

Aula - Pós-Graduação - Ourinhos/SP - 22/02/2014 (sábado) - Roteiro de aula e informações básicas

Rafael de Lazari. Advogado e consultor jurídico (OAB/SP nº 296.538). Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre em Direito pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM. Professor convidado de Pós-Graduação. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia. Professor convidado de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Palestrante no Brasil e no exterior. Autor, organizador e participante de inúmeras obras jurídicas. E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

1 Tema da aula: “*Atos administrativos*”

2 Objetivos: A presente aula tenciona fomentar uma discussão pragmática a partir da construção doutrinária da teoria dos atos administrativos. Muito embora uma aula não seja suficiente para tratar de todas as nuances pertinentes aos aludidos atos - sequer este é o objetivo, aliás, de “*esgotamento*” propriamente dito -, objetiva-se, pincelando os principais temas doutrinários e jurisprudenciais, fornecer ao aluno o que de mais atualizado há em torno dos atos administrativos. Assim, desde o desdobramento do assunto a partir dos poderes da República e da Administração Pública, até questões como sua sanção ou estabilização, muitos outros temas merecerão a atenção dos colegas neste encontro.

3 Roteiro da aula

A) Noções introdutórias: a delicada relação entre os Poderes da República, seus controles internos e externos: todos os Poderes praticam atos administrativos, convém lembrar;

B) Sistemas de controle: o Contencioso Administrativo; a Jurisdição Única; a possibilidade de um Sistema Misto;

C) Poderes da Administração Pública: características, excessos, espécies;

D) Teoria geral dos atos administrativos: elementos, “silêncio administrativo”, “teoria dos motivos determinantes”, atributos, classificação e extinção;

E) O controle judicial dos atos administrativos (algumas hipóteses colhidas da doutrina e da jurisprudência):

- E.1) Atividade pública de caráter privado;
- E.2) Quando se discutir estado e capacidade de pessoas;
- E.3) Quando houver propriedade privada;
- E.4) Repressão a liberdades individuais;
- E.5) Se o ato extrapolar os limites da lei;
- E.6) Se o ato, embora dentro dos limites da lei, infrinja preceito constitucional geralmente ligado à proporcionalidade e à razoabilidade;
- E.7) Se o agente público atua com desvio de poder;
- E.8) Conceitos jurídicos indeterminados no tocante à zona de certeza positiva e zona de certeza negativa;
- E.9) Controle sobre elementos vinculados do ato discricionário: competência, forma e finalidade.
- E.10) Seria possível o controle dos elementos discricionários do ato discricionário?;
- E.11) É possível o controle judicial envolvendo políticas públicas?;
- F) “Teoria da estabilização dos efeitos do ato administrativo”;
- G) Atividade em grupo;
- H) Considerações finais

4 Bibliografia utilizada e/ou indicada

BRÜNING, Raulino Jacó. *O controle dos atos administrativos pelo Ministério Público*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. Salvador: JusPODIUM, 2011.

FAGUNDES, M. Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 6. ed. Niterói: Impetus, 2012.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel (org.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à Professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

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

NOHARA, Irene Patrícia. *Limites à razoabilidade nos atos administrativos*. São Paulo: Atlas, 2006.

POLTRONIERI, Renato. *Discrecionabilidade dos atos administrativos e ambiguidade da norma jurídica positiva*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Limites à invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

ZOCKUN, Carolina Zancaner. Alguns apontamentos sobre o desvio de poder *In*: MARINELA, Fernanda; BOLZAN, Fabrício. *Leituras complementares de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPODIUM, 2010. p. 91-112.

5 Material complementar (* o material complementar se encontra na página seguinte)

A AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Rafael José Nadim de LAZARI

Advogado e consultor jurídico. Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Mestre-bolsista (CAPES/PROSUP Modalidade 1) em Direito pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP - UNIVEM. Professor convidado de Pós-Graduação. Professor convidado da Escola Superior de Advocacia. Professor convidado de curso preparatório para concursos. Autor dos livros “Reserva do possível e mínimo existencial: a pretensão de eficácia da norma constitucional em face da realidade” (Ed. Juruá) e “Ensaio Escolhidos de Processo Civil” (Ed. Kiron). E-mail: prof.rafaeldelazari@hotmail.com

Francielly SCHMEISKE

Advogada licenciada. Estagiária de pós-graduação do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Aluna do Curso de Especialização de Direito do Estado das Faculdades Integradas de Ourinhos - FIO/FEMM.

Resumo: O presente ensaio visa abordar inicialmente aspectos relevantes do ato administrativo. Neste sentido, necessário se faz trazer à baila a definição doutrinária do ato administrativo, a sua classificação discricionária e vinculada, bem como algumas considerações sobre o mérito administrativo. Além disso, é imprescindível tratar de importante instrumento constitucional de controle do ato administrativo, a saber, a ação popular. Observa-se que este “*writ*” poderá ser utilizado exclusivamente pelo cidadão, com o escopo de proteger interesse geral, e, consequentemente, a coisa pública. Como prova disso, se trará caso emblemático da atualidade envolvendo a discussão em lume.

Palavras-chave: Ação popular. Controle populacional de atos administrativos. Controle jurisdicional de atos administrativos. Mérito do ato administrativo.

Sumário: 1 Considerações introdutórias: noções gerais sobre o ato administrativo; 2 Ação popular: um instrumento de participação política; 3 Controle do mérito do ato administrativo por meio de ação popular: o caso de um patrocínio de empresa estatal a entidades desportivas de futebol; 4 Linhas derradeiras; 5 Referências bibliográficas

1 Considerações introdutórias: noções gerais sobre o ato administrativo

O ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, os quais “[...] são qualquer manifestação unilateral humana voluntária que tenha finalidade imediata (direta) de produzir determinada alteração no mundo jurídico”¹. Diante dessa definição, é possível perceber que a Administração Pública exerce sua função executiva por meio de atos jurídicos, que se aperfeiçoam com a manifestação humana unilateral.

Segundo Hely Lopes Meirelles, o conceito de ato administrativo é essencialmente o mesmo do ato jurídico, diferenciando-se apenas com relação à finalidade do ato, sendo que o primeiro tem a finalidade pública².

Percebe-se, dessa forma, que a diferença substancial de ato administrativo e ato jurídico é que aquele é realizado no exercício da função administrativa, visando ao fim público.

¹ Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 427.

² Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152.

Anote-se, ainda, que Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o ato administrativo como “[...] a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário”³.

Marçal Justen Filho, por sua vez, expõe que o “[...] ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa”⁴.

Diante disso, pode-se concluir que o ato administrativo é a manifestação ou declaração de vontade do Estado, que a realiza nesta qualidade ou por intermédio de quem lhe faça às vezes, praticado no desempenho da função administrativa, capaz de produzir efeitos jurídicos, e que poderá se sujeitar ao controle pelo Poder Judiciário.

Deve ser acrescentado, ainda, que a manifestação do ato administrativo se forma pela ocorrência de dois aspectos, sendo um *externo*, que consiste na ação ou omissão do administrador, e o aspecto *interno*, volitivo, que consiste na causa da ação ou omissão⁵.

Outra questão que precisa ser abordada é que o ato administrativo não se confunde com fato administrativo, uma vez que este é decorrência daquele. Nessa vertente pode ser esclarecido que:

“Uma vez expressa a vontade da administração mediante a edição de um (ou mais) ato administrativo (manifestação dotada de conteúdo jurídico), surge como consequência um fato administrativo (a implementação do ato)”⁶.

Além dessas noções básicas do ato administrativo, há também outros atributos, elementos, requisitos e classificações inerentes ao ato.

Entretanto, este ensaio visa analisar o ato especificamente quanto ao seu regramento ou à atuação vinculada ou discricionária da Administração Pública.

A primeira questão a ser pontuada acerca dessa classificação do ato administrativo é que a atuação do administrador tem relação direta com o princípio da legalidade imposto pelo art. 37, *caput*, da Constituição Federal, o qual determina que a atuação da Administração Pública deverá observar as disposições expressas na lei. Vale dizer: ao contrário do particular, o agente público somente poderá atuar conforme a determinação expressa da lei.

Nesse sentido pode-se afirmar que “[...] os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade”⁷.

Não se pode deixar de mencionar que a atuação vinculada ou discricionária do administrador se relaciona diretamente com os requisitos do ato administrativo - competência, finalidade, forma, motivo e objetivo -, mais especificamente com o motivo e objeto do ato.

³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 198.

⁴ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 343.

⁵ Marçal Justen Filho. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 343.

⁶ Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 431.

⁷ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 213.

Com relação ao motivo do ato administrativo, deve ser destacado que:

“O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração”⁸.

Assim, quando a lei prevê a forma de atuação da administração pública, estabelecendo uma única solução aplicável diante da situação em concreto, sem deixar margem de escolha para a atuação, diz-se que o ato é vinculado.

Sobre o ato vinculado, Maria Sylvia Zanella Di Pietro menciona que:

“[...] neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma. Por isso mesmo se diz que, diante de um poder vinculado, o particular tem um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”⁹.

Por outro lado, quando há margem de liberdade para o agente público atuar, podendo escolher uma dentre as possíveis soluções legais aplicável ao caso concreto, o ato será denominado discricionário.

Mais uma vez, oportunas as palavras de Di Pietro:

“[...] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”¹⁰.

Assim, o agente público deverá adotar critérios de conveniência e oportunidade para a prática do ato discricionário.

Em que pese esta afirmação, deve ser pontuado que mesmo diante de uma atuação discricionária, onde a administração possui margem de decisão, a sua atuação deve seguir os parâmetros estabelecidos em lei, não ultrapassando os limites ali predeterminados, sob pena de incorrer em atuação arbitrária, graças à caracterização de abuso de poder.

Sobre esta afirmativa anote-se que:

“[...] o fim legal é o que vem expresso ou subentendido na lei. E, na realidade, assim é. A lei administrativa é sempre finalística: almeja um objetivo a ser atingido pela Administração, através de ato ou atos jurídicos que constituem meios para a consecução de tais fins. A atividade do administrador público - vinculada ou discricionária - há de estar sempre dirigida para o fim legal,

⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 156.

⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 214.

¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 214.

que, em última análise, colima o bem comum. Discrecionários, portanto, só podem ser os meios e modos de administrar; nunca os fins a atingir”¹¹.

Já com relação ao objeto do ato administrativo, Hely Lopes Meirelles faz a seguinte consideração:

O objeto, nos atos discrecionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério da Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo por uma simples mudança de juízo subjetivo - do administrador pelo do juiz - sem qualquer fundamento em lei¹².

Por essa razão, vale mencionar mais uma vez que a atuação vinculada ou discrecionária do administrador *tem especial relação com o motivo e objeto do ato, sendo que o motivo se refere ao juízo de conveniência e oportunidade e o objeto com o conteúdo do ato*.

Outra análise que cabe fazer é com relação ao mérito do ato administrativo.

Em primeiro lugar deve ser mencionado que, conforme aborda Hely Lopes Meirelles, é difícil traçar a conceituação exata de mérito:

“O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que “o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discrecionária”¹³.

Diante desse ensinamento, aponta-se que não há se falar em “mérito” propriamente dito do ato administrativo vinculado, uma vez que todos os seus elementos encontram-se definidos em lei, não cabendo margem de escolha para o administrador.

Assinale, portanto, que o mérito do ato administrativo tem relação, *essencial e teologicamente*, com os atos discrecionários, com os elementos que permitem a liberalidade do administrador, ou seja, motivo e objeto, como visto anteriormente.

Conclui-se, dessa forma, que o mérito administrativo é o poder de escolha do administrador, que atua de acordo com a conveniência e oportunidade para praticar atos administrativos discrecionários, devendo respeitar as disposições legais que estabelecem as possibilidades para a prática do ato.

2 Ação popular: um instrumento de participação política

¹¹ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 172-173.

¹² Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 157.

¹³ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 158.

A título histórico, cumpre anotar que a ação popular possui raízes no direito romano¹⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro, a ação popular foi inicialmente prevista na Carta de 1824. Contudo, naquela ocasião a ação popular não servia de instrumento de participação política, mas sim como ação *penal* popular, que incidia na hipótese de suborno, peita, peculato ou concussão.

Já na Constituição Federal vigente, a ação popular possui característica de *participação política*, e está prevista no art. 5º, LXXIII, o qual assevera que:

“Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Importante anotar que, antes mesmo do Diploma Fundamental de 1988, a ação popular já havia sido consagrada em 1965, pela Lei nº 4.717, com amparo na Constituição de 1946, uma sabida Lei Maior vanguardista e ampliadora de direitos.

Isto posto, na definição de José Afonso da Silva, a ação popular:

“Trata-se de um remédio constitucional pelo qual qualquer cidadão fica investido de legitimidade para o exercício de um poder de natureza essencialmente política, e constitui manifestação direta da soberania popular consubstanciada no art. 1º, parágrafo único, da Constituição: todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes eleitos ou diretamente. Sob esse aspecto é uma garantia constitucional política. Revela-se como uma forma de participação do cidadão na vida pública, no exercício de uma função que lhe pertence primariamente. Ela dá a oportunidade de o cidadão exercer diretamente a função fiscalizadora, que, por regra, é feita por meio de seus representantes nas Casas Legislativas”¹⁵.

Percebe-se, diante dessa definição, que a ação popular é *tutela de interesse coletivo para a proteção da coisa pública, não servindo para amparar interesse particular e pessoal*.

Ressalte-se, dessa forma, que tal “*writ*” é uma ação constitucional que serve de instrumento de controle de atos ou contratos administrativo, que poderá ser utilizada somente pelo cidadão, de forma preventiva ou repressiva.

Neste sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino ponderam que “[...] somente a pessoa natural possuidora de título de eleitor, no gozo da chamada capacidade eleitoral ativa, poderá propor ação popular”¹⁶. Aliás, o gozo do título de eleitor - ou documento equivalente - é o que obsta a legitimidade ativa da pessoa jurídica, entendimento consagrado na Súmula nº 365, do Supremo Tribunal Federal.

Ato contínuo, Michel Temer expõe que:

¹⁴ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 462.

¹⁵ José Afonso da Silva. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 463.

¹⁶ Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 240.

“Com efeito, o constituinte não se cingiu à fiscalização por meio de representantes populares. Quis que fosse exercida, também, singularmente, por cidadão brasileiro. Isto para que os titulares da coisa pública possam, individualmente protegê-la contra ato que a lesionem. A Constituição erige cada um dos cidadãos brasileiros em defensor do patrimônio público”¹⁷.

Frente a essas exposições, nota-se que a ação popular será utilizada pelo cidadão, visando controlar os atos e contratos praticados pela administração, lesivos ao patrimônio, ao meio ambiente, entre outros. *A finalidade, dessa forma, é proteger a coisa pública.*

Cumprе anotar, neste ponto, que este instrumento de controle é extensivo a todos que praticam atos administrativos. Assim, afirma Hely Lopes Meirelles:

“Além das autoridades públicas propriamente ditas, podem os dirigentes de autarquias e das fundações, os administradores de empresas estatais e os executores de serviços delegados praticar atos que, por sua afetação pública, se equiparam aos atos administrativos típicos, tornando-se passíveis de controle judicial por mandado de segurança e ação popular, tais sejam as lesões que venham a produzir”¹⁸.

Diante disso, a ação popular poderá levar à apreciação da função judicial, os atos mencionados na primeira parte desse estudo. Assim, por intermédio da provocação do particular interessado em inibir, prevenir ou reparar a lesão, o magistrado poderá anular o ato viciado.

3 Controle do mérito do ato administrativo por meio da ação popular: o caso de um patrocínio de empresa estatal a entidades desportivas de futebol

Hodiernamente, há muita divergência doutrinária com relação à possibilidade de análise do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, para um melhor entendimento da matéria, importante pontuar que as principais discussões sobre a análise de mérito recaem sobre o ato administrativo discricionário, o qual, como já analisado acima, possui uma ponderação quanto à conveniência e oportunidade para sua realização, ou seja, o administrador encontra na legislação mais de uma solução aplicável ao caso concreto.

Sobre o ato vinculado, não há se debruçar com afinco, neste estudo, na possibilidade - mais ululante, é claro - de análise do mérito pelo Poder Judiciário, uma vez que esses atos são pautados pela lei, não existindo, dessa forma, juízo de conveniência e oportunidade para a prática do ato.

Diante disso, resta evidente que o presente estudo visa analisar especificamente o ato administrativo discricionário.

Superada essas considerações, cumpre analisar os posicionamentos e argumentos adotados pelos doutrinadores com relação a temática aqui proposta.

Hely Lopes Meirelles menciona que:

¹⁷ Michel Temer. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 211.

¹⁸ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 152.

“Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação. [...] No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder”¹⁹.

Sobre o controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, ao tratarem do tema, afirmam que há casos em que o legislador permite uma margem de escolha pelo administrador, que deverá praticar o ato de acordo com a conveniência e oportunidade. Isso ocorre em razão de considerar, o legislador, que o agente público possui melhores condições de escolher o ato mais adequado diante do caso concreto²⁰.

Considerando esta prerrogativa conferida pelo Poder Legislativo, os autores mencionam que:

“Esse é o motivo pelo qual não se admite a aferição do mérito administrativo pelo Poder Judiciário. Seria contrário ao interesse público facultar sempre ao juiz, órgão voltado à atividade jurisdicional, distante das necessidades e da realidade administrativas, substituir, pela sua, a ótica do administrador, que vive aquela realidade no dia a dia. Com efeito, se fosse dado ao juiz modificar a valoração de oportunidade e conveniência administrativas realizada pelo administrador na prática de atos discricionários de sua competência, estaria o juiz simplesmente substituindo o administrador no exercício dessa atividade discricionária”²¹.

Ainda conforme os ensinamentos dos autores, deve-se trazer à baila que:

“Não se deve, todavia, confundir a vedação a que o Judiciário aprecie o mérito administrativo com a possibilidade de aferição judicial da legalidade ou legitimidade dos atos discricionários. São coisas completamente distintas. [...] controle de mérito é sempre controle de oportunidade e conveniência; portanto, controle de mérito resulta na revogação ou não do ato, nunca em sua anulação; o Poder Judiciário, no exercício de função jurisdicional, não revoga atos administrativos, somente os anula, se houver ilegalidade ou ilegitimidade”²².

Diante disso, é possível perceber que, para estes doutrinadores, somente compete ao juiz, quando provocado pela parte interessada, o controle da legalidade e legitimidade de um ato discricionário. Jamais caberá ao magistrado a análise do mérito administrativo, que resultará a apreciação da conveniência e oportunidade, e consequentemente a revogação ou não do ato.

Neste mesmo sentido, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça:

¹⁹ Hely Lopes Meirelles. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 158.

²⁰ Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 469.

²¹ Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 469.

²² Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. *Direito constitucional descomplicado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 470.

“O controle jurisdicional dos atos administrativos abrange, então, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle de legalidade stricto sensu) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios constitucionalmente expressos (controle da legalidade lato sensu), ressalvado o exame do mérito da atividade administrativa, que envolve a análise de oportunidade e conveniência do ato. A Carta Magna, no seu art. 37, cobra dos Administradores Públicos um comportamento ético, perfilado com o interesse público e dentro dos parâmetros legais”²³.

Sobre a temática, Michel Temer expõe seu posicionamento ao tratar de mandado de segurança. Nessa ocasião o autor afirma que o mandado de segurança é utilizado contra atos ilegais ou praticados com abuso de poder. Assim, o autor menciona que:

“Portanto, tanto os atos vinculados quanto os atos discricionários são atacáveis por mandado de segurança, porque a Constituição Federal e a lei ordinária, ao aludirem a ilegalidade, estão se reportando ao ato vinculado, e ao se referirem a abuso de poder estão se reportando ao ato discricionário. Não se trata do exame do mérito do ato discricionário. Este é da competência exclusiva do administrador. Trata-se de verificar se ocorreram os pressupostos autorizadores da edição do ato discricionário. É lícito ao Judiciário penetrar nessa questão. Assim não fosse, nem a Constituição, nem a lei ordinária, falariam em ilegalidade e abuso de poder”²⁴.

Diante disso, há se dizer que atualmente é predominante o entendimento de que o mérito do ato administrativo discricionário guarda auras de “intocabilidade”, em razão de ser praticado pautado em juízo de conveniência e oportunidade.

Contudo, esse posicionamento merece ressalvas, pelas razões a seguir explanadas.

A primeira consideração a ser feita é que o Poder Judiciário é o Guardião da Constituição Federal (art. 102, *caput*, CF), devendo, portanto, fazer prevalecer suas disposições, mesmo diante de ato administrativo discricionário.

Ao tratar do tema, mais especificamente do argumento de que a análise do mérito do ato administrativo afrontaria o princípio da separação de Poderes, Mauro Roberto Gomes de Mattos expõe que:

“[...] quando o Poder Judiciário controla os Poderes Executivo e Legislativo, ele também não invade o princípio da separação dos poderes, visto que a Constituição promoveu a divisão de funções dos poderes para humanizar mais o direito público, voltado para as garantias dos direitos fundamentais da sociedade”²⁵.

²³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1103633/MG*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ato+administrativo+vinculado+discrion%E1rio+m%E9rito&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 4 de setembro de 2012, p. 1.

²⁴ Michel Temer. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 187.

²⁵ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via: < http://www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br_constitucionalizacaoadministrativo.pdf >. Acesso em 10 de outubro de 2012, p. 18.

Assim, se um ato administrativo discricionário afronta o conjunto normativo expresso ou implícito no Texto Maior, o Poder Judiciário deverá determinar a observância das normas, ainda que para isso deva analisar o mérito do ato praticado pela administração. Veja-se:

“Portanto, não há intromissão indevida de um poder sobre o outro, quando o Judiciário intervém para assegurar os princípios constitucionais, mesmo que o ato seja grafado como discricionário e que haja a necessidade de análise de mérito, pois o regime democrático exige tal conduta. A escolha discricionária não é indiferente ao Direito. O ideal do Estado não é o extermínio da discricionariedade, mas a sua juridicidade, entendida como modo de realização do Direito”²⁶.

Mauro Roberto Gomes de Mattos ainda expõe que:

“Como todos os poderes públicos estão obrigados a respeitar os princípios e as normas constitucionais, qualquer lesão ou ameaça outorga ao lesado a possibilidade do ingresso ao Poder Judiciário, que, instado a se pronunciar, possui a indelegável missão de manter a unidade da constituição, mesmo que ele tenha que adentrar o controle do mérito do ato administrativo discricionário”²⁷.

Diante dessas pontuações, o presente estudo visa defender a possibilidade de intervenção do Judiciário sobre o mérito administrativo, sobretudo por meio do instrumento constitucional de controle do ato administrativo aqui estudado: a ação popular.

Como visto acima, a ação popular é meio utilizado por qualquer cidadão, a fim de anular ato lesivo, seja vinculado ou discricionário.

Isso se afirma, uma vez que mesmo o ato praticado com discricionariedade não pode servir de fundamento para afastar a apreciação do Poder Judiciário, por se pautar em juízo de conveniência e oportunidade. Vale dizer: o ato discricionário não possui uma liberdade incondicionada e impenetrável, tendo em vista encontrar na Constituição Federal um limitador natural e soberanamente imposto.

Como abordado no primeiro tópico, o ato discricionário possibilita ao administrador uma margem de atuação para a sua prática, tendo em vista que a lei prevê mais de uma opção aplicável ao caso concreto.

Assim sendo, se, dentro dessa margem de liberdade, a escolha feita pelo administrador é inadequada no caso concreto, sendo mais ideal, para os administrados, a prática do ato de maneira diversa, caberá ao Judiciário a análise do mérito, e a consequente anulação do ato discricionário.

²⁶ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via: < http://www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br_constitucionalizacaoadministrativo.pdf >. Acesso em 10 de outubro de 2012, p. 19.

²⁷ MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via: < http://www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br_constitucionalizacaoadministrativo.pdf >. Acesso em 10 de outubro de 2012, p. 20.

Ressalte-se que esses conceitos subjetivos, de escolha adequada e ideal, devem ser verificados *de acordo com a conduta que deveria adotar o homem médio*. Esta verificação, por sua vez, se dará no bojo da ação judicial, intentada pelo indivíduo lesado ou em vias de lesão.

Nota-se, também, que as afirmativas acima não se referem a vícios de legalidade ou legitimidade. Ou seja, mesmo o ato legal e legítimo, poderá ser apreciado e anulado pelo Poder Judiciário.

Isso decorre da assertiva de que mesmo o ato praticado com conveniência e oportunidade deve seguir as regras e princípios constitucionais, bem como todo o conjunto normativo brasileiro, sendo que a discricionariedade não possui o condão de afastar do Poder Judiciário a possibilidade de constatar se houve lesão ou sua mera ameaça com a prática do ato (art. 5º, XXXV, CF).

Além disso, a atuação discricionária tem a finalidade de possibilitar ao administrador a escolha pela melhor opção no caso concreto. Diante disso, se for verificado que os motivos (conveniência e oportunidade) do ato visaram fins inadequados, o Poder Judiciário, por força do mecanismo de freios e contrapesos (“*checks and balances*”), deverá intervir, ainda que para isso deva adentrar ao mérito do ato administrativo.

Assim, o cidadão poderá levar à apreciação do Poder Judiciário o ato lesivo, seja vinculado ou, com mais razão, discricionário. Neste momento, incumbirá ao magistrado, pela inafastabilidade que a Constituição lhe impõe, analisar o mérito do ato administrativo discricionário, para verificar a alegada lesão decorrente do ato.

Assim, caso não sejam observados os princípios e as regras constitucionais, cabe ao Poder Judiciário fiscalizar e assegurar a supremacia da Constituição Federal, não devendo, neste caso, prevalecer qualquer alegação de intromissão jurisdicional nas demais esferas dos Poderes.

Isto porque, em que pese ser o ato administrativo discricionário praticado de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade, essa atuação deve se pautar pelos princípios e regras constitucionais.

A discussão ganha contornos mais nobres em considerando a iniciativa de quem almeja promover este controle: o *cidadão*, essência mais sublime de todas as tratativas promovidas pelo administrador público enquanto gestor de políticas públicas e econômicas.

Dá-se como exemplo o recente caso de cidadão - advogado - sul-rio-grandense que manejou ações populares questionando o patrocínio esportivo de empresa pública do setor predominante bancário e de finanças a entidades desportivas de futebol, pessoas jurídicas de direito privado, em valores vultosos²⁸.

²⁸ Se está falando dos patrocínios da Caixa Econômica Federal ao “*Sport Club Corinthians Paulista*”, no valor declarado de cerca de trinta milhões de reais, e ao carioca “*Clube de Regatas Flamengo*”, no valor declarado de cerca de vinte e cinco milhões de reais. Sem prejuízo das equipes paulista e carioca, a CEF patrocina outros clubes como o “*Avai Futebol Clube*” e o “*Figueirense Futebol Clube*”, ambos de Santa Catarina, e o “*Clube Atlético Paranaense*”, do Paraná.

Segundo alegou aquela entidade, o gasto e seu valor seriam de livre escolha de gestão, porquanto destinados à publicidade estatal, motivo, inclusive, que nortearia não apenas o patrocínio vultoso àqueles clubes de primeira e segunda maior torcida do país como outros patrocínios a equipes ditas “menores”, como, por fim, futuros patrocínios com outras equipes que estariam sendo engatilhados à época do manejo do “*writ*” constitucional assegurado no quinto artigo, inciso LXXIII, da Lei Fundamental pátria.

Consoante as razões expostas pelo polo ativo da ação popular, o gasto em publicidade deve ter mero caráter informador e educativo, algo totalmente inconcebível para sua utilização em clubes de futebol que, atualmente, já têm as maiores receitas do país no setor futebolístico. É dizer: seu contingente de torcedores e sua exposição de mídia não seriam fatores, *per si*, a ensejar o direcionamento de verba estatal.

Nada obstante o posicionamento definitivo a ser tomado pelos tribunais pátrios - à época da elaboração deste estudo havia liminar favorável ao requerente em um dos casos, portanto apreciadora de um mérito provisório e precário -, isso não é o principal fator a ser tomado de lição no exemplo que se colaciona. *O que se chama a atenção, isso sim, é para o fato de que cidadão utilizou-se de ação popular para controlar mérito de ato administrativo discricionário, aparentemente desprovido de ideologias perniciosas, e o Poder Judiciário, em caráter inafastável - como há de ser -, não só admitiu a peleja como chegou a dar parecer favorável ao requerente.*

Diante disso, nota-se que a conveniência e oportunidade, ou seja, a liberdade do administrador público, está limitada pelas normas constitucionais. Verifica-se, pois, que a liberdade de escolha do administrador não é total e ilimitada.

4 Linhas derradeiras

A proposta aqui trazida teve o condão de analisar a possibilidade de intervenção judicial no mérito administrativo, por meio da provocação do cidadão, que se dará por intermédio da ação popular.

Num primeiro momento foram feitas considerações sobre o ato administrativo, abordando sua origem, definição e a classificação quanto à atuação regada do administrador. Foi possível observar que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico, sendo que a definição de ambos só se altera com relação à finalidade do ato, haja vista ter o ato administrativo fim público.

Já com relação à atuação do administrador, notou-se que esta poderá ser vinculada ou discricionária, dependendo da liberdade ou não que o agente público tem para praticar o ato. Verificou-se, neste prumo, que o ato discricionário permite um juízo de conveniência e oportunidade para a prática do ato, que caracteriza o mérito administrativo.

Dessa forma, um dos argumentos utilizados pela doutrina para inibir o controle judicial do mérito administrativo, é que a análise da conveniência e oportunidade somente poderá ser feita pela

Administração Pública, pois sua consequência será a revogação ou não do ato, o que não compete ao Poder Judiciário.

Entretanto, em que pese a margem de liberdade que o administrador público possui, este deverá observar os princípios e regras da Constituição pátria. Ou seja, o mérito do ato administrativo discricionário não é ilimitado e não possui liberdade total. Se trouxe, como comprovação, um atualíssimo caso de patrocínios de empresa estatal a clubes do futebol no país que estão sendo combatido por meio de ações populares.

Assim, cabe ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, devendo fazer prevalecer a supremacia de suas normas, ainda que para isso deva analisar o mérito do ato administrativo. Se a provocação partir do cidadão, por meio de ação popular, maior razão ainda deve assistir a tal entendimento, haja vista ser o cidadão “*um fim*”, e não “um meio”, quando se está a falar de gestão da coisa pública.

Se a ação popular merece atualização - e, particularmente, há se acenar que sim, afinal se trata de diploma do longínquo ano de 1965 -, isso já é outra discussão. Que isso não obste, entretanto, sua utilização maximizada.

5 Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Ação civil pública e o controle dos atos administrativos: outros argumentos*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <www.henriquemouta.com.br/arquivo_download.php?nIdArquivo=24>. Acesso em 3 de setembro de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel de Seabra. Conceito de mérito no direito administrativo In: *Revista de direito administrativo*, vol. 23. Rio de Janeiro: FGV.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL: <http://www.verbojuridico.com/doutrina/brasil/br_constitucionalizacaoadministrativo.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1103633/MG*. Documento eletrônico. {on line}. Disponível na Internet via WWW.URL:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=ato+administrativo+vinculado+discricion%Elrio+m%E9rito&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 4 de setembro de 2012.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.