.

2 CONCEITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os Atos Administrativos não protagonizam com exclusividade no cenário administrativo as funções outrora designadas precipuamente ao poder Executivo, bastando ter um panorama sucinto dos exercícios periféricos reproduzidos pelos outros poderes no que tange a manutenção e desenvolvimento de suas atividades imprescindíveis.

Ensina Mello (2003, p. 40) que

[...] a norma jurídica representa a valoração de fatos feita pela comunidade jurídica. Realmente, quando o homem traça as regras jurídicas de convivência social trata os fatos segundo critério axiológico, em razão dos quais é medida a importância que possuem para o relacionamento humano. (...) para serem erigidos à categoria de fato jurídico, basta que os fatos do mundo – meros eventos ou condutas – sejam relevantes à vida humana em sua interferência intersubjetiva, independentemente de sua natureza.

Desse modo, são denominados fatos jurídicos, os acontecimentos aos quais o direito imputa efeitos jurídicos, ou seja, aqueles fatos importantes para o mundo jurídico. Seguindo a mesma linha de raciocínio, o conceito de ato jurídico é restrito ao de fato jurídico, sendo ato jurídico o ato humano decorrente de uma manifestação de vontade que desencadeia efeitos jurídicos. Sendo assim, é possível concluir que o ato jurídico é gênero, do qual o ato administrativo é espécie.

Dentre os critérios definidores que merecem ser colacionados para desmistificar qualquer dúvida a respeito dos atos administrativos, temos os critérios

subjetivo e objetivo, o primeiro levando em consideração o órgão que pratica o ato e, o segundo, o tipo de atividade exercida.

Pelo critério **subjetivo, orgânico** ou **formal**, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os **atos da Administração**, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos. Pelo critério **objetivo, funcional** ou **material**, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da **função administrativa**, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos (DI PIETRO, 2013, p. 200).

Inicialmente temos que o ato jurídico é uma declaração jurídica, portanto trata-se de uma manifestação que produz efeitos de direito, visando criar, modificar ou extinguir direitos. É praticado pelo Estado ou por quem o represente, o que significa dizer que há atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, seus órgãos e entes da Administração Indireta, bem como pelos outros Poderes, ou até por particulares, como é o caso das prestadoras de serviços públicos, concessionárias e permissionárias.

3 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A maioria dos doutrinadores elenca cinco elementos ou requisitos, que são: **sujeito competente, forma, motivo, objeto e finalidade**. Nesse cenário, tem-se que os elementos são requisitos para a existência de um ato jurídico e, na sua ausência, não existirá ato algum. Os pressupostos de existência são condições para que o ato administrativo se concretize, caso contrário, tem-se somente um ato jurídico que não atinge a órbita do Direito Administrativo. Os pressupostos de validade são exigências para que o ato administrativo seja válido, devendo obedecer aos requisitos legais, sob pena de ser retirado do ordenamento jurídico pelo instituto da invalidação. Compactuando dessa alusiva sistemática, Carvalho Filho (2014, p.106) proclama a seguinte afirmativa:

Significa dizer que, praticado o ato sem a observância de qualquer desses pressupostos (e basta a inobservância de somente um deles), estará ele contaminado de vício de legalidade, fato que o deixará, como regra, sujeito à anulação.

Essa enumeração utiliza como fundamento a previsão do art. 2º da Lei nº 4.717/65, que dispõe sobre ação popular, cabível – além de outros objetivos – para a invalidação de atos ilegais praticados pelos agentes públicos.

Corroborando a logística permeada no clássico entendimento doutrinário, Fernanda Marinela (2012, p.265) define os sedimentados elementos da seguinte forma:

3.1 SUJEITO COMPETENTE

Os atos administrativos não podem ser praticados por qualquer pessoa. O sujeito competente deve ser necessariamente um agente público, que é o conceito mais amplo encontrado na doutrina, consistindo em qualquer pessoa que exerça de forma temporária ou permanente, com ou sem remuneração, uma função pública, devendo estar, de alguma forma, ligado à Administração.

3.2 FORMA

Com o fito de que o ato administrativo seja válido, não basta a manifestação da vontade; é preciso que seja realizado conforme as exigências definidas pela lei, que são denominadas formalidades específicas do ato, cuja ausência gera vício de legalidade, com sua conseqüente invalidação.

3.3 MOTIVO

O motivo do ato administrativo representa as razões que justificam a edição do ato. É a situação de fato e de direito que gera a vontade do agente quando da prática do ato administrativo.

3.4 OBJETO

O objeto do ato administrativo é o seu resultado prático; é ato em si mesmo considerado. Representa o efeito jurídico imediato que o ato produz, o que este

decide, certifica, opina, atesta. Esse elemento configura a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe a processar.

3.5 FINALIDADE

A finalidade do ato administrativo é o bem jurídico objetivado pelo ato, o que se visa proteger com uma determinada conduta. Esse elemento representa o fim imediato do ato administrativo, que deve ser sempre o interesse público, o bem comum.

4 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

No exercício das funções estatais, a Administração Pública goza de diversos poderes e prerrogativas que atestam a busca do interesse público em um patamar de supremacia em face dos interesses privados. Todavia, esses poderes, que se materializam por meio de atos administrativos, estão limitados pela previsão legal – como exercício do princípio da legalidade – visando impedir abusos praticados pelos administradores públicos.

Considerando esse regramento legal que pode atingir diversos aspectos de uma atividade determinada, de uma conduta praticada pelo agente, é possível dividir os atos administrativos de acordo com o maior ou menor grau de liberdade concedido pela lei e, assim, existem atos administrativos vinculados e atos administrativos discricionários.

Atos vinculados são aqueles que a Administração age nos estritos limites da lei, simplesmente porque a lei não deixou opções. Ela estabelece os requisitos para a prática do ato, sem dar ao administrador liberdade de optar por outra forma de agir. Por isso, diante do poder vinculado, surge para o administrado o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição do ato, ou seja, preenchidos os requisitos legais, o administrador é obrigado a conceder o que foi requerido.

Para Mello (2012, p. 424) atos vinculados são:

[...] os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos.

Logo, nesse caso, o administrador não interfere com nenhuma apreciação subjetiva.

Todavia, essa limitação legal não significa que o administrador se converta em cego ou automático executor da lei. Há sempre um pouco de liberdade, embora se trate somente de liberdade temporal, estando o administrador autorizado a praticar o ato dentro do prazo legal, seja no primeiro ou no último dia. Portanto, não há que se falar em absoluta vinculação. Também não se admite a absoluta discricionariedade, visto que o ato, de igual forma, deve ser submetido aos limites da lei, contando, inclusive para a sua formação, com elementos vinculados (sujeito competente, forma e finalidade) e com elementos discricionários (motivo e objeto).

A concessão de uma aposentadoria é exemplo de ato vinculado, além das diversas formas de licenças expedidas, mediante alvará, tais como: a licença para construir, a licença para exercer atividade profissional e a licença para funcionamento de bares e restaurantes. Para esses atos, quando preenchidos os requisitos legais, configura-se direito subjetivo à sua concessão, sendo inclusive, passível de mandado de segurança quando denegatória a decisão.

Atos discricionários são aqueles em que a lei prevê mais de um comportamento possível a ser adotado pelo administrador em um caso concreto. Portanto, há margem de liberdade para que ele possa atuar com base em um juízo de conveniência e oportunidade, porém, sempre dentro dos limites da lei.

A discricionariedade é identificada quando a norma confere, em seu próprio mandamento, uma liberdade decisória que envolve o exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estipular um dever de praticar um ato específico. Ou seja, quando a lei, expressamente, confere mais de uma alternativa para o administrador que, em sua escolha, deve-se limitar a essas opções; caso contrário, o ato será arbitrário e, portanto, ilegal.

Também há discricionariedade quando a lei é omissa, porque não foi possível prever todas as situações supervenientes ou, ainda, quando a lei prevê a competência, mas não estabelece a conduta a ser desenvolvida. Nesses dois casos, cabe ao administrador, conforme conveniente ao interesse público, promover a conduta adequada.

São exemplos de atos discricionários: a permissão de uso para colocação de mesas e cadeiras nas calçadas públicas, as autorizações também expedidas,

mediante alvará, como a autorização para pesca amadora, autorização para porte de arma, autorização para utilização de meios de transporte que ultrapassam os limites normais de medida ou peso, além de outros.

5 MÉRITO ADMINISTRATIVO

A ideia central quando se fala em controle da administração pública reside no fato de os poderes investidos na máquina administrativa serem conferidos em virtude da mesma ser representante fiel dos fins almejados pelo povo, verdadeiro titular do patrimônio público, sedimentados no aprimoramento e desenvolvimento econômico e social, desdobrando-se na submissão da atuação administrativa e financeira dos órgãos ilustrados na administração direta, indireta e nos entes de colaboração.

Recalcitrando a dogmática acima, relutando o controle da atuação administrativa quanto ao aspecto controlado desmembrado na legalidade e no mérito, passou a ser expressamente obrigatória a observância, pela administração pública, do disposto em súmulas vinculantes, editadas pela cúpula da justiça brasileira, o Supremo Tribunal Federal, em virtude da edição da EC 45/2004. Com efeito, reza o art. 103-A, §3.º, da Carta da República, que o ato administrativo que contrariar a súmula vinculante aplicável, ou que indevidamente a aplicar, dá ensejo à apresentação de reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo.

Nessa perspectiva, temos que um ato administrativo, que esteja em descompasso com normas basilares inseridas para solucionar reiterados conflitos na esfera jurídica, deve ser anulado haja vista sua desconformidade com o ordenamento jurídico. Nada mais aconteceu do que o controle de legalidade do ato pelo Poder Judiciário, prática perfeitamente admissível e demasiadamente amparada pelo arcabouço doutrinário e jurisprudencial.

Ao talante do mérito do ato administrativo, deve ser feita uma análise embrionária dos elementos/requisitos que corporificam esse ato. Nos atos administrativos vinculados, todos os elementos encontram-se rigidamente determinados no texto legal, restando ao agente público nenhuma margem de liberdade. Nos atos discricionários, somente são estritamente vinculados os

elementos competência, forma e finalidade. Diferentemente, os elementos motivo e objeto são discricionários, nos atos discricionários.

No âmbito desses dois requisitos de validade – motivo e objeto –, especificamente nos atos administrativos discricionários, reside o que costuma ser denominado pela doutrina de “mérito administrativo”. O controle de mérito representa o controle de conveniência e oportunidade do ato, atingindo diretamente a discricionariedade do Administrador. Tal controle, por dizer respeito ao juízo de valor do agente público, deve ser realizado pela própria Administração, não se admitindo essa revisão pelo Poder Judiciário, para não violar o princípio da separação dos poderes.

Nessa linha decide o STJ:

2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se na linha de que o controle jurisdicional dos processos administrativos se restringe à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e ampla defesa, sem exame do mérito administrativo. (...) (REsp. 1.185.981/MS, STJ – Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgamento: 27.09.2011, DJe:03.10.2011).

Quando se diz que o mérito administrativo não está sujeito ao controle judicial – e tal asserção está correta –, deve-se bem entender essa afirmação: controle de mérito é sempre controle de oportunidade e conveniência; portanto, controle de mérito resulta na revogação ou não do ato, nunca em sua anulação; o Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional, não revoga os atos administrativos, somente os anula, se houver ilegalidade ou ilegitimidade.

6 O CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO POR VIAS INDIRETAS

Admite-se hoje que a realização de controle de princípios constitucionais como os da razoabilidade e proporcionalidade, que estão implícitos na CF, além dos da moralidade e eficiência, que estão expressos, apesar de representar controle de legalidade, é possível reconhecer que esses princípios limitam a liberdade do Administrador e que, por vias tortas, acaba atingindo o mérito, apesar de se afirmar categoricamente que esse não é controle de mérito.

Essa discussão foi amplamente realizada pelo STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 45, quando a Corte reconheceu a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a escolha e aplicação de

políticas públicas. Até então prevalecia no Brasil o entendimento de que esse controle não era possível. Nessa época, muitos abusos foram praticados, os Administradores agiam ao seu bel-prazer, o que gerou cada vez mais prejuízos para a sociedade. Observe um breve trecho dessa decisão tão importante na celeuma sobre controle da Administração:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Também se discute o controle da Administração, no que tange à inconstitucionalidade da conduta, portanto, controle de legalidade nas hipóteses de omissões praticadas pelo Poder Público. Nesse prisma, vejamos uma parte da vergastada decisão proferida pelo Tribunal Pleno do STF:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Recorte da decisão proferida na ADI 1.458 MC/DF, STF – Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento: 23.05.1996, DJ: 20.09.1996.

A omissão do Estado é um comportamento que muito preocupa os aplicadores do direito. Trata-se de comportamento de considerável gravidade, que, além de ofender direitos, também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados legais. Assim a omissão pode qualificar, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. Dessa forma, tendo como parâmetro os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, o Judiciário poderá controlar tal omissão, considerando que o juiz, estando diante de uma norma constitucional definidora de direitos, ao sentenciar, deve encontrar meios

de tornar essa norma eficaz e exequível e não, covardemente, negar-se a cumprir os mandamentos constitucionais.

Como se percebe, o controle dos atos discricionários apenas tem sido acolhido na medida em que represente violação aos critérios da legalidade. A construção que se dá, por conta disso, é no sentido de erigir à condição de critério legal os princípios que se impõe à Administração e, também, a utilização dos conceitos jurídicos indeterminados para dar esteio à atuação jurisdicional.

7 PODER JUDICIÁRIO COMO FONTE INESGOTÁVEL DE PRELIBAÇÃO PÚBLICA

Apregoadado como instrumento aparentemente moderno e vigoroso de atuação do Judiciário, a defesa que doutrinariamente se faz do controle dos atos administrativos discricionários se revela uma perigosa faceta do ativismo judicial, embalada numa crença cega de que a magistratura é a panacéia para todas as promessas não realizadas pelo Estado de Direito. Sucede que o tal juízo de conveniência e oportunidade que é realizado pela autoridade administrativa é o mesmo realizado pela autoridade jurisdicional, com a diferença de que aquela não usurpa qualquer função quando o faz.

Em síntese, o Poder Judiciário está irrigado de certas prerrogativas quando recrutado para prestar com excelência a fiscalização do cumprimento dos deveres incumbidos ao Poder Executivo quando no exercício de representante das atividades inescusáveis e irrenunciáveis para a sociedade, desencadeando na busca de irregularidades com efeitos estigmatizantes para a moralidade e a construção dos objetivos públicos.

Sobejando esse entendimento, o STJ deixou a questão em termos claros, assentando que *“é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado”*. (ROMS n° 1288/91-SP, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, publ. DJ 2.5.1994, p. 9964).

É claro que, a pretexto de exercer a discricionariedade, pode a Administração disfarçar a ilegalidade com o manto de legitimidade do ato, o que não raro acontece. Tal hipótese, entretanto, sempre poderá ser analisada no que toca às causas, aos motivos e à finalidade do ato. Concluindo-se ausentes tais elementos, ofendidos estarão os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justificando, em consequência, a invalidação do ato. Tais princípios, como já tivemos a oportunidade de consignar, refletem poderosos e modernos instrumentos para enfrentar as condutas eivadas de abuso de poder, principalmente aquelas dissimuladas sob a capa de legalidade. (STF, RE 365.368-Agr/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, em 22.5.2007; informativo STF Nº 468, maio 2007).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Primordialmente, a Constituição delimitou o desempenho das atividades inerentes às distintas órbitas Executiva, Legislativa e Judiciária para conferir às mesmas, poder de gerência dos seus atos através da autonomia e efetividade, articulando na execução de suas funções com mecanismos reservados de tutela Constitucional exatamente nos aspectos de cada competência.

Nessa celeuma, começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação ao mérito do ato administrativo desencadeado em comportamentos que subtraem a verdadeira função consagrada pela administração quando surgem as disparidades encontradas na conveniência e oportunidade abusivamente sobejadas.

Condizente aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a jurisprudência dominante entende que a dissonância ensejada pela prática dos atos administrativos, permeia a legitimidade no intermédio pelo Poder Judiciário para reverter as mazelas lastreadas em meio aos desígnios do Estado.

A submissão dos comportamentos da Administração pública ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito. Por isso, de nada valeria proclamar-se o assujeitamento da Administração à Constituição e às leis, se não fosse possível, perante um órgão imparcial e independente, contestar seus atos com as exigências delas decorrentes, obter-lhes a fulminação quando inválidos, e as reparações patrimoniais cabíveis.

Destarte, todo e qualquer ato ou comportamento da Administração Pública, atentatório ao Direito pode e deve ser revisto por qualquer dos citados controles, visando sua retirada do ordenamento jurídico por afronta à legalidade, sem prejuízo de eventuais indenizações, conjecturando uma dilatação regulada dos subterfúgios públicos suprimindo toda e qualquer divergência legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. (Série Legislação Brasileira).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Constitucional**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

Carvalho Filho, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo** / José dos Santos Carvalho Filho. 27. Ed. – São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

GUEDES, Néviton. **Constituição e poder**: Tomemos a sério o princípio da separação de Poderes. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-21/constituicao-poder-tomemos-serio-principio-separacao-poderes>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

Mandado de segurança. Administrativo. **Alvará de construção**. Anulação posterior. Processo administrativo. Disponível em: <<http://www.nacionaldedireito.com.br/jurisprudencia/44626/mandado-de-seguran-a-administrativo-alvar-de-constru-o-anula-o-posterior-processo-administrat>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2012.

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

Mello, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: Plano da Existência. 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

STJ. **Recurso Especial:** REsp 1185981 MS 2010/0047568-2. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21074179/recurso-especial-resp-1185981-ms-2010-0047568-2-stj/inteiro-teor-21074180>>. Acesso em: 12 jun. 2014.

STF. **Informativo.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo468.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

STF. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade:** ADI-MC 1458 DF. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/743977/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-mc-1458-df>>. Acesso em: 10 jun. 2014.