

## O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário

Rômulo Coelho da Silva\*

A possibilidade do controle jurisdicional do ato discricionário é tema de muito debate. Discute-se até que ponto o Poder Judiciário pode revisar o ato da Administração Pública praticado sob a luz da discricionariedade. A Justiça admite o controle do ato discricionário pelo julgador desde que ele não reexamine o mérito, em razão do princípio da separação de Poderes.

A lei permite à Administração atuar discricionariamente para decidir, diante do caso concreto, pela solução que melhor atenda aos interesses da coletividade. Nem sempre o legislador tem como prever, quando confecciona a lei, qual seria essa solução. Cabe ao administrador público, com fundamento no juízo de conveniência e oportunidade, fazer a escolha apta a satisfazer a finalidade pública.

O ato discricionário tem de estar de acordo com a legalidade. A liberdade conferida pela norma não permite o arbítrio. A conveniência e a oportunidade têm limites. Embora a norma administrativa conceda essa liberdade de atuação ao administrador, o ato discricionário deve obedecer à previsão legal, bem como aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Os meios empregados pela Administração devem ser proporcionais para atingir a finalidade pública.

Alguns dos elementos do ato discricionário estão descritos na norma jurídica, quais sejam, competência, finalidade e forma.<sup>1</sup> Os demais, motivo e objeto, não estão descritos exaustivamente, demandando do administrador a complementação no caso concreto, limitado pela sua margem de liberdade. O ato discricionário é praticado com fundamento em três elementos concorrentes: margem de decisão do administrador, ponderação de valores e complementação da norma jurídica aberta.

O ato discricionário é aquele produzido pelo administrador público com suporte em norma que lhe confere a possibilidade de escolha entre várias soluções passíveis de serem adotadas no caso concreto, inspirado no interesse da coletividade e nos princípios constitucionais da Administração Pública.

No direito administrativo pátrio, por muito tempo prevaleceu o entendimento de que o ato discricionário era imune ao controle judicial. Recentemente, tem crescido a corrente defensora da possibilidade do controle da discricionariedade, especialmente no

\* Defensor Público Federal de Categoria Especial

1 Andreas Krell afirma que "para os (des) caminhos da doutrina brasileira nesse campo, certamente contribui a Lei da Ação Popular (n. 4. 717/65), que estabeleceu uma subdivisão dos atos administrativos em diferentes *elementos* e os conceituou. De acordo com essa classificação, a doutrina considera elementos 'sempre vinculados' a *competência* do ato (atribuição legal do órgão administrativo habilitado), a sua *forma* (revestimento exterior do ato) e a sua *finalidade* (resultado a ser alcançado com a prática do ato), enquanto o seu *motivo* e o seu *objeto* 'constituem a residência natural da discricionariedade administrativa' e podem agasalhar o *mérito* da decisão" (2004, p. 187-188).

que se refere à parte vinculada do ato (competência, finalidade e forma), não se podendo questionar o mérito (oportunidade e conveniência), por fazer parte da esfera de liberdade do administrador.<sup>2</sup>

A jurisprudência não admitia que o julgador pudesse realizar o controle do ato discricionário. No entanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal foi evoluindo no sentido de aceitá-lo, permitindo ao magistrado analisar os pressupostos de fato justificadores do ato, ou seja, se os motivos justificadores da ação eram existentes e válidos, desde que o juiz não substituísse o administrador na escolha das opções previstas em lei, sob pena de violação do mérito do ato e da separação de Poderes. Nas palavras de Caio Tácito:

“Baseado na isenção jurisdicional quanto ao mérito do ato administrativo, a nossa jurisprudência conteve-se, por muito tempo, na verificação da legalidade extrínseca, entendendo inacessível ao conhecimento judicial a matéria de fato em que se louvasse a ação administrativa. Antonio Gonçalves de Oliveira arrolou, em trabalho publicado em 1945, a tendência então vitoriosa no Supremo Tribunal Federal no sentido do impedimento do exame da prova constante dos processos administrativos para a afirmação da legalidade do ato demissório” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. I, p. 193).

Evoluiu, no entanto, de modo louvável, a jurisprudência brasileira sobre tão importante meio de diagnóstico da regularidade administrativa. O Supremo Tribunal Federal, decidindo, em grau de embargos, a Apelação Cível n. 7.307, firmou o entendimento de que “a apreciação de mérito interdita ao Judiciário é a que se relacione com a conveniência ou oportunidade da medida, não merecimento por outros aspectos que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento”. (*Revista de Direito Administrativo*, vol. III, p. 69). “A partir dessa decisão, aliás já antecipada em pronunciamento anterior da 1ª Turma” (*Revista de Direito Administrativo*, vol. II, p. 691),” o nosso pretório máximo tem admitido o exame da matéria de fato como forma de controle de legalidade de Administração” (*Revista Forense*, v. 121, p. 414; *Revista Administrativa*, vol. II, p. 124; *Arquivo Judiciário*, v. 105, p. 244; *Diário da Justiça*, 5-4-54, p. 1.169).<sup>3</sup>

Entretanto, Germana de Oliveira Moraes afirma que o Supremo Tribunal Federal sempre entendeu ser o mérito do ato administrativo impassível de controle pelo Poder Judiciário, e que mesmo antes de 1988 aquela Corte entendia pela impossibilidade de análise

2 Como leciona Germana de Oliveira Moraes: “De início circunscrito ao controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, ou seja, ao exame dos vícios de incompetência, de forma, desvio de poder, do erro de fato e do erro de direito, o controle jurisdicional da atividade administrativa – o denominado ‘controle mínimo’, no direito francês –, ampliou-se, pouco a pouco, de modo a alcançar, além daqueles aspectos predominantemente regrados pela lei, outros domínios, tidos tradicionalmente como insindicáveis pelos Tribunais. Os domínios de atuação administrativa não vinculada começaram a balizar-se não mais apenas pela legalidade, mas por outros parâmetros, fruto de criação e construção jurisprudencial, posteriormente positivados nos textos constitucionais e legais de diversos países, sem que, no entanto, jamais se chegasse ao ponto extremo de negar a existência de situações administrativas” (2004. p. 59).

3 TÁCITO, 1997, p. 331-332.

judicial do ato discricionário se estivesse de acordo com a lei:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior e posterior à Constituição de 1988, sempre se orientou precisamente no sentido da insindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo. Antes da Constituição de 1988, era afirmação corrente da Corte Suprema que “sendo legal o ato, não há como intervir o Judiciário no mérito do mesmo”. Após o advento da Carta Política de 1988, pode-se sintetizar o posicionamento da Corte Suprema do país, acerca dos limites da cognoscibilidade judicial dos atos administrativos, no teor da decisão proferida no Mandado de Segurança n. 20.999, julgado em 21/3/90, impetrado contra sanção disciplinar imposta pelo Presidente da República. O Relator, Sua Excelência o Ministro Celso de Mello, assinala que “a Constituição de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário”. Nada obstante estruturalmente desiguais, as relações entre o Estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual do Estado Democrático de Direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder”, mas reconhece, no âmbito do Direito disciplinar, que “o que os juízes e tribunais somente não podem examinar nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de Poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar. [...], o que se lhe veda, nesse âmbito, é tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública”.<sup>4</sup>

Os tribunais pátrios passaram a fazer o controle do ato discricionário com base no princípio da legalidade e nos postulados da teoria dos motivos determinantes.<sup>5</sup>

4 MORAES, 2004. p. 59.

5 “O controle da legalidade evoluiu para verificar a existência real dos motivos determinantes da decisão administrativa, a importar no acesso à motivação expressa ou implícita do ato administrativo.

A motivação é, em certos atos, exigência legal de sua validade. Mesmo, porém, quando não exigida, cabe ao intérprete, atento aos antecedentes que condicionam a emissão do ato de vontade do administrador, verificar se os motivos são verdadeiros e aptos a produzir o resultado.

E, mais ainda, o exame da motivação do ato permitirá ao controle de legalidade avaliar se o nexo causal entre os motivos e o resultado do ato administrativo atende a dois outros requisitos essenciais: o da proporcionalidade e o da razoabilidade, que são igualmente princípios fundamentais condicionantes do poder administrativo.

O conceito de legalidade pressupõe, como limite à discricionariedade, que os motivos determinantes sejam *razoáveis*, e o objeto do ato, *proporcional* à finalidade declarada ou implícita na regra de competência” (TÁCITO, 1997. p. 326-327).”

O mérito não pode ser verificado pelo juiz, mas ele pode certificar a adequação do ato com a norma legal e a legitimidade, a existência e a idoneidade dos motivos justificadores.<sup>6</sup> Essa construção jurisprudencial tem prevalecido até hoje.

Com efeito, a jurisprudência tem admitido o controle judicial do ato administrativo discricionário quando há violação da legalidade. A revisão jurisdicional da discricionariedade feita pelo Judiciário restringe-se ao controle dos aspectos vinculados do ato, restando seu mérito imune à apreciação do Judiciário.<sup>7</sup> Cabe mencionar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Ressalte-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades em abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como, quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei. Não há diferença entre uma e outra situação no que concerne à correção judicial cabível. Em ambos os casos o Judiciário pratica, desde logo, o ato de inteligência da lei, interpretando-a e confrontando-a com o caso concreto, para aferir se foi bem ou mal aplicada. Nenhuma diferença existe entre estas análises, e em ambas a extensão da investigação judicial é a mesma. Assim, tanto em uma como em outra, se for o caso, terá de concluir que o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro da esfera legítima, isto é, dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe proporcionava, seja porque não excedeu a esfera de inteligência razoável de um conceito fluido, seja porque não se excedeu ao decidir que tal ou

6 Caio Tácito cita vários precedentes em que o antigo TFR já admitia o controle da discricionariedade: “São elucidativas as ementas de acórdãos em que esse alto órgão judiciário versou o tema: ‘não basta a existência do processo administrativo para justificar a demissão do funcionário; é necessário que a sua falta tenha sido apurada por aquele meio’ (emb. Ap. Cível n. 1.335, *Revista de Direito Administrativo*, v. 24, p. 143); ‘fundado o ato de demissão, há que examinar a procedência do fundamento e sua conformidade com a legislação aplicada’ (Ap. Cível n. 1.346, *Revista de Direito Administrativo*, v. 25, p. 92); ‘o Poder Judiciário, nos executivos fiscais, examina o ato administrativo em seu próprio merecimento, isto é, afirma ou nega a existência do próprio fato’ (Ap. Cív. n. 446, *Revista de Direito Administrativo*, v. 15, p. 109); ‘é lícito ao Judiciário perscrutar, esquadriñar a justa causa do ato demissório’ (Rec. Seg. 614, *Diário da Justiça*, 17-7-51, p. 1.758); ‘o critério de legalidade envolve, em termos, o mérito do ato demissório em si, inconfundível com a apreciação do mérito do processo administrativo’ (Ap. Cív. n. 2.377, *Diário da Justiça*, 14-5-51, p. 1.210)” (TÁCITO, 1997. p. 332).

7 Robert Alexy cita que, na Alemanha, “o legislador dedicou ao problema a ser aqui discutido, abstraindo-se de exceções como o § 73 LVwG Schl.-H (Lei Administrativa Estadual do Estado de Schleswing-Holstein), somente poucas palavras”. O § 114 VwGO (Lei Processual Administrativa) ordena ao tribunal administrativo examinar, em atos discricionários, “se o ato administrativo é antijurídico, porque os limites legais do poder discricionário estão excedidos ou do poder discricionário é feito uso em uma forma não correspondente à finalidade da autorização e observar os limites legais do poder discricionário”. Poder-se-ia achar que o problema dos vícios no exercício do poder discricionário esteja resolvido em uma forma simples com as fórmulas contidas nessas prescrições, a fórmula da finalidade e a fórmula dos limites. Ao mandamento de exercer o poder discricionário correspondente à finalidade da autorização corresponde, como vício, o exercício do poder discricionário que não corresponde à finalidade da autorização, e ao mandamento de observar os limites legais do poder discricionário corresponde, como vício, o exercício do poder discricionário que não observa os limites do poder discricionário. Uma olhada na literatura basta, contudo, para destruir esta primeira impressão de clareza e simplicidade. Em toda a parte existe uma desordem terminológica e uma oferta excessiva de definições e classificações, muitas vezes difícil de compreender...” (2000 p. 11-46).

qual comportamento era o mais conveniente e oportuno, por ter se mantido dentro dos limites da razoabilidade. Assim, também nisto se confirma a total parificação jurídica das situações [grifo no original].”<sup>8</sup>

O STF, analisando o tema, decidiu que a criação de cargos de confiança de assessoramento parlamentar viola o princípio da proporcionalidade, por desrespeitar a exigência de concurso público prevista na Constituição Federal. Os cargos em comissão não podem ser a regra. Considerou-se que, embora se trate de uso da discricionariedade, cabe ao Judiciário analisar as causas, os motivos e a finalidade do ato. Assim, restou ementado o acórdão:

AGRAVO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I – Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II – Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III – Agravo improvido.<sup>9</sup>

A revisão judicial do ato administrativo discricionário pode ser realizada com base na proporcionalidade e na razoabilidade, considerados como princípios constitucionais implícitos. Os meios utilizados devem ser proporcionais e razoáveis para atingir a finalidade pública. Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade são instrumentos de interpretação do magistrado quando faz o controle do ato discricionário. Com isso, busca-se coibir o excesso da atuação administrativa e o desvio de poder.

## Conclusão

A previsão do ato discricionário busca permitir que o administrador, com base em juízo de conveniência e oportunidade, possa optar pela melhor solução que atenda ao interesse público, pois, diante do caso concreto, nem sempre o legislador pode prever a melhor alternativa para satisfazer a coletividade. No entanto, em nome da discricionariedade, às vezes ocorrem abusos da Administração Pública.

Embora o mérito do ato discricionário seja imune ao controle judicial, é permitido ao juiz verificar a adequação entre os meios e os fins, conforme entendimento do STF. Os atos da Administração devem estar de acordo com a proporcionalidade e a razoabilidade. Esses princípios limitam a oportunidade e a conveniência do administrador.

Portanto, a jurisprudência admite o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário sob a condição de o julgador não invadir o mérito, podendo examinar os elementos vinculados, ou seja, competência, finalidade e forma. Cabe ao magistrado verificar se o administrador não violou a legalidade. Embora o exame do mérito do ato

8 BANDEIRA DE MELO, 2007. p. 27.

9 RE 365368 AgR/SC, rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 22/05/2007, DJ de 29/06/2007, p. 49.

discricionário seja vedado ao Judiciário, é admitida a análise pelo juiz da existência e da validade dos motivos justificadores da conduta da Administração.

## Referências

ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 779, p. 11-46, 2000.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

———. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade administrativa no Estado constitucional de direito*. Curitiba: Juruá, 2002.

CAMMAROSANO, Márcio. *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

GRAU, Eros Roberto. Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade. *Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes*. In: Cármen Lúcia Antunes Rocha (Org.). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

KRELL, Andreas J. Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle judicial. *Revista Esmafe* (Escola da Magistratura Federal da 5ª Região), n. 8, p. 177-224, 2004.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário. *Revista IOB de Direito Administrativo*, v. 1, n. 2, p. 7-50, 2007.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

TÁCITO, Caio. *Temas de direito público: estudos e pareceres..v.1*. São Paulo: Renovar, 1997.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004.