

# INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS DECISÕES DE MÉRITO ADMINISTRATIVO

**Andréa Catarina Barros de Lira**

*Estudante de Direito*

*SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Transformações do Poder Discricionário na História da Administração; 2.1 O Estado de Polícia; 2.2 O Estado de Direito; 2.3 Do Estado com Poder Jurídico; 3. Iscricionarietà e Intervenção do Judiciário; 4. Conclusão; Referências.*

## 1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, setor de gerenciamento das atividades estatais que busca a consecução imediata das necessidades coletivas dos administrados, dispõe como princípio base de sua estruturação, a legalidade; já que, em sua característica de sujeito de direitos, que lhe confere arbítrio de prestar serviços, fiscalizar, incentivar e intervir em relações jurídicas, por intermédio da elaboração de atos e contratos, podem se concretizar tanto com entidades de natureza pública, quanto de natureza privada, ou até mesmo com os próprios cidadãos.

Portanto, ao se posicionar como sujeito de direitos em busca da aferição do interesse coletivo, a Administração passa a dispor de prerrogativas que ilustrarão sua superioridade perante as realizações dos administrados. Porém, como qualquer outro poder, detém um controle e um freio para os seus ímpetos, para que seus atos não se transformem em arbitrariedade.

Assim, esse controle é exercido tanto pelo texto legal, quanto pelo Poder Jurisdicional.

Sendo que o primeiro, criado pelo Poder Legislativo, delimita os contornos de atuação das prerrogativas administrativas, tentando de forma geral, conce-

ber possíveis atividades. Enquanto que o segundo, funciona como ente imparcial, que analisa possíveis litígios entre Administração Pública e administrados, já que a Administração é parte interessada nos fatos; não detendo, portanto, um distanciamento necessário para o solucionamento dos mesmos.

Ocorre que, a delimitação aplicada pela lei, não consegue acompanhar todos os fatos e anseios vivenciados numa sociedade, dado o extremo caráter de mutabilidade desse setor. Em virtude disso, a própria lei, reconhecendo suas limitações, permite que os agentes da administração realizem a análise necessária do caso concreto, com uma certa margem de desvinculação, para que possam formular juízos de valor a cerca do tema, possibilitando, assim, a adequação do binômio conveniência-oportunidade, e o desenvolvimento de uma das bases de sustentação da administração, “o ato administrativo”.

Por tudo isso, o trabalho em questão visa demonstrar a importância desse poder basilar da Administração Pública, a discricionariedade; bem como explicitar as transformações desse poder no decorrer do tempo, analisando, por fim, a pertinência ou não da intervenção do mecanismo de controle jurisdicional nas decisões de mérito administrativo, ou seja, aquelas formuladas a partir do poder discricionário do Estado.

## **2. TRANSFORMAÇÕES DO PODER DISCRICIONÁRIO NA HISTÓRIA DA ADMINISTRAÇÃO**

O Direito Administrativo, como hoje o concebemos, somente se estruturou em fins do século XVIII e início do século XIX, com a formação de um Estado de Direito, que incorporou em sua essência o princípio da separação dos poderes; bem como, limitou o exercício do poder do Estado, estabelecendo através de leis escritas, garantias para os administrados. Porém, esta gênese do Direito Administrativo, não significa dizer que anteriormente à este período não existisse, mesmo que precariamente, uma Administração Pública capaz de exercer algumas funções administrativas essenciais à época.

Destarte, descreveremos os três períodos de transformação do Direito Administrativo e sua Discricionariedade, quais sejam: o Estado de Polícia, o Estado de Direito e o Estado com Poder Jurídico; objetivando, através desta análise, demonstrar o caráter histórico-evolutivo do tema em questão.

### **2.1 O ESTADO DE POLÍCIA**

Este período da história, alude ao momento em que o Direito Administrativo não se consagrava, ainda, como ramo autônomo, com normas e princípios

próprios; apenas existiam normas esparsas, relativas ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à servidão pública.

Ocorre que este período, deteve seu apogeu, após a Idade Média, dado ao desvinculamento relativo e a perda de prestígio da Igreja sob o Estado, concentrando o poder soberano nas mãos de um único homem, o rei. Proporcionando, assim, o surgimento das monarquias absolutas que dispunham ao soberano, o poder e a vontade supremas para comandar os cidadãos, que eram denominados de servos ou vassalos, justamente para demonstrar sua submissão perante essa organização política; do qual é considerada por muitos especialistas, como única solução possível, na época, para restabelecer a unidade estatal perdida no período feudal.

Esta primeira etapa mutativa, ou seja, o Estado de Polícia, ficou marcado pela obscuridade no desenvolvimento do direito público, pois como preceitua Adolfo Merkl(1980:96), ele se esgotava em um único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).

Portanto, ao que podemos vislumbrar desses princípios monárquicos, nenhum deles admitiam o controle das atividades administrativas, não podendo ser submetidos aos Tribunais, pois suas determinações se punham acima de qualquer ordenamento jurídico; surgindo, assim, a idéia da Irresponsabilidade do Estado, do qual redimia essa instituição da responsabilidade de suas determinações frente às conseqüências absorvidas pelos administrados (servos).

Entretanto, para combater essa soberania do rei, elaborou-se, em especial por doutrinadores alemães, a “Teoria do Fisco, do qual dispunha que o patrimônio público não pertencia ao rei nem ao Estado, mas ao fisco, que possuiria personalidade de direito privado, diversa do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império”, como dispôs Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra *Discrecionariiedade Administrativa*.

Com isso, muitas das relações jurídicas em que figurava a Administração como parte “passaram a ser regidas pelo Direito Civil, e a submeter-se a tribunais independentes, sem qualquer vinculação ao príncipe. Esses tribunais passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o fisco, todos eles fundamentados no direito privado” (Texto extraído da mesma obra citada anteriormente).

O Estado de Polícia, detinha como finalidade precípua, apenas a instauração da ordem pública diante da situação de dispersão humana e desestruturação econômica, após o término do modo de produção feudal. Instaurando, assim, uma forma de Administração rígida e pouco ampla. Tanto que, mesmo com a incidência da “Teoria do Fisco”, o Estado, como poder público, continuou sem limitações legais e sem acessibilidade à intervenção judicial em defesa dos interesses dos súditos.

## **2.2 O ESTADO DE DIREITO**

Diante da realidade vivenciada no início da formação do Estado, com a concentração absoluta do poder administrativo apenas em um órgão, o rei; a sociedade se viu sufocada e aprisionada com tais determinações arbitrárias, do qual culminou na explosão de diversas revoluções que reivindicavam pela liberdade social e adequação do Estado à evolução econômico-financeira das classes burguesas. Nascendo, assim, a consciência da necessidade de criação de normas, que freassem os ímpetos das prerrogativas administrativas, em respeito à individualidade e direito dos governados.

Em virtude disso, o Estado de Direito foi estruturado sobre o princípio da legalidade, por lecionar que os governadores e seus órgãos administrativos deveriam se submeter à lei, em especial, à Constituição; bem como, igualmente alicerçado sobre o princípio da separação dos poderes, que tinha como objetivo proteger os direitos individuais dos governados e descentralizar o poder das mãos de um único órgão, para que se evitasse a incidência de arbitrariedades, desenvolvendo-se, assim, a idéia de *liberalismo*.

Idéia essa que, calcada na liberação dos direitos individuais do homem, atribuiu ao Estado, segundo a doutrinadora Maria Carolina Miranda Jucá, “a postura de mero guardião da ordem e segurança nacionais, reduzindo sua atuação ao pequeno núcleo estratégico, correspondente, sobretudo, à defesa nacional, arrecadação e diplomacia. Era o Estado mínimo, alheio à área social e ao domínio econômico, os quais ficavam ao sabor das próprias forças sociais”<sup>1</sup>.

Destarte, o poder passou a ser enxergado como instrumento nocivo à sociedade, portanto, só poderia ser exercido legitimamente a partir da anterior regularização de uma lei, tal como expressa claramente o artigo 5º da Declara-

<sup>1</sup> Crise e Reforma do Estado: as bases estruturantes do novo modelo, 2005.

ção de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena.” Com complementação no artigo 7º: “Ninguém pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos determinados pela lei e de acordo com as formas por esta prescritas. Os que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias serão castigados; porém todo cidadão convocado ou detido em virtude da lei deve obedecer imediatamente, caso contrário torna-se culpado de resistência”.

Curiosamente foi nesse turbilhão de idéias liberais e de criação de leis que a assegurassem, que se consolidou a criação do Direito Administrativo, do qual unificou em sua essência, pensamentos dos anteriores períodos históricos, consagrados justamente pelas suas disparidades de ideais, quais sejam: o princípio da separação de poderes; o do absolutismo da jurisdição; e da estrutura absolutista estatal.

O primeiro, advindo do pensamento do Direito Inglês, dispõe esse princípio constitucional e a idéia do arbítrio do poder público, como basilares para a formação de uma função normativa, que inspirarão o desenvolvimento do princípio da legalidade da ação administrativa.

O segundo pensamento, nascido de uma ideologia político-jurídica comum, fez surgir a importância do reconhecimento de situações jurídicas subjetivas tuteláveis perante o juiz, admitindo a pertinência de direitos subjetivos de conteúdo público, ou seja, o surgimento de um embrião do conceito de intervenção do judiciário em circunstâncias de caráter público, idéia bastante precária nessa época.

Já o terceiro pensamento, contribuiu para a disposição de uma legislação pública, que originalmente eram diversas das atribuições do cidadão comum, ou seja, as chamadas “prerrogativas” do Estado. Porém, elas divergiam daquelas estabelecidas no período do absolutismo monárquico, por estarem apenas à serviço da ordem pública, tendo transformado, assim, os poderes absolutos do rei em poderes do Estado delimitados por lei.

Pode-se analisar, também, que a idéia de discricionariedade, delimitada pelo princípio da legalidade, passou a absorver o comum conceito de liberalismo, como bem fica expresso no artigo 5º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, já citada anteriormente. Ou seja, a Administração poderia utilizar sua discricionariedade, isto é, sua livre autonomia nas lacunas que a lei deixava, em seu processo legislativo caracterizado pela generalidade e pela restrição ao ideário liberal.

Sendo que, apesar do surgimento de uma tutela dos fatos jurídicos subjetivos por parte do juiz, este tipo de prática não era aplicada enfaticamente em atos discricionários, já que o foco liberal estava preocupado apenas com a recente conquista das liberdades individuais dos cidadãos, não se sentindo, ainda, capaz de emitir um juízo de valor em tal poder extensamente consolidado no decorrer da história humana; caracterizando-se, em suma, esse período, apenas como de poder político, não conseguindo alcançar as potencialidades do poder jurídico.

### **2.3 DO ESTADO COM PODER JURÍDICO**

O modelo de Estado Liberal, completamente absorvido pelo sentimento da liberdade e igualdade entre os entes sociais, acabou por receber da própria sociedade reações contrárias a sua forma não-intervencionista de atuação.

Tais reações advinham da situação precária vivenciada nos âmbitos econômico e social; com a proliferação das condições de miséria, doença, analfabetismo e falta de infra-estrutura nas cidades.

Portanto, diante da situação caótica enfrentada, graças a falta de gerenciamento público mais concentrado nos interesses coletivos, as reações contra o liberalismo se manifestaram de formas diversas; alguns partiram para uma idéia extrema oposta, negando os direitos individuais e enaltecendo formas de governo autoritárias como meio de aniquilar as desigualdades sociais, desenvolvendo assim, Estados totalitários, como a Alemanha nazista.

Outros, buscando fontes de inspiração mais equilibradas e flexíveis, introduziram uma idéia que ao mesmo tempo garantia os direitos individuais dos cidadãos e atribuía ao Estado, missão de reverter o quadro de desigualdades vislumbrado tanto no campo social quanto no econômico.

Sendo esta última forma de reação descrita, a que conseguiu se desenvolver, iniciando assim, a fase do Estado Social de Direito ou do Bem-Estar, onde “não mais se pressupõe a igualdade entre os homens; atribui-se ao Estado a missão de buscar essa igualdade; para atingir essa finalidade, o Estado deve intervir na ordem econômica e social para ajudar os menos favorecidos; a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> PIETRO, Maria Sylvia de Zanella Di. **Discricionariade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001

Em virtude disso, o Direito desgarrou-se do conceito de justiça e delimitou-se apenas a constituir uma ordem; onde a lei passou a instituir o justo e aceitável, regulando as atividades da Administração Pública, além de gradativamente fortalecer o Poder Executivo.

Sendo que, o Estado, dentro desse fortalecimento e desenvolvimento, dado a grande demanda de atribuições assumidas após a fase de socialização da forma de governo, não poderia ficar na dependência exclusiva de lei todas as vezes que necessitasse realizar um ato, já que o processo legislativo caracteriza-se pela complexidade e demora; portanto, o Poder Executivo também passou a exercer atribuições normativas, através de decretos-leis, leis delegadas e regulamentos autônomos, para que a resolução dos impasses sociais acontecessem de forma célere e eficaz.

Ocorre que, com o desnivelamento dos Três Poderes, e conseqüente predominância dos interesses do Executivo, a fase do Estado Social de Direito produziu no Direito Administrativo, um desequilíbrio entre os direitos individuais e as prerrogativas públicas, pendendo o seu foco de estudo e importância para a máquina estatal.

Portanto, para que essa forma de atuação pudesse se consolidar no panorama da época, o conceito do princípio da legalidade teve que sofrer algumas modificações. Então o modelo do Estado de Direito Liberal, que concedia ampla discricionariedade a Administração Pública nas brechas deixadas pela lei, dispondo que a mesma poderia realizar tudo que a lei não proibia; passou a vincular as atribuições e atos Administrativos às determinações legais, nesse novo período social, estipulando que a Administração só pode fazer o que a lei permite.

Diante disso, podemos concluir que o Estado passou a seguir os preceitos da “vinculação positiva” da Administração à lei. Estipulando, também, que a própria discricionariedade deve ser um poder limitado pela lei, onde suas atribuições não devem mais ultrapassar as barreiras da legalidade, e sim, procurar sua consolidação dentro dos “muros” da normatização, passando a ser um poder jurídico.

### **3. ISCRICIONARIEDADE E INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO**

Dentro do estudo das atribuições estatais no decorrer dos períodos históricos, podemos constatar que a normatização se consolidou como alicerce dessa instituição; justamente por se caracterizar como instrumento de controle in-

terno dos atos do poder público, e agente de equilíbrio entre os poderes de autoridade exercidos pela Administração e os direitos individuais dos cidadãos.

Ocorre que a lei não consegue descrever todos os nuances da atuação administrativa, deixando certas margens de liberdade de escolha diante do caso concreto, para que se possa analisar a solução mais adequada, sempre válida perante o direito. Sendo utilizado, nesses casos, o poder discricionário da Administração Pública, que aplica critérios de mérito como, oportunidade, conveniência, justiça e igualdade, do qual só encontram sentido fático quando estão atreladas à análise deste caso concreto.

Alguns estudiosos no assunto, como Di Pietro, em seu estudo “Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988”, costumam justificar este poder segundo dois critérios básicos: o prático e o jurídico.

No prático, segundo a doutrinadora já citada, a discricionariedade justifica-se, “quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações que o administrador terá que enfrentar. Isso sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis”.

Enquanto que, na justificação jurídica, a doutrinadora se refere ao pensamento de um colega, Régis Fernandes de Oliveira, no livro de autoria do mesmo, intitulado “Ato Administrativo” (1978:68-69), do qual leciona: “Diante disso, impõe notar que, caso possível fosse o legislador descer a minúcias e, utilizando-se da cibernética, pudesse prever, na atividade legiferante, todas as ocorrências possíveis, então teríamos, pura e simplesmente, a substituição de um órgão do poder por outro, ou seja, teríamos a supressão do órgão administrativo ou executivo. Este não passaria de mero cumpridor de ordens emanadas, concretamente, do poder Legislativo. Em sendo assim, ocorreria verdadeira invasão dos órgãos encarregados do exercício do poder, com a dualidade deles e perderia a validade a noção tripartida, consagrada em nosso direito positivo.”

Sendo que a própria Di Pietro, dá um desfecho sobre o assunto, dizendo: “Considerando-se a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição – outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto.

Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá licitamente se respeitar os limites que nesta se contêm. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade”.

Entretanto, vale frisar que no que tange ao elemento finalidade do ato administrativo, não há que se falar em discricionariedade, como costuma dispor alguns doutrinadores; pois tal elemento, em sentido lato, deve ser sempre o “interesse público”.

E tal elemento, baseado no que dispõe a própria essência do Estado Democrático de Direito, leciona que, todo e qualquer ato administrativo deve se dirigir à satisfação do interesse público, ou seja, do “bem comum”; não admitindo, portanto, a possibilidade de existência de uma discricionariedade absoluta a disposição do administrador. O que se deve conceber, na realidade, é a atuação administrativa pautada nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional.

Devemos, portanto, nos ater ao aprendizado de períodos históricos anteriores, onde depreendemos que o poder administrativo é uma força intensa e corrosiva, porém magnífica e modificadora. E que em virtude disso, necessita de direcionamento, ou seja, limites de atuação, para inibir a má utilização da máquina administrativa, e possíveis incidências de arbitrariedades.

Sendo o que leciona magnificamente, o vastamente conhecido doutrinador Celso Antonio Bandeira de Mello, em seu livro “Curso de Direito Administrativo” de 2003, então vejamos:

“(...) não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro (...).”

Em virtude disso, podemos depreender que o ato administrativo discricionário, apesar de aparentemente, ter suas disposições apenas sob a influência da competência e interesse da Administração, está subordinado como qualquer outro ato, à incidência do controle material.

Destarte, a possibilidade do poder jurisdicional atuar na verificação da adequação das diversas soluções encontradas pelo administrador – em seus

atos discricionários – com os princípios regentes da atividade administrativa estatal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, efetividade, etc.); ou seja, com o próprio sistema jurídico, impedindo soluções inadequadas, porém, sem apresentar, por si só, uma outra solução, pois não lhe cabe administrar, e sim podar os atos em desacordo com o ordenamento constitucional.

Entretanto, este tipo de pensamento, acima descrito, pautado na constitucionalização dos atos administrativos, e ciente da necessidade de implantação de um agente limitador do qual possa coibir qualquer espécie de arbitrariedade, bem como conhecedor da natureza avassaladora do Poder sem ordenação; não se traduz em único entendimento entre os doutrinadores. Existindo muitos deles a defendem a eternização do ato administrativo discricionário.

Portanto, este último pensamento, descrito acima, dispõe como pressuposto, dentre outros argumentos, que os três Poderes, por serem harmônicos e independentes entre si não podem sofrer sobreposição de funções dentro de cada um, sendo vedada a invasão e usurpação de atribuições.

Aplicando assim sua fundamentação, em um período histórico ultrapassado, vivenciado na segunda fase da evolução do Direito Administrativo, ou seja, na fase do Estado de Direito; em que a França vivenciava o início de sua Revolução, fixando em decorrência da “Lei de 16 Fructidor do Ano III (1795)” e do princípio da separação dos poderes, a subtração dos atos administrativos da jurisdição dos tribunais judiciais. Tendo esta decisão, sido tomada em decorrência da desconfiança do poder revolucionário, já que os magistrados da época foram nomeados no “Antigo Regime”, significando assim, um controle judicial ainda nas mãos da nobreza.

Ocorre que apesar do termino desse período, não houve, por parte da doutrina, o total desprendimento desta teoria; entendendo que o efetivo controle do ato administrativo discricionário, ensejaria a indesejada intromissão na interdependência dos Poderes, como assim entende o doutrinador Manuel de Oliveira Franco Sobrinho, em seu livro “Comentários à Constituição” de 1999:

“Cada poder, portanto, tem o seu mister específico, de ordem interna especial jurídica. Partilha soberania não apenas teoricamente. Não disputa, porque possui *self-government*.”

A separabilidade dos outros Poderes é uma simples questão de meios de ação (círculos) compreendendo a tríplice ordem constitucional.

As três funções orgânicas, legislativa, executiva e judiciária, desempenham atividades saídas de regras jurídicas constitucionais, por onde se vê a diferenciação do poder estatal em legislativo, executivo e judiciário, caracteriza a rigidez de dogmas verdadeiros (reais) ligados à distribuição de poderes “.

Na mesma linha de raciocínio, Diógenes Gasparini<sup>3</sup> em seu livro “Direito Administrativo” de 2000, acredita que os atos administrativos não podem ser questionados quanto ao mérito (oportunidade e conveniência):

”Discricionários são os atos administrativos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Essa escolha, se faz por critérios de *conveniência e oportunidade*, ou seja, de *mérito*. Há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público. Há oportunidade quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público. São juízos subjetivos do agente competente sobre certos fatos e que levam essa autoridade a decidir de um ou de outro modo.

Costuma-se, sem muito cuidado, dizer que o ato administrativo discricionário é insuscetível de exame pelo Judiciário. Tal afirmação não é verdadeira. O que não se admite em relação a ele é o exame por esse Poder da *conveniência* e da *oportunidade*, isto é, do mérito da decisão tomada pela Administração Pública, conforme vêm decidindo nossos Tribunais (RF, 225:96 e RT 446:213)“.

Isto posto, podemos depreender que posicionamentos avalizados como os dos doutrinadores citados acima não se encontram desprendidos de qualquer contexto; encontram-se na verdade, em sintonia com entendimentos anteriores à Constituição Brasileira de 1988, do qual instituiu de forma inédita, a Constitucionalização da Administração Pública, criando princípios e normas que vinculam a todos, independentemente da forma ou da espécie do ato administrativo, ou seja, se é ou não discricionário.

Portanto, no mais novo e atual enfoque, e ao nosso ver o mais coerente, “o clássico princípio da separação dos Poderes não possui mais uma fronteira de atuação entre os respectivos Poderes, visto que ele deve ser entendido mais como princípio de divisão de funções; controlado, fiscalizado e coordenado pelos diferentes órgãos do Estado Democrático de Direito, como leciona Mauro Roberto Gomes de Mattos, em seu texto “Constitucionalização do Direito Administrativo e o Controle de Mérito do Ato Administrativo Discricionário pelo Poder Judiciário”.

Além da própria Constituição Federal dotar o Poder Judiciário da função de combater os excessos cometidos em quaisquer das esferas governamentais, sem que se caracterize uma indevida intromissão de um poder sobre os outros, conforme decisão pacífica do STF no RE nº 259.335 Agr/RJ:

---

<sup>3</sup> GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

“(…) Reexame da decisão administrativa pelo Poder Judiciário. Ofensa ao princípio da separação de poderes. Inexistência. A Carta Federal conferiu ao Poder Judiciário a função precípua de controlar os excessos cometidos em qualquer das esferas governamentais, quando estes incidirem em abuso de poder ou desvios inconstitucionais. Precedente. Agravo regimental não provido.”

Em virtude disso, não se pode alegar intromissão indevida de um Poder sobre o outro, quando o Judiciário intervém em defesa dos princípios constitucionais, mesmo que o ato tenha como característica a discricionariedade e que haja a necessidade de análise de mérito, já que o regime democrático de direito exige tal conduta assecuratória. Pois a conduta discricionária não se opõe aos institutos do direito. Já que o objetivo maior do Estado não é o extermínio da discricionariedade, mas a sua juridicidade, concebida como modo de realização do direito.

Pensando nisso, e em rechaçar qualquer dúvida a cerca da legitimidade do controle exercido pelo Judiciário nesta matéria, bem como garantir a ordem político-jurídica essencial ao regime democrático, o STF afastou possível transgressão ao princípio da separação dos poderes (STF - Rel. Min. Celso de Mello, MS nº 23.452/RJ, Pleno, *DJ* de 12.05.2000, p. 20):

”(…) O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes. Desse modo, não se revela lícito afirmar, na hipótese de desvios jurídico-constitucionais nas quais incida uma Comissão Parlamentar de Inquérito, que o exercício da atividade de controle jurisdicional possa traduzir situação de ilegítima interferência na esfera de outro Poder da República. **O CONTROLE DO PODER CONSTITUI UMA EXIGÊNCIA DE ORDEM POLÍTICO-JURÍDICA ESSENCIAL AO REGIME DEMOCRÁTICO.** - O sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República sobre os demais órgãos da soberania nacional. Com a finalidade de obstar que o exercício abusivo das prerrogativas estatais possa conduzir a práticas que transgridam o regime das liberdades públicas e que sufoquem, pela opressão do poder, os direitos e garantias individuais, atri-

buiu-se, ao Poder Judiciário, a função eminente de controlar os excessos cometidos por qualquer das esferas governamentais, inclusive aqueles praticados por Comissão Parlamentar de Inquérito, quando incidir em abuso de poder ou em desvios inconstitucionais, no desempenho de sua competência investigatória. OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS. - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

O que podemos notar, depois da consolidação jurisprudencial neste assunto, é que qualquer tipo de invocação ao princípio da separação dos poderes, como forma de evitar a fiscalização do ato administrativo, constitui-se um artifício escuso para tornar imune de controle os possíveis atos arbitrários realizados pela Administração Pública.

Portanto, o Poder Judiciário, munido da função estatal de intérprete e guardião da Constituição Federal, tem como objetivo manter efetivos os “princípios gerais de interpretação da constitucional”, para que sempre que necessário possa atuar no afastamento de lesão ou ameaça à direito, independentemente da parte passiva da lide.

#### **4. CONCLUSÃO**

Após a explanação do estudo, predisposto desde o início do nosso trabalho, constata-se que o ato administrativo de cunho discricionário se porta em nosso ordenamento como fator essencial à inibição do automatismo legal, ocasionado com o exercício rigoroso das normas escritas; se portando, como fator de disponibilização da aplicação do direito ao caso concreto, nesse caso, vislumbrado no real atendimento das necessidades coletivas.

Bem como, podemos depreender a evolução do tema Direito Administrativo no decorrer dos períodos históricos, concluindo que suas transformações se dispuseram junto com as modificações políticas e jurídicas da sociedade, sendo uma peça chave na delimitação do alcance do poder estatal.

Chegando, por fim, à análise base do nosso estudo, onde discutimos a importância da limitação das atribuições do Poder, seja ela de cunho executivo, legislativo ou judiciário. Importando apenas que, os atos administrativos praticados por estes órgãos se consolidem conforme as “normas e princípios consti-

tucionais”, com o objetivo de coibir qualquer tipo de lesão aos direitos do cidadão.

Portanto, é pensando nesse mecanismo assecuratório, que se defende a penetrabilidade por parte do Poder Judiciário, nas decisões de mérito administrativo, ou seja, de caráter discricionário, pautando como pressuposto o novo pensamento instaurado pelo Estado Democrático de Direito, que deixa de considerar o administrado como mero objeto do poder, e passa a concebê-lo como destinatário de direitos e garantias individuais; dos quais devem ser, obrigatoriamente, respeitados e salvaguardados. Utilizando-se, nesse instante, da função constitucional do judiciário, para inibir as possíveis arbitrariedades concebidas pelos administradores, conciliando os postulados insertos na Carta Magna que delineiam a harmonia e independência dos poderes, com o princípio da inafastabilidade da apreciação jurisdicional.

## **REFERÊNCIAS**

- BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6. ed. Brasília: UNB, 1995.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Lumen Júris, 2005.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **A evolução do princípio da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 804, 15 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7257>>. Acesso em: 29 dez. 2005.
- FRANCO SOBRINHO, Manuel de Oliveira. **Comentários à Constituição**. São Paulo: Freitas Bastos, 1999, 1v.

- GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GUERRA, Carlos Eduardo. **Administrativo - Poder Discricionário e Vinculado**. Disponível em : [www.vemconcursos.com/opiniaio/index.phtml?page\\_sub=5&page\\_id=603](http://www.vemconcursos.com/opiniaio/index.phtml?page_sub=5&page_id=603)
- MAFRA FILHO, Francisco de Salles Almeida. **Aspectos da Evolução do Direito Administrativo Brasileiro**. Disponível em: <<https://secure.jurid.com.br/jurid/jurid.exe/carregahtml?arq=detalhe.html&ID=7339>>. Acesso em: 29 de dez. 2005.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de**. A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário . **Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 686, 22 mai. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 29 dez. 2005.**
- \_\_\_\_\_. **Licitações e Seus Princípios na Jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Guilherme Peña de. **Dos Direitos Fundamentais – Contribuição para uma Teoria**. São Paulo: LTr., 1997.
- OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública: O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- REALE, Miguel. **Limites da Discricionariedade Administrativa**. Revista de Direito Público. n. 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

**RODRIGUES, Carlos Roberto Martins. GENERALIDADES SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO. Disponível em: <<http://www.pgm.fortaleza.ce.gov.br/revistaPGM/vol104/08GeneralidadesAtoAdministrativo.htm>>. Acessado em: 19 de maio 2006.**

**SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.**