



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

RELATIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE
JURISDICIONAL

Lucas de Oliveira Rosa

Rio de Janeiro
2021

LUCAS DE OLIVEIRA ROSA

RELATIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE
JURISDICIONAL

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da F. Neto

Rio de Janeiro
2021

RELATIVIZAÇÃO DO PODER DISCRICIONÁRIO E SEU CONTROLE JURISDICIONAL

Lucas de Oliveira Rosa

Graduado pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior. Advogado.

Resumo – o poder executivo tem a competência para editar atos discricionários, levando em conta a conveniência e oportunidade. Os atos administrativos, conforme doutrina tradicional, não sofre, em seu conteúdo de mérito, controle jurisdicional. Entretanto, há um avanço de entendimento para possibilitar o controle do poder judiciário quando o mérito dos atos discricionários não visarem garantir a supremacia do interesse público. Tal controle é realizado por meio de métodos de controle buscando um equilíbrio para que não ocorra a violação entre os poderes.

Palavras-chave – Direito Administrativo. Ato Administrativo. Poder Discricionário. Controle Jurisdicional.

Sumário – Introdução. 1. A discricionariedade dos atos administrativos e a resistência social para que tais atos supram suas necessidades. 2. O controle do Poder Judiciário diante da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo. 3. Métodos para controlar a discricionariedade, a ponderação entre os limites da discricionariedade e o seu controle. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

A proposta desta pesquisa é discutir o avanço, após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, do controle jurisdicional de mérito sobre o poder discricionário da Administração pública. Busca demonstrar que a atuação da Administração com base na oportunidade e conveniência não está livre de apreciação do Judiciário e o juiz, ao analisar o caso concreto, observando a real necessidade social, pode afastar a decisão da Administração, sem configurar violação à separação dos poderes.

Diante da impossibilidade do legislador em prever todas as necessidades uma sociedade, o ordenamento jurídico traz conceitos jurídicos indeterminados que conferem à Administração pública atuar com certa liberdade de apreciação. Entretanto, diante das diversas necessidades sociais, certas escolhas por parte do administrador, com base na oportunidade e conveniência, acabam sofrendo resistência e essas discussões são levadas ao judiciário.

Dessa forma, surge o questionamento se é possível que o Judiciário supere a decisão da Administração pública, atuando em verdadeiro ativismo judicial, ou seja, desborda da atuação puramente técnica e judicial.

O tema não é pacífico na doutrina e jurisprudência, pois sempre se entendeu que não é possível o controle de mérito das decisões do administrador por parte do judiciário. Entretanto, é necessário fazer uma análise com base no que a doutrina constitucionalista denomina de pós-positivismo, para garantir direitos e o próprio funcionamento da sociedade.

Por meio da pesquisa, busca-se analisar a atuação administrativa, bem como a evolução teórica para justificar a extensão do controle judicial. Além disso, visa a delimitar os limites da discricionariedade e trazer as vantagens e objeções quanto ao Judiciário quando atua em ativismo judicial.

Os resultados da pesquisa são apresentados em três capítulos. No primeiro capítulo, apresenta-se o desempenho das funções da Administração pública que lhe asseguram supremacia sobre o particular, observando o princípio da legalidade. Tal atuação poderá ser vinculada, quando a lei não deixar opções, ou discricionária, quando houver certa margem de liberdade de decisão.

No segundo capítulo, são analisados os limites do poder discricionário quando diante de conceitos jurídicos indeterminados e como será feito o controle pelo Poder judiciário.

O terceiro capítulo visa a demonstrar a atuação jurisdicional, muitas vezes realizando o denominado ativismo judicial, busca atender também às reais necessidades sociais, pois ao judiciário é imposta uma atuação contramajoritário, bem como a imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público em atuação proativa, no papel de guardião das políticas públicas que envolvam direitos fundamentais.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que é pretendido eleger um conjunto de proposições hipotéticas que poderão vir a ser comprovadas a partir da leitura da bibliografia levantada e nas quais o pesquisador acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o objetivo de ser aceita.

Para isso, realiza-se uma abordagem qualitativa, histórica, a fim de demonstrar a evolução das teorias que enfrentam o tema, o estudo é feito com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial do tema abordado.

1. A DISCRICIONARIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A RESISTÊNCIA SOCIAL PARA QUE TAIS ATOS SUPRAM SUAS NECESSIDADES

O poder discricionário é ato administrativo que confere certa margem de liberalidade para a Administração Pública atuar de acordo com a conveniência e oportunidade. Carvalho

Filho¹ caracteriza ato administrativo quando realizado por agente público ou, não sendo, por aqueles dotados de prerrogativa pública, produzindo efeitos jurídicos com a finalidade pública e regido pelo direito público.

Não há consenso na doutrina, mas, majoritariamente e nos moldes de artigo 2º da Lei Federal nº 4.717/1965² (Lei de Ação Popular), entende-se que os atos administrativos possuem cinco elementos a serem respeitados pelo administrador, quais sejam: Competência, Finalidade, Forma, Motivo e Objeto.

Os atos são classificados de acordo com o grau de liberdade em que a administração pode tomar suas decisões, dessa forma, tem-se os atos vinculados e os atos discricionários. O ato é vinculado quando a lei estabelece taxativamente como será a atuação da administração, sem margem para escolhas. Por outro lado, o ato discricionário é aquele que contém certa margem de liberdade de atuação da administração, conforme critérios de oportunidade e conveniência, entretanto, tal liberdade não é absoluta, sempre com base no princípio da legalidade e visando a supremacia do interesse público.

Ao legislador é impossível prever todas as necessidades de uma sociedade, assim concede a administração, por meio de lei e diante do caso concreto, escolher a melhor opção para suprir às necessidades sociais, essa maior liberdade é com relação ao motivo e ao objeto, pois, entende-se majoritariamente, que a competência, finalidade e forma são sempre vinculados, respeitando o que dispõe a lei. A discricionariedade será observada no momento da realização do ato.

De acordo com Di Pietro³ a justificativa para a existência do poder discricionário é de ordem jurídico e prático. Jurídico com base no Direito por degraus de Kelsen, sendo a Constituição a de grau superior, as leis e regulamentos formando os demais degraus, a formação de cada um desses degraus surge um elemento novo e com ele a necessidade do uso da discricionariedade. Já o poder discricionário de ordem prático tem como intuito evitar o automatismo, ou seja, como não é possível ao legislador prever todas as situações possíveis, é permitido o poder de iniciativa da administração.

Com o surgimento do Neoconstitucionalismo, o Direito Administrativo sofreu algumas modificações e, conseqüentemente, houve uma mudança de atuação do administrador quando atuando com base na oportunidade e conveniência. Com a Carta Maior

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018, p. 126.

²BRASIL. *Lei 4.717, de 29 de junho de 1965*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 20 ago. 2020

³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 482-483.

de 1988, a atuação do poder público deve ter como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana; a definição de interesse público não está mais ao arbítrio do administrador, sendo pautado em princípios constitucionais e direitos fundamentais. Além disso, a atuação administrativa passa a sofrer maior controle da Jurisprudência, devendo ser uma discricionariedade legitimada.

O fato é que a Administração tem uma atuação muito extensa, com um grau elevado de intervenção em âmbito social e econômico. Diante das necessidades sociais, aumenta-se a atuação administrativa e conseqüentemente o exercício da discricionariedade. O problema é que nem sempre a atuação da administração está de acordo com as reais necessidades sociais, gerando conflitos que não raramente são discutidos no Judiciário. Conforme ensina Marques Neto:

a multiplicação de demandas sociais desatendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o Estado para, num contexto de escassez de recursos, terem expectativas seletivamente atendidas.⁴

Principalmente após a Revolução Francesa, com a análise dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensões (liberdade, igualdade e fraternidade), após observarem que a liberdade absoluta gera uma desigualdade ainda maior, a Administração passou a atuar de forma cada vez mais ativa para suprir as necessidades sociais, bem como equilibrar os conflitos de interesses, visando alcançar a igualdade material, essa conduta foi ainda mais fomentada com a Constituição de 1988 em seu artigo 5º que trata dos direitos e garantias fundamentais⁵.

O legislador, sabendo da impossibilidade de prever todas as mazelas sociais, opta por criar conceitos jurídicos indeterminados e com isso dar maior liberdade para o administrador.

Entretanto, quanto maior a atuação da Administração Pública, maior a liberdade de atuação nos moldes do poder discricionário, o que acaba por gerar um desequilíbrio, pois se a lei não é capaz de enumerar todos os acontecimentos, o administrador atua de acordo com aquilo que acha oportuno e conveniente, mas não necessariamente é o que realmente a administração deveria estar gastando seus esforços e insumos. Aliado a isso, há no Brasil um problema de falta de representatividade de certas classes, o que potencializa a marginalização

⁴ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 116-117.

⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2021.

quanto ao enfrentamento de certos temas, pois tanto o Legislador quanto a administração não tratam certos temas como pontos relevantes em suas políticas.

Os conflitos gerados entre a atuação da Administração, pautada na supremacia do interesse público sobre o privado, e os anseios e expectativas da sociedade com relação a atuação da poder público, geram conflitos que são levados a serem discutidos no judiciário.

Dessa forma, surge a discussão da possibilidade entre o controle de mérito por parte do Poder Judiciário ou caberia apenas um controle de legalidade, visto que o controle de mérito configuraria violação à separação dos poderes.

Para Carvalho Filho⁶ cabe ao Poder Judiciário, em sua função típica, a função jurisdicional, avaliando apenas aspectos quanto a legalidade do ato, não podendo avaliar a função administrativa que decorre da própria lei.

Por outro lado, de acordo com Di Pietro⁷: “[...] após a Constituição de 1988, a doutrina e a jurisprudência têm se insurgido contra a ideia de insindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário.”

Como visto, o tema é controvertido, entretanto, a ideia de impossibilidade de análise do mérito por parte do Poder Judiciário parece desarrazoável, isto porque a administração pode realizar um ato administrativo dotado de legalidade, entretanto este ato não corresponde a real necessidade da coletividade. Dessa forma, o Judiciário, em verdadeiro ativismo judicial, atua para que o real problema seja enfrentado.

Ademais, diante das maiores margens da discricionariedade nos dias atuais, houve também uma ampliação no conceito de legalidade, com isso o administrador começou a atuar de forma mais livre, além da lei formal. Tal atuação, acaba por gerar a impressão de arbitrariedade, gerando uma reação social que acaba sendo discutida no Judiciário.⁸ Assim, a possibilidade de controle do Poder judiciário apenas quanto a legalidade do ato estaria prejudicado, pois ampliar o conceito de legalidade foi uma necessidade dos tempo atuais e não gera qualquer ilegalidade.

⁶ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 185.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 489.

⁸ AUGUSTO PEREZ, Marcos. *O controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. 2018. 359 f. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

2. O CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO DIANTE DA IMUNIDADE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

O Brasil adota o sistema jurídico do *Civil Law* tendo por característica a codificação do Direito, sendo cada assunto tratado em um código. Além disso, a Constituição Federal de 1988 é qualificada como rígida, tendo vários requisitos constitucionais a serem seguidos para a aprovação de uma emenda constitucional. Ademais, Leis ordinárias e Complementares devem seguir determinado rito legislativo.

Com a constante evolução social e a dificuldade das leis acompanharem a sociedade, o Estado teve que se moldar para evitar que as normas ficassem ultrapassadas. Diante disso, a Administração pública passou a ter certa discricionariedade para atuar de acordo com a oportunidade e conveniência, tendo uma forma mais célere de suprir certas necessidades em uma sociedade. Entretanto, atuar com base na oportunidade e conveniência não exime da Administração a observância da Lei, trata-se de uma liberdade controlada por parâmetros legais.

Quando o administrador atua sem observar as normas legais, resta evidente que o controle jurisdicional pode atuar para anular os atos eivados de vício. O problema ocorre quando a discussão é sobre o mérito do ato administrativo. É possível controle jurisdicional sobre mérito do ato administrativo quando o ato em si não está eivado de vício?

Como diz José dos Santos Carvalho Filho⁹, “o Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo”. A teoria adotada para quem defende essa vedação é a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário, ou seja, a Administração Pública ao tomar uma decisão administrativa diante da oportunidade e conveniência, estaria vedada a revisão jurisdicional, pois caso contrário o judiciário estaria violando a atuação do poder executivo.

A teoria da imunidade do mérito é defendida pela doutrina clássica, além disso, o STJ¹⁰ já se manifestou sobre o tema no qual defendeu a impossibilidade do Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo. O Supremo Tribunal Federal corroborou com essa

⁹ CARVALHO FILHO, op. cit., p. 185.

¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *ROMS n° 1288/91-SP*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/196384349/djpa-25-06-2018-pg-1373>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

posição no Habeas Corpus nº 73.940¹¹. Entretanto, doutrina moderna vem defendendo uma mudança de entendimento, Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹² afirma que algumas teorias têm sido elaboradas para possibilitar a apreciação do Poder judiciário sobre mérito do ato administrativo discricionário, como a teoria relativa ao desvio de poder e a teoria dos motivos determinantes, o intuito desse movimento é controlar atuações imprecisas do legislador ao designar o motivo e a finalidade do ato.

O legislador, quando utiliza conceitos legais indeterminados, nem sempre existe discricionariedade, pois as vezes pode haver elementos objetivos nesses conceitos que permitam sua delimitação, em casos assim não retrata uma discricionariedade. Ocorre que para chegar em tal análise só é possível quando se analisa o mérito do ato discricionário.

Ademais, outra justificativa para a análise de mérito do ato administrativo decorre quando, mesmo a administração atuando no limites da oportunidade e conveniência, há uma melhor opção para concentrar os esforços da Administração. As necessidades sociais são as maiores e mais complexas possíveis, entretanto, os recursos são escassos, devendo ser utilizado da melhor maneira possível, uma escolha equivocada daria ensejo a um controle jurisdicional para evitar que prejuízo maior ocorra.

Diante das controvérsias que foram surgindo ao longo do tempo, diversas demandas surgiram para que o poder judiciário decida a questão. A função típica do poder judiciário é julgar, analisar o mérito de um ato realizado pela Administração Pública poderia configurar violação à separação dos poderes.

Entretanto, o Poder Judiciário, ao contrário do Poder Executivo e do Poder Legislativo, tem como característica o fato de seus membros não serem eleitos por votação popular. Dessa forma, as decisões tomadas são de cunho técnico, legal, não há juízo de valores ou a busca de defender interesses alheios.

O Poder Judiciário exerce, como ensina Luís Roberto Barroso¹³, um papel contramajoritário, ou seja, a revisão judicial da vontade do povo emanada pelo legislativo, dessa forma, a última palavra seria do poder judiciário. Entretanto, esse papel contramajoritário é de suma importância, pois protege direitos fundamentais, protege as regras do jogo democrático. Dessa forma, um ato discricionário eivado de vício pode e deve sofrer controle jurisdicional.

¹¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 73.940*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21048885/habeas-corpus-hc-207071-df-2011-0112632-0-stj>. Acesso em: 11 abr. 2021.

¹² DI PIETRO, op. cit., p. 493.

¹³ BARROSO apud LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 124.

De modo diverso, algumas vezes o poder judiciário desempenha um papel representativo da sociedade, justificando o controle jurisdicional sobre o mérito de atos discricionários. Como diz Pedro Lenza¹⁴:

muito embora os juízes não sejam eleitos pelo povo, em algumas situações, a decisão da Corte estará muito mais na linha da vontade popular do que a lei ou ato normativo editado pelo Parlamento, que, como se sabe, representa a vontade popular. Ou seja, as escolhas políticas realizadas pelo Parlamento nem sempre coincidirão com o sentimento da maioria [...].

Diante do exposto, é possível perceber que quando ocorre um controle jurisdicional sobre mérito do ato administrativo, não há necessariamente uma violação à separação dos poderes, sendo uma ideia de efetividade da constituição, o que se denominou de ativismo judicial.

O ativismo judicial tem relação com a judicialização das relações sociais, econômicas e políticas. A interpretação das normas ocorre de maneira expansiva, para garantir o próprio funcionamento da sociedade. Dessa forma, a Administração público deve seguir condutas ou se abster de certa coisa para efetivar as políticas públicas que envolvam direitos fundamentais.¹⁵

O controle jurisdicional deve ser proporcional, razoável, o que se busca é a efetivação dos direitos fundamentais, é a busca do equilíbrio social. Por isso, é de suma importância haver controle nos atos administrativos, mas sempre de forma responsável.

O movimento do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, principalmente com relação ao mérito desses atos, tornou-se uma necessidade e um movimento do ordenamento jurídico, aqui não se trata de interferência das normas, pelo contrário, é a essência da harmonia entre os poderes, como trata o artigo 2^a da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁶, pois com um avanço de atuação por parte da administração, foi necessário um movimento jurisdicional de controle dessa atuação, para que não ocorram ilegalidades de atos. Para isso, doutrina e Poder Judiciário começaram um movimento de super a teoria que era utilizada para o controle de atos discricionário e começaram a estudar novos métodos.

¹⁴Ibidem, p. 131.

¹⁵ SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo Judicial: para quem e por quê?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>> . Acesso em: 14 mar. 2021.

¹⁶ BRASIL, op. cit., nota 5.

3. MÉTODOS PARA CONTROLAR A DISCRICIONARIEDADE, A PONDERAÇÃO ENTRE OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE E O SEU CONTROLE

Com o avanço das necessidades da sociedade e os questionamentos aos limites do controle jurisdicional de mérito do ato administrativo, maiores foram as demandas nas quais o Poder Judiciário teve que enfrentar tais questões. Com isso, novos métodos de controle da discricionariedade foram adotados.

O Poder Judiciário tem como função típica julgar demandas quando for provocado. Entretanto, precisa ir além, é necessário dirimir conflitos buscando a verdade processual. Em um processo de evolução, o Judiciário começou a observar que certas questões, mesmo não sendo de sua função típica, deveriam ser enfrentadas pelo controle jurisdicional, sendo o controle do mérito do ato administrativo um exemplo dessa problemática.

Para ir além de simplesmente julgar sem interferir nos demais poderes, o judiciário atua, por exemplo, em casos de inércia do Estado ou alguma irregularidade quando instado a se manifestar.

Tradicionalmente, não havia controle jurisdicional de mérito sobre atos discricionários da Administração Pública. Entretanto, com a Carta Magna de 1988 e aumento de questionamentos em âmbito jurídico quanto a legalidade do ato, doutrina moderna começou a analisar a possibilidade de se fazer um controle.

Apesar do movimento para admitir um controle sobre o mérito do ato administrativo por parte do Poder Judiciário, foi necessário um avanço quanto aos métodos utilizados, surgindo assim novos métodos de controle. Além disso, como dito anteriormente, verificou-se um movimento chamado ativismo judicial. A conjuntura da necessidade de controle mais profundo sobre os atos administrativos, com o movimento do judiciário em ir além de apenas julgar, de ser mais proativo quanto aos conflitos sociais, trouxeram uma nova perspectiva em relação ao controle dos atos da administração.

Vale destacar que a adoção de novos métodos são necessários para não ocorrer um controle jurisdicional falho, omissivo, como ocorre quando se adota a teoria da imunidade do mérito do ato discricionário. É necessário a efetivação da Constituição Federal de 1988.

Como diz Barroso¹⁷:

[...] o pós-positivismo identifica um conjunto de ideias difusas que ultrapassam o legalismo estrito do positivismo normativista, sem recorrer às categorias da razão subjetiva do jusnaturalismo. Sua marca é a ascensão dos valores, o reconhecimento

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p.47.

da normatividade dos princípios e a essencialidade dos direitos fundamentais. Com ele, a discussão da ética volta ao Direito. O pluralismo político e jurídico, a nova hermenêutica e ponderação de interesses são componentes dessa reelaboração teórica, filosófica e prática que fez a travessia de um milênio para o outro.

Dessa forma, adotando uma interpretação hermenêutica do ordenamento jurídico, levando em consideração o Neoconstitucionalismo, a atuação do Estado deve levar em conta todas as necessidades da sociedade, além disso, devem ser priorizados direitos fundamentais, sempre observando a normatividade dos princípios.

Com o Neoconstitucionalismo, a Administração passou a atuar de forma muito mais incisiva com base na oportunidade e conveniência, o que geram controvérsias e, conseqüentemente, um controle muito maior do judiciário, sendo desenvolvidas teorias para encontrar um equilíbrio nessas atuações.

Com mais ações questionando a discricionariedade e o exercício de suas funções, maior tem se tornado a ampliação de competências jurisdicionais de controle externo, gerando assim um outro problema a ser analisando. O controle da discricionariedade administrativa acaba por se dar mediante uma ampliação excessiva da discricionariedade do controlador. Troca-se, por vezes, a discricionariedade administrativa pela arbitrariedade do julgador.¹⁸

Com o aumento de atuação por parte da Administração Pública dada pela própria Constituição Federal de 1988 e em contra partida, como um mecanismo natural e também com base na Constituição, o aumento de controle jurisdicional por parte do Poder Judiciário, surgiu a preocupação para que não ocorresse conflitos entre os poderes, uma vez que é premissa do nosso ordenamento jurídico a relação harmônica entre os poderes.

Para evitar excessos tanto do uso da discricionariedade quanto da arbitrariedade do controle jurisdicional, foram se aperfeiçoando métodos de controle da discricionariedade, sendo analisadas teorias como: a imunidade do mérito do ato discricionário; a reserva de jurisdição sobre a discricionariedade técnica; a insustentabilidade da margem livre de apreciação, entre outros.

Di Pietro¹⁹ afirma que o magistrado deve analisar a discricionariedade diante do caso concreto, após essa interpretação, fará a valoração se a norma outorgou ou não diferentes opções à administração pública. Caso conclua que tal opção é válida e atende aos interesses públicos, o juiz não pode substituir tal decisão por sua própria opção.

¹⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. 2018. 359f. Tese de Livre-Docência (Departamento de Direito do Estado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

¹⁹ DI PIETRO, op. cit., p. 491.

Como diz Coutinho²⁰:

[...]seja porque os objetivos da política pública raramente são especificadas em minúcia pelo legislador, seja porque há caminhos alternativos e diferentes para alcançá-los, seja porque políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptações, ajustes e avaliações, é necessário, enfim, que administradores e gestores públicos passem contar com um arcabouço jurídico minimamente flexível.

Dessa forma, nem a atuação da administração pública é irrestrita, tampouco o controle jurisdicional é ilimitado, há uma ponderação de juízo, levando em conta a aplicação de direitos fundamentais e princípios constitucionais.

Diante dos fatos, surge a dúvida de qual o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa? Com a superação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário, não há distinções entre o objeto do controle jurisdicional dos atos vinculados e discricionário, incidindo sobre ambos ampla jurisdição. Assim, o objeto do controle pode ser definido como ato administrativo ilegal ou inválido e, por conseguinte, o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, o ato administrativo discricionário ilegal ou inválido.

Dessa forma, há uma importância de atuação do poder judiciário sem que haja interferência nos poderes, deve haver uma ponderação entre a oportunidade e conveniência do Estado com o controle jurisdicional, priorizando o interesse público diante do caso concreto.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa constatou, como problemática essencial, os limites do controle jurisdicional sobre o mérito do atos discricionários da Administração Pública. Sabe-se que o Poder Judiciário pode fazer o controle de legalidade do ato administrativo. Entretanto, há profundas discussões a respeito da possibilidade desse controle sobre o mérito do ato.

A sociedade está em constante desenvolvimento, o Poder Legislativo não consegue suprir todas as necessidades exigidas por essa evolução social, assim, para evitar um desequilíbrio, viu como opção dar ao Administrador certa liberdade para atuar de acordo com a oportunidade e conveniência. O embate está entre o limite de escolha da Administração Pública e o controle por parte do Poder judiciário.

Esta pesquisa visa demonstrar a controvérsia do tema. Para doutrina tradicional e ainda majoritária não há controle jurisdicional sobre méritos de atos administrativos

²⁰ COUTINHO, Diogo. *O direito nas Políticas Públicas*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013, p. 181.

discricionários, pois um eventual controle violaria a separação de poderes. Por outro lado, doutrina moderna, inclusive com decisões jurisprudenciais recentes vem sendo admitindo o controle do mérito com base nos princípios constitucionais e os direitos fundamentais, por meio de uma interpretação hermenêutica nas normas.

Superada a divergência entre o controle ou não por parte do Poder Judiciário sobre méritos dos atos administrativo, levando em conta um avanço doutrinário e jurisprudencial a respeito do tema, o segundo capítulo do trabalho enfrenta como deve ser a atuação jurisdicional ao ser provocado para dirimir tais conflitos.

Ao mesmo tempo em que os atos administrativos devem sofrer controle, não estando a mera liberalidade dos administradores. O Poder Judiciário deve atuar de forma imparcial, buscando, quando provocado, fazer valer a supremacia do interesse público sobre o privado.

O Judiciário é o único poder que não possui representantes eleitos e, dessa forma, atua de forma imparcial, com um papel de evitar que atos discricionários sejam tomados por conveniência política ou particular. Além disso, possui um papel contramajoritário, ou seja, de decidir, quando julgar pertinente, ao contrário do que a maioria espera.

Diante dessas funções definidas ao controle jurisdicional, resta evidente que o Judiciário não pode deixar de apreciar uma matéria apenas porque se trata de mérito de ato administrativo, há que se fazer uma análise levando em consideração princípios constitucionais e direitos fundamentais, sem falar que houve qualquer tipo de violação à separação dos poderes.

Para enfrentar a problemática e fazer o controle jurisdicional, houve ao longo dos anos uma evolução nos métodos de controle da discricionariedade, tentando buscar o equilíbrio entre esse controle e os limites da discricionariedade.

Ficou evidente, portanto, a necessidade de superar a posição tradicional aplicando à luz da Constituição uma limitação ao exercício do poder discricionário do poder Executivo, sendo esse controle de competência do judiciário. Além disso, sem violar a separação dos poderes, o judiciário deve, quando possível, atender aos interesses públicos, priorizando aquilo que é mais urgente à população, mas tal atuação ativa do Judiciário deve ocorrer apenas em caso de evidente omissão por parte da Administração pública.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO PEREZ, Marcos. *O controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa*. 2018. 359 f. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 13 out. 2020.

_____. *Lei 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm>. Acesso em: 20 out. 2020.

_____. *Lei 9.784*, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 17 fev. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *ROMS nº 1288*. Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha. Disponível em: < <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/196384349/djpa-25-06-2018-pg-1373>>. Acesso em: 11 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº 73.940*. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21048885/habeas-corpus-hc-207071-df-2011-0112632-0-stj>. Acesso em: 11 abr. 2021.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

COUTINHO, Diogo. *O direito nas Políticas Públicas*. São Paulo: Unesp; Rio de Janeiro: Fiocruz, 2013.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SALOMÃO, Luís Felipe. *Ativismo Judicial: para quem e por quê?*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/289426/ativismo-judicial--para-quem-e-por-que>>. Acesso em: 14 mar. 2021.