

O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário

*Ana Cristina Monteiro de Andrade Silva**

Resumo

Pretende-se, por meio deste trabalho, fazer um estudo sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos, concluindo que tal controle abrange também os atos discricionários. Entretanto, o juiz não tem poderes ilimitados, não podendo substituir o juízo administrativo pelo seu próprio, mas

em nome dos princípios da economicidade e da eficiência os precedentes devem ser acatados pela Administração, salvo exceções justificadas claramente.

Palavras-chave: Controle judicial. Atos administrativos. Atos discricionários.

* Juíza Federal da Vara Federal e Juizado Especial de Joaçaba; graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul em 1995; Mestre em Direito Público pela PUC de Porto Alegre em 2004; Rua Francisco Lindner, 430, Centro, Joaçaba; anacristinasilva@jfsc.gov.br

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, diante da hipertrofia do Poder Executivo e da atuação por vezes omissa do Poder Legislativo é imprescindível a ação do Poder Judiciário no que diz respeito ao controle dos atos administrativos. Diante disso, indaga-se até onde pode ir o Poder Judiciário? Responder à questão de se o controle por parte do Poder Judiciário estaria limitado aos atos vinculados ou se abrangeria também os atos discricionários é a intenção deste trabalho.

2 O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Entende-se que o alicerce da teoria da separação dos poderes reside no sistema de freios e contrapesos, por meio do qual um Poder limita e controla o outro. Dessa forma, o Poder Judiciário exerce o controle sobre os atos provenientes da Administração Pública.

Primeiramente, é importante que se faça uma distinção entre o controle jurídico e o controle político. Aragón (1995, p. 91-93), de forma brilhante, elucida que o controle jurídico tem um caráter objetivado, isto é, o parâmetro de controle é um conjunto normativo preexistente e não-disponível para o órgão que o exerce. Além disso, a valoração do objeto submetido ao controle está sujeito a razões jurídicas, tem um caráter necessário e é exercido por órgãos imparciais, independentes, dotados de conhecimento técnico especial para entender as questões de Direito.

Diversamente, o controle político é dotado de um caráter subjetivo, de modo que não existe cânone fixo e predeterminado de valoração, já que esta reside na livre apreciação realizada pelo órgão controlador, nesse caso, o parâmetro pode ser definido como de composição eventual e plenamente disponível. Aqui, o juízo de valoração do objeto repousa em razões políticas ou de oportunidade, e o controle já não é mais “necessário”, mas sim “voluntário”.

Todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica, ou seja, à legalidade. Por isso, qualquer medida que tomada pelo Poder Administrativo em face de determinada situação individual será injurídica, se não houver preceito de lei que a autorize ou se exceder o âmbito de permissão da lei (FAGUNDES, 1984, p. 80-81).

Os atos administrativos, para que sejam legítimos e operantes, devem ser praticados em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade). Há ainda que ser perseguido, nos termos do acréscimo trazido pela Emenda Constitucional n. 19/98, o princípio da eficiência: os atos administrativos devem primar pela celeridade, dentro do possível, e pelas escolhas ótimas. Faltando, contrariando ou desviando qualquer desses princípios, a Administração vicia o ato o qual poderá ser anulado pela Administração ou pelo Poder Judiciário (MEIRELLES, 1994, p. 606).

Todavia, em certos casos, é reconhecida ao Poder Executivo maior liberdade de atuação. Ele age, então, de modo discricionário em relação à conveniência, à oportunidade e ao modo de agir. Assim, quando não existir uma peremptória fixação de prazo para a aplicação da regra, resta ao Poder Executivo a faculdade de conciliar a execução com as conveniências de tempo e utilidade indicadas por circunstâncias que só a Administração pode auferir. Ou seja, para o bom andamento da Administração Pública, é indispensável que a ela seja permitido resolver, por mais de um modo, determinadas situações, segundo entenda, diante dos fatos concretos. Seja como for, mesmo na hipótese de competências discricionárias, permanecem limitações às atividades administrativas, como as referentes à forma, à competência, à finalidade, vinculando-a à legalidade (FAGUNDES, 1984, p. 83-84).

Mas é preciso notar que, à medida que os parlamentos criam textos legais com pouca densidade regulativa, usando conceitos abertos e vagos, ou que

concedem amplos espaços de decisão para escolher os meios adequados para a solução de casos concretos, diminui a vinculação da atuação da Administração Pública. Nesses casos, o legislador transfere para a Administração uma parte de sua liberdade de conformação legislativa (KRELL, 2004, p. 25).

A idéia corrente de discricionariedade enfatiza a noção de poder. Ressalta a presunção de que o agente público, quando a lei lhe outorga o que se denomina discricionariedade, dispõe de um poder para fazer escolhas livres na suposição de que, entre as alternativas comportadas pela norma em abstrato, quaisquer delas são de indiferente aplicação no caso concreto. Com razão, Mello (2003, p. 15-16) sustenta que o que há, na verdade, é um dever discricionário, pois o poder discricionário tem de ser simplesmente o cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal.

No dizer de Meirelles (1994, p. 607), nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento. Ressalta o ilustre administrativista que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, motivo que leva o Judiciário a examinar o ato dito discricionário, primeiro para verificar se realmente pode ser definido como tal; segundo para apurar se a discricção não desembordou para o arbítrio.

Esse controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em virtude da atividade administrativa não-vinculada tem como fundamento o princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional; o princípio da publicidade com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle (MORAES, 1999, p. 101).

Freitas (1995, p. 145) entende que se trata, na verdade, de discricionariedade vinculada, já que a discricionariedade, no Estado Democrático, é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de ser traduzido em arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico.

Na mesma linha, Maurer (2001, p. 50), sustenta que não existe um poder discricionário livre, mas um juridicamente vinculado. Se a autoridade não observa essas vinculações, ela atua antijuridicamente. Tais vícios no poder discricionário são, na verdade, vícios de direito; os tribunais estão obrigados a revisar a observância das vinculações do poder discricionário e a revogar uma decisão de exercício de poder discricionário vicioso por causa da antijuridicidade.

Nesse sentido, partilha-se do entendimento de Krell (2004, p. 46). Atualmente, não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo. De fato, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Tal “princípioalização” do Direito – consistente na adoção dos princípios da proibição da arbitrariedade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da igualdade, da proteção da confiança legítima – aumentou a margem de vinculação dos atos discricionários.

Essa nova visão a respeito do ato discricionário, admitindo amplamente sua sindicabilidade perante o Judiciário, já foi inclusive incorporada pelo Supremo Tribunal Federal, quando, em recentes decisões¹, outorgou tutela específica, exigindo da Administração Pública, mesmo quanto à sua margem de conveniência e oportunidade, que seus atos fossem pautados pela moralidade e pela razoabilidade.

A seguir serão considerados alguns vícios no exercício do poder discricionário: o não uso do poder discricionário, caso a autoridade não faça uso do poder discricionário que lhe compete, caso esteja juridicamente vinculada, mas, na realidade, tenha um espaço de poder discricionário; o excesso do poder discricionário, quando a autoridade excede o quadro determinado legalmente do poder discricionário; o uso defeituoso do poder discricionário, quando a autoridade não se deixa dirigir exclusivamente pela finalidade do poder discricionário; a infração contra direitos fundamentais e princípios administrativos gerais, pois a autoridade deve observar geralmente

os direitos fundamentais e os princípios administrativos gerais, no cumprimento de seu poder discricionário (MAURER, 2001, p. 51).

Essa margem de discricionariedade outorgada ao administrador ora ensina-lhe praticar ou não o ato diante daquela situação, ora outorga-lhe competência para ajuizar sobre o momento adequado para fazê-lo, ora permite-lhe uma opção quanto à forma que revestirá o ato, ora autoriza-o a decidir sobre a providência a ser tomada, entre pelo menos duas alternativas abertas pela norma. Nessas hipóteses, há discricionariedade porque há um juízo subjetivo do administrador no que se refere, de forma isolada ou cumulativa: à determinação ou ao reconhecimento da situação fática, a agir ou não agir, à escolha da ocasião para fazê-lo, à forma jurídica do ato, à eleição da medida idônea para satisfazer a finalidade legal. Frisa, com propriedade, Mello (2003, p. 17), que, embora seja comum falar-se em ato discricionário, na verdade o que é discricionária é a competência do agente quanto a determinados aspectos. O ato será apenas o produto do exercício dela.

De qualquer modo, a Administração Pública estará submetida à ordem jurídica, em um tríptico sistema de controle: controle interno, controle legislativo e controle jurisdicional. O controle administrativo constitui um autocontrole dentro da Administração Pública, tendo por propósito corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo. Esse controle, no interesse da Administração, exerce-se *ex officio*, por meio do poder disciplinar ou de instruções, ordens. Já o controle sob provocação é realizado *a posteriori*, dependendo de um interesse direto, pessoal e atual de quem provoca. Por seu turno, o controle legislativo ou externo² compete ao Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas. É em larga medida político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e da conveniência ao interesse público. Em nosso regime político, esse controle tem um alcance restrito, – na elaboração orçamentária, é exercido mais de perto sob o comando da Administração. A jurisdição, em sentido próprio, compete ao Poder Judiciário (1984, p. 87-88).

Os controles administrativos, ainda que em muitos casos sejam realizados atendendo a razões de direito, não podem ser considerados, em sentido estrito, como puros controles jurídicos, uma vez que as relações de superioridade ou subordinação em que se encontram os órgãos de controle quanto aos órgãos controlados não garantem, de modo algum e de maneira segura, a objetividade, a imparcialidade ou a independência de suas decisões (ARAGÓN, 1995, p. 94).

O caráter objetivado do controle jurídico, já mencionado, implica que os órgãos que o exercem sejam órgãos não-limitadores, mas verificadores de limitações pré-estabelecidas, órgãos que, no dizer de Aragón (1995, p. 93), “não mandam, mas freiam”; que, ao contrário do que ocorre no controle político, encontram-se alheios das relações de superioridade ou subordinação quanto aos órgãos controlados. Esse controle jurisdicional ocorre quando o Poder Judiciário é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo. Sua finalidade essencial é a proteger o indivíduo em face da Administração.

Desse modo, cresce de importância a interferência jurisdicional no exame da atividade administrativa nos países de regime presidencial, como o Brasil, como o Executivo fica praticamente acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e fiscaliza-a (FAGUNDES, 1984, p. 93).

A atividade administrativa é exercida pelo Poder Judiciário em dois sentidos do ponto de vista de suas conseqüências: na ordem civil e na ordem penal. Estão submetidos à jurisdição civil, por exemplo, os casos em que a Administração promove execução contra o administrado, ou se o Poder Executivo ingressa com processo contra agente seu que o lesou. Com relação à jurisdição penal, estão submetidos a ela, por exemplo, os casos em que é movida ação penal contra funcionário prevaricador (FAGUNDES, 1984, p. 95).

Para Aragón, entretanto, se os tribunais julgarem uma questão disciplinar administrativa ou uma questão de natureza penal que afete a qualquer pes-

soa que desempenhe um emprego ou cargo público, não estão realizando propriamente um controle de poder, mas exercendo uma função distinta: julgando um delito ou uma falta administrativa, cuja imputação e resultado afetam a pessoa do funcionário, mas não o órgão de poder de que é titular. Desse modo, o controle jurídico não tem por objeto as pessoas nem exatamente os órgãos, mas os atos desses órgãos ou autoridades. Não é exercido sobre os atos “políticos” (em sentido estrito, regidos por critérios de pura oportunidade) mas sobre atos juridicamente relevantes, abrangendo aí atos em sentido próprio e todo o tipo de normas. Isso ocorre de tal maneira que não há âmbito jurídico imune a esse tipo de controle (ARAGÓN, 1995, p. 94-95).

Já conforme Lima (1982, p. 215-217), ao lado do Direito Penal Comum, encontra lugar o Direito Administrativo Penal, seção ou província do Direito Administrativo, destinada precisamente àquele fim. Restringem-se, pois à matéria penal do Direito Administrativo as penas administrativas propriamente ditas. São penas administrativas as sanções, de que se socorre a administração pública, em suas leis e regulamentos, para assegurar a observância das prescrições ou provimentos de ordem geral.

Desse modo, embora haja semelhança entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Penal, há também diferenças marcantes. Se por um lado as penas criminais são restritas à pessoa do delinqüente, por seu turno a pena administrativa pode ser reclamada pelos herdeiros ou por seus sucessores. Do mesmo modo, se em Direito Penal aplica-se o princípio *in dubio pro reo*, no Direito Administrativo Penal essa presunção de inocência não se opera.

Ao contrário das sentenças criminais, em que a revisão só pode ocorrer em benefício do réu, a decisão da autoridade administrativa pode ser reformada pela própria administração. Ainda diversamente do que ocorre na pena criminal, cumulam-se na pena administrativa punição e reparação, exceto quando a responsabilidade pelo dano exorbita dos lindes da responsabilidade fora do contrato.

São adotados dois sistemas para a prática do controle jurisdicional dos atos administrativos: o

controle pela jurisdição comum e pela jurisdição especial. De acordo com o primeiro sistema, as atividades administrativas do Estado, do direito público ou do direito privado são apreciadas por meio do Poder Judiciário; toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional. Por essa razão, também é chamado sistema de jurisdição única aquele acolhido pelo nosso constituinte originário. Já, conforme o segundo sistema, há um controle exercido mediante tribunais especialmente instituídos para as situações contenciosas em que faça parte a Administração. Os atos administrativos ou não se submetem ou se submetem de modo reduzido ao Poder Judiciário. Para o seu controle, existe ao lado da jurisdição comum uma outra, a administrativa (FAGUNDES, 1984, p. 96-97).

Nesse sentido, é de extrema lucidez a advertência de Aragón (1995, p. 98-99) no sentido de que seria no mínimo duvidoso o caráter jurisdicional do controle prévio exercido pelo Poder Judiciário, inexistente em solo brasileiro, mas muito marcante em países como a Espanha. Pondera o constitucionalista espanhol que esse controle prévio lá exercido sobre a constitucionalidade das leis reúne todos os requisitos do controle jurídico, no que diz respeito ao órgão imparcial, parâmetro normativo, fundamento jurídico e efeito sancionatório. Tal controle prévio seria, por isso, um exemplo de controle judicial, mas não exatamente jurisdicional, ainda que as demais formas de controle judicial, aí incluídos os controles posteriores, sejam sempre, além de judiciais, jurisdicionais.

O sistema de controle pela jurisdição comum apóia em uma concepção da separação de poderes oposta à francesa. É centrado na idéia de que os direitos individuais só ficam suficientemente amparados em face dos atos administrativos, quando o exame contencioso é entregue a um órgão autônomo, nesse caso, o Poder Judiciário (FAGUNDES, 1984, p. 107).

Com razão, Fagundes afirma que o sistema de controle pelo Judiciário é o mais adequado. De fato, esse sistema dá margem a um regime de melhor equilíbrio entre os poderes, estabelecendo a reci-

procurado de controle. Realmente, não infunde confiança o reexame dos atos do Poder Executivo por um corpo especializado que dele se destaque apenas com o fim de dividir metodicamente atribuições. A grande vantagem da apreciação jurisdicional desses atos decorre das garantias que a evolução do direito político tornou inseparáveis do Poder Judiciário, proporcionando-lhe condições de independência asseguratórias de imparcialidade no exercício das suas atribuições (FAGUNDES, 1984, p. 108-110).

Assiste exclusivamente ao Poder Judiciário decidir, com força de definitividade, toda e qualquer contenda sobre a adequada aplicação do direito a um caso concreto. Desse modo, o Poder Judiciário controla, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da Administração Pública, anulando suas condutas ilegítimas, compelindo-a àquelas que seriam obrigatórias e condenando-a a indenizar os lesados, pois nos termos do Artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” (MELLO, 1994, p. 117).

O Brasil conta com o controle pela jurisdição única. A Constituição Federal impõe a unidade jurisdicional para o controle da Administração. O exame dos dispositivos referentes à competência do Poder Judiciário demonstra essa asserção (FAGUNDES, 1984, p. 112).

Nos termos do Artigo 109, I, da Constituição Federal compete aos juízes federais processar e julgar as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidente do trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; o Artigo 108, I, “a”, confere aos Tribunais Regionais Federais, nesse campo, competência recursal. Cabe ainda ao Supremo Tribunal Federal, de acordo com o Artigo 102 da Carta Magna, o papel de órgão máximo do contencioso administrativo no país, ora funcionando como instância única, ora em grau de recurso (FAGUNDES, 1984, p. 112-113).

Assim, todas as situações contenciosas em que estiver envolvida a Administração poderão ser exa-

minadas pelo Poder Judiciário, cabendo aos juízes federais de primeira instância, ao Tribunal Regional Federal e ao Supremo Tribunal Federal julgar as causas declinadas na Constituição; e competindo aos juízes estaduais o julgamento das matérias restantes (FAGUNDES, 1984, p. 117-118).

No regime brasileiro, Fagundes aponta que há duas exceções ao monopólio jurisdicional do Poder Judiciário. A primeira diz respeito ao julgamento, pelo Senado Federal, nos termos do Artigo 52, I, da Constituição Federal, do Presidente e do Vice nos crimes de responsabilidade, e dos Ministros de Estado e Comandantes da Marinha, Exército e Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles. A segunda diz respeito ao julgamento de regularidade das contas dos administradores e demais responsáveis pela guarda ou aplicação de bens ou fundos públicos atribuídos ao Poder Legislativo, de forma derradeira, nos termos do Artigo 71 da Constituição Federal (FAGUNDES, 1984, p. 118). Todavia, entende-se que não se trata de verdadeira exceção, já que é atividade “quase jurisdicional” – em todos os casos, a jurisdição é do Poder Judiciário, nos termos do Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Como já mencionado, o controle político tem caráter voluntário, e o jurisdicional caracteriza-se por ser necessário. Esse exercício necessário do controle jurisdicional significa que o órgão que o exerce não só há de conhecer, sempre que tenha jurisdição e competência, necessariamente do assunto para o qual é requerido, devendo emitir seu juízo sobre o assunto, como também há de ditar a sanção de invalidade, de modo necessário, quando tal juízo seja juridicamente negativo para o objeto controlado; quer dizer, quando estimado que tenha sido produzida uma contradição, insolúvel, por via interpretativa, entre dito objeto e o parâmetro de controle. Em termos de controle da constitucionalidade isso significa contradição entre a lei ou ato normativo e a Constituição (ARAGÓN, 1995, p. 139).

O controle jurisdicional da atividade administrativa não-vinculada, ao contrário do que pode parecer diante de uma leitura apressada, não viola o princípio da Separação de Poderes. Isso porque, se

houver lesão ou ameaça a direito, será sempre cabível o controle jurisdicional, seja à luz do princípio da legalidade, seja em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública, de publicidade, de impessoalidade e de moralidade, seja por força do princípio constitucional da igualdade, ou dos princípios gerais de Direito da razoabilidade e da proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador de direito. Ademais, o exercício da Administração Pública na denominada área de livre decisão não significa arbítrio, pois pressupõe sempre uma lei a conferir essa margem de liberdade à Administração Pública (MORAES, 1999, p. 105).

Embora esse controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos seja necessário, não pode ser ilimitado, sob pena de que possa ser cerceada, de forma arbitrária, a Administração Pública. Para o bem da harmonia e para a independência entre os poderes, é necessário que se estabeleçam limites a esse controle jurisdicional.

Nesse sentido, a impossibilidade de o julgador renovar os juízos de prognose do agente administrativo – durante a valoração dos conceitos indeterminados e de ponderação; durante o exercício da discricionariedade, para fins de constituir nova decisão, quando do Direito não é possível inferir outra objetivamente – constitui o ponto de equilíbrio para limitar o Poder Judiciário e para resguardar a autonomia da Administração. Ocorre que continuará competindo à Administração, após a remoção do ato impugnado judicialmente, reeditá-lo, ainda que esteja sempre adstrita às limitações jurídicas contrastáveis jurisdicionalmente. Assim, na maioria das vezes, para adotar os princípios constitucionais da Administração Pública e os princípios gerais do Direito com técnica de controle jurisdicional da discricionariedade e da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados importa um controle meramente negativo, isto é, conduz à invalidação do ato impugnado, mas não à substituição do ato administrativo por outro ato (MORAES, 1999, p. 105-107).

A doutrina alemã é uma demonstração de compatibilidade entre os princípios da separação de poderes e da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois

começou há aproximadamente 50 anos a expulsar a discricionariedade da hipótese da norma e a defender o controle judicial integral dos conceitos jurídicos indeterminados. Por outro lado, ela admitiu espaços de livre apreciação da Administração Pública em relação a certos conceitos de valor e de prognose, que exigiam avaliações e ponderações mais complexas, para evitar uma indevida substituição de decisões do Executivo pelos tribunais. De acordo com essa linha, nos casos altamente duvidosos, a prerrogativa de avaliação cabe aos órgãos administrativos, que estão mais perto dos problemas e melhor aparelhados, não devendo haver uma revisão abrangente dos tribunais (KRELL, 2004, p. 35).

O certo é que, havendo litígio sobre a correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, manteve-se no campo de sua aplicação ou se o desconheceu. Não assistirá ao Judiciário substituir o juízo administrativo pelo seu próprio. Isso ocorre porque as decisões de mérito são atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade e traduzem opção por um entre dois ou mais comportamentos albergados pela norma. Desse modo, se a decisão administrativa não contraria o direito, falece título jurídico ao Judiciário para rever o ato (MELLO, 2003, p. 24).

Ressalta-se, que, como bem apontado por Mello (2003, p. 33), o administrador, nos casos de discricionariedade, está perante o dever jurídico de praticar não qualquer ato entre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei.

As restrições da apreciação jurisdicional quanto aos atos administrativos dizem respeito à extensão e às conseqüências. Com relação à extensão, o pronunciamento jurisdicional deve-se restringir à apreciação do ato no que se refere à conformidade com a lei. Quanto às conseqüências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial (FAGUNDES, 1984, p. 126).

Fagundes (1984, p. 127-128) defende que ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do

controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los tão-somente sob o prisma da legalidade. O mérito está no sentido político do ato administrativo. Compreende os aspectos nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, à utilidade, à razoabilidade, à moralidade de cada procedimento administrativo. O mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, atuaria como se fosse administrador, violando o princípio da separação e da independência dos poderes.

Para Meirelles (1994, p. 607), a competência do Poder Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Legalidade é a conformidade do ato com a norma que o rege; legitimidade é a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo. Frisa que não é permitido ao Judiciário pronunciar-se sobre o mérito administrativo, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial.

Acolhe-se o preciso conceito de mérito administrativo de Mello (2003, p. 38), segundo o qual

[...] mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas será a única adequada.

No dizer de Maurer (2001, p. 48-49), ocorre poder discricionário se a autoridade, na existência de um tipo legal, pode escolher entre conseqüências jurídicas diferentes, e, com isso, passa a possuir um espaço próprio de atuação. Nesse contexto, o significado do poder discricionário consiste em que todas as medidas que a autoridade toma no quadro de seu poder discricionário são conforme o direito, e, assim, no caso de um exame judicial-administrativo devem ser aprovadas.

Entende-se que, mesmo com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá de respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Para que fique claro esse limite, é preciso observar que a discricionariedade é um poder delimitado previamente pelo legislador, o qual deixa um espaço livre para decisão da Administração pública, legitimando previamente sua opção. Por esse motivo, não pode o Poder Judiciário invadir o espaço reservado pela lei ao administrador. Do contrário, estaria o Judiciário substituindo, por seus próprios critérios, a opção legítima feita pela autoridade competente. Tudo isso em flagrante ofensa ao princípio da separação de poderes.

Como conseqüência deste mencionado princípio, o juiz somente pode anular um ato administrativo; cabe, no entanto, à Administração reeditá-lo, se as condições fáticas do caso exigirem tal comportamento. Nos casos de redução da discricionariedade “a zero” (quando circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções, tornando-se juridicamente possível somente uma única solução), o juiz emite um pronunciamento condenatório, e não somente anulatório (KRELL, 2004, p. 47).

Dessa forma, quanto ao ato discricionário, o Judiciário cinge-se à apreciação dos aspectos da legalidade, verificando se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Caso esses limites sejam ultrapassados, o Judiciário pode invalidar o ato, porque a autoridade, nesse caso, ultrapassou o espaço deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade (PIETRO, 2003, p. 210-211).

Parece importante observar que a análise da legalidade tem um sentido puramente jurídico. Limita-se a analisar se os atos da Administração obedeceram às prescrições legais expressamente determinadas quanto à competência e à manifestação de vontade do agente, e quanto ao motivo, ao objeto, à finalidade e à forma (FAGUNDES, 1984, p. 129).

O controle jurisdicional torna-se oportuno quando os efeitos do ato administrativo incidem sobre o administrado e tem como resultado obstá-los,

uma vez que seja reconhecida a ilegalidade. O campo de atuação do Poder Judiciário será sempre restrito ao caso sobre o qual tenha sido provocado. Portanto, nos casos dos atos administrativos gerais, como nos de atos especiais, concilia-se o amparo ao administrado com a independência da Administração Pública. O Poder Judiciário declara o ato inaplicável àquele que foi a juízo, mas deixa subsistente no que diz com os demais destinatários da atividade administrativa ilegítima (FAGUNDES, 1984, p. 136-137).

Como bem lembra Fagundes (1984, p. 140), embora a atual Constituição Federal não faça referência expressa conforme dispuseram as constituições de 1934 e 1937, persiste ainda hoje a vedação para que o Judiciário examine questões exclusivamente políticas, conceituadas como aquelas que resultam do ato administrativo de sentido exclusivamente político. Para tanto, estabelecem-se três gradações de atos: o ato administrativo como gênero, o ato político como espécie e o ato exclusivamente político como subespécie. Na verdade, a finalidade será o elemento que permitirá distinguir o ato político do não político. Para que o ato administrativo seja estritamente político, deve conter medidas de fins unicamente político (finalidade) e, ao mesmo tempo, há de circunscrever-se ao âmbito interno do mecanismo estatal, e, se o exceder, não deve alcançar direitos individuais explicitamente reconhecidos, mas apenas interesses (conteúdo).

Todavia, assiste razão a Krell (2004, p. 29) ao afirmar que a invocação pouco refletida da orientação jurisprudencial, segundo a qual descabe ao Poder Judiciário invadir o mérito da decisão administrativa, acaba excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria possível. Oriunda da doutrina italiana, a palavra mérito tem recebido um tratamento fragmentário e pouco homogêneo da doutrina brasileira – significa apenas o resultado do exercício regular de discricionariedade. Para o autor, é lamentável que a expressão sirva de palavra mágica, que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração.

Nesse sentido, recordando o que já foi dito anteriormente, esse controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é fundamental para o equilíbrio

entre os Poderes de Estado. Ocorre que esse controle não será exitoso, caso não haja, por parte da Administração, um pronto acatamento das decisões judiciais, mormente quanto às decisões proferidas em processos objetivos (FREITAS, 1999, p. 172). Em obediência aos princípios da legalidade, da confiança e da segurança das relações jurídicas, a Administração não pode simplesmente prosseguir cometendo ou deixando de executar atos com base em lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no controle concentrado (FREITAS, 1999, p. 173). O princípio da moralidade exige que a Administração seja modelar, ou seja, deve ter respeito para com as instituições públicas e os cidadãos; não pode, portanto, ser a primeira a dar o exemplo de má-fé em relação às decisões judiciais. Por isso, o não-acatamento das ordens emanadas pelo Poder Judiciário viola, de forma direta, o princípio da moralidade.

Há ainda o risco – caso a Administração não acate os precedentes judiciais – de se ferir gravemente o princípio da economicidade ou da eficiência. Tentando demonstrar zelo, a Administração deixa de cuidar de outras agressões impostas ao erário público. Acaba por desestimular a máquina fiscalizadora, compelindo-a a contemplar malabarismos hermenêuticos constrangedores, ao invés de fazê-la exitosa no cumprimento de seus deveres. Além disso, a morosidade processual é dispendiosa e onerosíssima para os cofres públicos. De fato, é o contribuinte quem paga para compensar a tardança no acatamento dos precedentes.

Da mesma forma, no que se refere ao controle difuso, Freitas (1999, p. 174-175) prudentemente sustenta que também seria em virtude do acatamento dos precedentes por parte da Administração Pública, mesmo quando ausente a suspensão por parte do Senado, quando o Poder Judiciário já tiver se manifestado de forma iterativa e consolidada. Logo, a jurisprudência iterativa dos tribunais, por ser também fonte do direito, mesmo no sistema romano-germânico deve ser objeto de rápida expedição de súmulas ou decisões normativas de quem detiver poderes hierárquicos. Tudo isso é feito para assegurar uma conduta adequada por parte da Administração.

O festejado administrativista sugere ainda que, *de lege ferenda*, se evite o reexame necessário, mantendo-o apenas naqueles casos em que for realmente necessário na equação custo-benefício. A sugestão já foi adotada e consta, hoje, no Artigo 475, § 1º e § 2º do Código de Processo Civil a não-aplicação do reexame necessário, se a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula desse tribunal ou de tribunal competente e para as causas de até 60 (sessenta) salários mínimos (FREITAS, 1999, p. 175).

Portanto, as atenções do agente público devem ser reservadas para proteger simultaneamente o interesse público e a dignidade do cidadão, o qual tem direito a uma justiça efetiva e prestada em tempo hábil.

A observação deve deixar claro que, ao sustentar o acatamento dos precedentes pela Administração, não se está propugnando servilismo ou ímproba prevaricação. Na verdade, se houver convencimento do desacerto da posição jurisprudencial, mostra-se legítimo procurar alterá-la, – porém seguindo as vias apropriadas, nunca sob a alegação da falta de caixa. O certo é que, somente após conquistada uma harmonia entre os Poderes, na qual não haja lugar para superioridades, mas apenas para distinções funcionais perante o Direito, serão reunidas as condições para instaurar a eficácia ampliada da Carta e a regeneração da autoridade pública (FREITAS, 1999, p. 176).

Finalmente, o controle jurídico, embora seja menos forte que o social e o político, tem sido apre-

sentado como o mais regular por ser um controle normatizado e mais seguro. A julgar exclusivamente pela necessidade, a Constituição não poderia sobreviver sem os controles sociais e políticos nem poderia sequer ser sem o controle jurídico que é, por essência, o controle jurisdicional. Essa é a base em que descansa o Estado Constitucional de Direito; é o que conduz a que, em realidade, todo Estado de Direito verdadeiro seja um Estado jurisdicional de Direito, o que não significa um governo de juízes. Estabelecer a resolução espontânea ou institucionalizada mas puramente política dos problemas jurídicos não supõe apenas a destruição do Direito, mas a negação mesma do genuíno sentido da Constituição. Desse modo, o controle jurisdicional aparece como algo absolutamente necessário para o conceito e a existência mesma da Constituição (ARAGÓN, 1995, p. 141-142).

3 CONCLUSÃO

O controle jurisdicional dos atos administrativos, considerado como o mais confiável e seguro, abrange também os atos discricionários, todavia o juiz não tem poderes ilimitados, não podendo substituir o juízo administrativo pelo seu próprio, mas de qualquer modo, em nome dos princípios constitucionais da economicidade e da eficiência, é necessário que os precedentes judiciais sejam acatados pela Administração Pública, salvo exceções justificadas claramente.

The Jurisdictional control of the administrative acts

Abstract

In this work, we intend to develop a study on the jurisdictional control of the administrative acts, concluding that such control also encloses the discretionary acts. However, the judge does not have unlimited powers, thus not being allowed to substitute the administrative judgement by its own judgement, since on behalf of the principles of the economicity and the efficiency, the precedents must be respected by the Administration, except when clearly justified.

Keywords: Jurisdictional control. Administrative acts. Discretionary acts.

Notas explicativas

¹ ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (RESP 429570/GO; RECURSO ESPECIAL 2002/0046110-8. DJ DATA: 22/03/2004. Min. ELIANA CALMON. 11/11/2003. T2 - SEGUNDA TURMA).

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO: NOVA VISÃO.

1. Na atualidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador. 2. Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio de resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente. 3. Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas. 4. Recurso especial provido (RESP 493811/SP; RECURSO ESPECIAL 2002/0169619-5. DJ DATA:15/03/2004. Min. ELIANA CALMON. 11/11/2003. T2 - SEGUNDA TURMA).

² A expressão controle externo é a utilizada pela Constituição Federal no artigo 70.

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, Manuel. **Constitucion y control del poder**. Buenos Aires: Ed. Ciudad Argentina, 1995.

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

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

KRELL, Andréas J. A recepção das teorias alemãs sobre ‘conceitos jurídicos indeterminados’ e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, Porto Alegre: Notadez, ano 5, n. 23, p. 21-49, jan./fev. 2004.

LIMA, Rui Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MAURER, Harmut. **Droit Administratif Allemand**. Tradução Michel Fromont. Paris: LGDJ, 1994.

MAURER, Harmut. **Elementos de Direito Administrativo Alemão**. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

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

Recebido em 15 de outubro de 2008

Aceito em 29 de janeiro de 2009