

## **DEVIDO PROCESSO E CONTROLE DE JURIDICIDADE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO**

### **DUE PROCESS AND CONTROL OF JURIDICITY OF THE ADMINISTRATIVE ACT MERIT**

**Cristiano de Oliveira<sup>1</sup>**

#### **Resumo**

Pretende-se analisar o controle de juridicidade do mérito do ato administrativo à luz do devido processo. Parte-se da ideia de processualidade em Direito Administrativo e da relação desta com os institutos do processo e do procedimento na Ciência Processual. Em seguida, aborda-se a mudança na doutrina e jurisprudência em relação à discricionariedade administrativa e o controle jurisdicional a partir da CR/88. Com apoio nas atuais concepções acerca dos institutos do processo e do procedimento, conclui-se ser possível o controle de juridicidade do mérito do ato administrativo.

Palavras-chave: Controle de Juridicidade; Ato Administrativo; Devido Processo;

---

<sup>1</sup> Universidade de Itaúna.

## 1 INTRODUÇÃO

A doutrina e jurisprudência brasileiras até pouco tempo mantiveram forte entendimento de que não é dado ao Poder Judiciário reexaminar o mérito do ato administrativo, posto que, se assim o fizesse, haveria flagrante ofensa ao princípio da separação dos poderes, positivado na Constituição da República de 1988.

Na atualidade, tem crescido a ideia de que não há ofensa ao princípio da separação de poderes, tampouco à independência do Poder Executivo, quando se busca, com apoio no princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, igualmente assegurado no art. 5º, XXXV, da CR/88.

O entendimento assenta-se na premissa de que os princípios acima mencionados são compatíveis entre si, pois os atos administrativos emanados da Administração Pública estão sujeitos tanto ao controle de legalidade quanto ao controle de juridicidade.

Pretende-se tecer breves considerações sobre o controle de juridicidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário e o devido processo administrativo, bem como o dever de motivação dos atos administrativos.

## 2 DEVIDO PROCESSO A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988: A NOÇÃO DE PROCESSUALIDADE ADMINISTRATIVA

O art. 1º, da Constituição de 1988, consigna que a República Federativa do Brasil constitui-se em *Estado Democrático de Direito*<sup>2</sup>, apontando ainda os fundamentos sob os quais ela se assenta.

O paradigma<sup>3</sup> inaugurado pela Constituição da República de 1988 representou, além de “uma forma de superação dialética da antítese entre os modelos liberal e social ou socialista de Estado” (GUERRA FILHO, 1999, p. 16), “um desafio para os estudiosos do Direito em nosso País, pois traz consigo um imperativo de renovação da ordem jurídica nacional, por ser totalmente nova a base sobre a qual ela se assenta.” (GUERRA FILHO, 1999, p. 18).

A primeira das tarefas a que se propõe dentro desse quadro consiste em ressaltar a estreita relação entre categorias do Direito Administrativo e da Ciência Processual após a Constituição da República de 1988.

Em estudo apresentado no início da década de 90, como tese para concurso de professor titular de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP, Odete Medauar revigora a discussão acerca da existência da processualidade no âmbito da Administração Pública:

Contemporaneamente, entre administrativistas e processualistas, registra-se tendência à aceitação de uma processualidade que vai além daquela vinculada à função jurisdicional, admitida, a processualidade no âmbito da Administração Pública. Dos debates sobre aspectos terminológicos e substanciais das figuras do processo e do procedimento, pode-se inferir a qualificação da processualidade administrativa como processo, inclusive por força da consagração, nesse sentido, que o texto constitucional pátrio oferece, no inc. LV do art. 5º e em outros dispositivos. (MEDAUAR, 1993, p. 169).

---

<sup>2</sup> Sublinha Dhenis Cruz Madeira que a expressão *Estado de Direito Democrático* parece ser mais apropriada, à medida que a construção do Direito, em balizas constitucionais, é que pode ou não ser democrática, não sendo possível, segundo ele, como queria Kelsen, agregar Direito e Estado no mesmo corpo. Deve-se destacar que tanto o Estado quanto o Direito terão que ser democráticos, sobretudo após a Constituição de 1988, em que o povo brasileiro deixou claro para todos que a democracia é o princípio fundamental de um Estado de Direito. Portanto, todo Estado de Direito deve ser democrático e a democracia deve ser realizada através do Estado de Direito. *Teoria do Processo e discurso normativo: digressões democráticas. In: Teoria do Processo Panorama Doutrinário Mundial*, vol. 2. Fredie Didier Jr. (Org.). p. 138-139.

<sup>3</sup> Na opinião de Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, o termo *paradigma*, da forma que entendido por Kuhn, não parece adequado na área científica do Direito. *A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 83-4, 101. Em artigo doutrinário, Marcelo Campos Galuppo também propõe a utilização da expressão *matriz* no lugar do vocábulo *paradigma* para a Teoria da Justiça. *Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura*. In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito*. p. 516.

Por estarem imbricadas estas duas áreas da Ciência Jurídica, sobretudo após a Constituição de 1988, a ideia de processualidade passa a ter como fio condutor a atual distinção entre os institutos do processo e do procedimento<sup>4</sup> presente na Teoria Geral do Processo<sup>5</sup>.

Como bem observa o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Rogério Medeiros:

No procedimento administrativo, frequentemente as questões suscitadas podem ser solucionadas às normas e princípios de direito processual civil, o qual cumpre função *preater legem* (DROMI, 2001, p. 203, 1.017). Diversos princípios gerais do processo administrativo são similares aos princípios gerais do processo civil ordinário. Na Itália, vários autores consideram o Código de Processo Civil como relevante fonte do processo administrativo. Em consequência, numerosas lacunas das leis sobre processo administrativo podem ser supridas mediante aplicação das regras processuais civis. (LIMA, 2009, p. 417).

Existe consenso na doutrina de que a atual concepção do instituto do processo no âmbito da Ciência Processual teve como ponto de partida o processualista italiano Elio Fazzalari, a quem coube a iniciativa de ressemantizar o instituto, afastando-o da chamada relação jurídica<sup>6</sup> e o distinguindo do procedimento:

[...] a estrutura do procedimento se obtém quando se está diante [de] uma série de normas (até a reguladora de um ato final, frequentemente um provimento, mas pode-se tratar também de um simples ato), cada uma das quais reguladora de uma determinada conduta (qualificando-a como direito ou obrigação), mas que enuncia como pressuposto da sua própria aplicação, o cumprimento de uma atividade regulada por uma outra norma da série. O procedimento se apresenta, pois, como uma sequência de ‘atos’, os quais são previstos e valorados pelas normas. (FAZZALARI, 2006, p. 113-114).

Para o processualista italiano, “o processo é um procedimento do qual participam (são

<sup>4</sup> Aliás, é do Direito Administrativo, sustenta Aroldo Plínio Gonçalves, que vieram as maiores contribuições para o desenvolvimento do instituto do procedimento. Cf. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 56.

<sup>5</sup> Para Rosemiro Pereira Leal, é a Teoria Geral do Processo “um conjunto de conhecimentos recolhidos e propedeuticamente organizados (**um programa de estudos**) para a compreensão dos elementos teóricos configuradores do processo no vasto campo do Direito.” LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 71. (negrito no original).

<sup>6</sup> Aroldo Plínio Gonçalves explicita o problema causado pela relação jurídica no processo da seguinte forma: “A se admitir o processo como relação jurídica, na acepção tradicional do termo, ter-se-ia que admitir, consequentemente que ele é vínculo constituído entre sujeitos em que um pode exigir do outro uma determinada prestação, ou seja, uma conduta determinada. Seria o mesmo que se conceber que há direito de um dos sujeitos processuais sobre a conduta do outro, que perante o primeiro é obrigado, na condição de sujeito passivo, a uma determinada prestação, ou que há direitos das partes sobre a conduta do juiz, que, então, compareceria como sujeito passivo de prestações, ou ainda, que há direitos do juiz sobre a conduta das partes, que, então, seriam os sujeitos passivos da prestação.” E conclui: “Não há relação jurídica entre o juiz e a parte, ou ambas as partes, porque ele não pode exigir delas qualquer conduta, ou a prática de qualquer ato, podendo, qualquer das partes, resolver suas faculdades, poderes e deveres em ônus, ao suportar as consequências desfavoráveis que possam advir de sua omissão.” GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica Processual e Teoria do Processo*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 83.

habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades.” (FAZZALARI, 2006, p. 118-119).

Ainda de acordo com Elio Fazzalari, o “conflito de interesses poderá até constituir a razão pela qual a norma faz com que se desenvolva uma atividade mediante processo, mas no máximo se pode falar de processo enquanto se constatem *ex positivo iure*, a estrutura e o desenvolvimento dialético” do contraditório. (FAZZALARI, 2006, p. 121).

Aroldo Plínio Gonçalves, pioneiro na divulgação do pensamento de Fazzalari no Brasil, oferece o seguinte conceito ao instituto do processo:

O processo é o procedimento que se desenvolve em contraditório entre os interessados, na fase de preparação do ato final e entre o ato inicial do procedimento de execução até o ato final, aquele provimento pelo qual ela é extinta, está presente o contraditório, como possibilidade de participação simetricamente igual dos destinatários do ato de caráter imperativo que esgota o procedimento. [...] Como procedimento realizado em contraditório, o processo caracteriza-se por ser uma atividade cuja estrutura normativa (organizada por uma forma especial de conexão de normas e de atos por elas disciplinados) exige que, na fase que precede o provimento, o ato final de caráter imperativo, seja garantida a participação daqueles que são os destinatários de seus efeitos, em contraditório [...]. (GONÇALVES, 2012, p. 113).

Amparando-se nos estudos de Elio Fazallari e Aroldo Plínio Gonçalves, coube a Rosemiro Pereira Leal formular um conceito de processo adequado à Constituição da República de 1988, mediante a “Teoria Neoinstitucionalista do Processo”, segundo a qual:

O *processo*, como instituição constitucionalizada, define-se, por conseguinte, como uma *conjunção* de princípios (contraditório, isonomia, ampla defesa, direito ao advogado e à gratuidade procedimental) que é referente jurídico-discursivo da procedimentalidade ainda que esta, em seus modelos legais específicos, não se realize expressa e necessariamente em contraditório. O processo, por concretização constitucional, é aqui concebido como instituição regente e pressuposto de legitimidade de toda criação, transformação, postulação e reconhecimento de direitos pelos provimentos legiferantes, judiciais e administrativos. (LEAL, 2009, p. 88, *itálico no original*).

Na visão do processualista mineiro, o procedimento, por sua vez, passa a ser entendido como “uma estrutura técnica de atos jurídicos praticados por sujeitos de direito, que se configura pela sequência obediente à conexão de normas preexistentes no ordenamento jurídico indicativas do modelo procedimental”. (LEAL, 2009, p. 94).

Também na perspectiva do processualismo constitucional democrático defendido por Dierle José Coelho Nunes, isso implica conceber o processo enquanto:

[...] estrutura normativa constitucionalizada que é dimensionada por todos os princípios constitucionais dinâmicos, como o contraditório, a ampla defesa, o devido

processo constitucional, a celeridade, o direito ao recurso, a fundamentação racional das decisões, o juízo natural e a inafastabilidade do controle jurisdicional. Todos esses princípios serão aplicados em perspectiva democrática se garantirem uma adequada fruição de direitos fundamentais em visão normativa, além de uma ampla participação e problematização, na ótica policêntrica do sistema, de todos os argumentos relevantes para os interessados. (NUNES, 2012, p. 250).

Certo é que as reflexões atuais sobre processo e procedimento não estão adstritas ao plano jurisdicional, tendo sido estendidas para os planos legislativo e administrativo.

Em relação à esfera legislativa, os conceitos de processo e procedimento serviram como mote para autores como André Del Negri conjecturar uma teoria do Devido Processo Legislativo. A propósito, merecem ser transcritas as observações do autor:

Com efeito, percebe-se que a lei no trâmite de sua formação sempre exige a observância do *Processo Constitucional*. Assim, o Direito no seu espaço de produção há de se desenvolver pelo **Devido Processo Legislativo** e seus elementos teóricos, os quais exigem a estrutura espaço-temporal necessária à produção do provimento, caracterizadora do *Processo*, postura que não pode ser integralmente modificada pela denominada *efetividade do Processo*. (DEL NEGRI, 2008, p. 134). (negrito e itálico no original)

Especificamente no plano administrativo, conforme se assinalou anteriormente, desde a década de 90 a noção de processualidade vem sendo defendida pela Prof.<sup>a</sup> Odete Medauar e tendo como pano de fundo a distinção entre processo e procedimento.

Enfim, é estreita de tal forma a relação entre as áreas processual e administrativa que Rogério Medeiros chega a afirmar que:

Grande parte da atividade da Administração é processual e obedece a normas de procedimento que devem ser reputadas, em princípio, meios de garantia da legalidade e dos direitos individuais (CAETANO, 1989:509. A Administração Pública e o Direito Administração são alvos da preocupação dos juristas contemporâneos, em busca do aperfeiçoamento que permita ao Estado cumprir seus fins essenciais, sem quebrar o respeito pelo exercício pleno dos direitos consagrados pela ordem jurídica (FRANCO SOBRINHO, 1971:1). (LIMA, 2009, p. 416).

Feitas estas breves considerações, mister analisar a estreita relação entre a atual noção do devido processo e o controle de juridicidade do mérito do ato administrativo.

### 3 CONTROLE DE JURIDICIDADE DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Temas que até pouco tempo eram considerados delicados e intocáveis no âmbito do Direito Administrativo, tais como discricionariedade administrativa<sup>7</sup>, supremacia do interesse público sobre o privado, sindicabilidade do mérito do ato administrativo, etc., têm sido cada vez mais revisitados pela doutrina e privilegiados pelos tribunais pátrios.<sup>8</sup>

Ao presente trabalho, interessa a questão relacionada ao controle pelo Poder Judiciário dos atos administrativos, em especial nos aspectos de oportunidade e conveniência.

Antes de adentrar no tema propriamente dito, cabe tecer breves considerações sobre a discricionariedade administrativa.

Preleciona Juarez Freitas que a: “*Discricionariedade*, em Direito Administrativo, tem sido identificada com a liberdade (derivada da natureza aberta ou da teleologia dos comandos jurídicos) para a emissão de juízos de conveniência ou de oportunidade quanto à prática de determinados atos.” (FREITAS, 2009, p. 369).

A doutrina ainda considera que “o mérito do ato administrativo está relacionado com a possibilidade de a Administração Pública valorar os critérios de conveniência, oportunidade e conteúdo do ato administrativo.” (GARCIA; NETO; TORRES, 2011, p. 153).

Di Pietro, baseando-se nas lições de Renato Alessi, afirma que a discricionariedade encontra lugar nas três funções estatais (legislação, jurisdição e administração), eis que dimanam de tais funções atos de produção jurídica, ou seja, atos que introduzem modificação em relação a uma situação jurídica anterior. (DI PIETRO, 2007, p. 72).

Ressalta que os autores estudam a discricionariedade sob vários critérios: a) a discricionariedade nas etapas da formação do ato administrativo; b) a discricionariedade na norma jurídica; c) discricionariedade nos elementos do ato administrativo e a d) discricionariedade nos conceitos indeterminados. (DI PIETRO, 2007, p. 76).

No estudo que ora se faz, convém estudar a discricionariedade nos elementos do ato administrativo.

---

<sup>7</sup> Sobre os aspectos históricos da discricionariedade administrativa, ver: MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, n° 171. 2006. Disponível em: <<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>>>.

<sup>8</sup> Diga-se, de passagem, que Gregório Assagra de Almeida tem sustentado, com amparo em uma nova *summa divisio* constitucionalizada, que “A revisitação dos compromissos do Estado e dos seus administradores, com políticas públicas efetivas socialmente, não pode se submeter à discricionariedade do administrador ou, até mesmo, à exigência de previsão orçamentária, manipulável muitas vezes sem as observâncias das diretrizes constitucionais. A própria discricionariedade administrativa não subsiste no contexto da nova *summa divisio* constitucionalizada no País.” ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Material Coletivo: superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 398.

Prevalece o entendimento de que o ato administrativo tem cinco elementos: sujeito, objeto, motivo, forma e finalidade.<sup>9</sup> Dentre tais elementos, pode-se apontar o motivo e objeto como os elementos mais adequados para se analisar a existência de discricionariedade.

Esclarece Marinela:

[...] o objeto corresponde ao efeito jurídico imediato do ato, ou seja, o resultado prático causado em uma esfera de direitos. Representa uma consequência para o mundo fático em que vivemos e, em decorrência, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito [...] O autor do ato pode traçar as linhas que limitam o objeto de seu ato, mediante avaliação do motivo declarado. (MARINELA, 2012, p. 279-280).

Di Pietro, por sua vez, pontua que haverá discricionariedade no motivo do ato administrativo quando:

1. a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração; é o que ocorre na exoneração *ex officio* do funcionário nomeado para cargo de provimento em comissão (exoneração *ad nutum*); não há qualquer motivo previsto em lei para justificar a prática do ato; em casos como esse, cabe à autoridade escolher o motivo (desde que legal) que a levará a praticar determinada ato;
2. a lei define o motivo utilizando noções vagas, vocábulos plurissignificativos que deixam à Administração a possibilidade de apreciação dos fatos concretos segundo critérios de valor que lhe são próprios; é o que ocorre quando a lei manda punir o servidor que praticar ‘falta grave’ ou ‘procedimento irregular’, sem definir em que consistem; ou quando exige, para o provimento de certos cargos, ‘notável saber’; enfim, sempre que a hipótese da norma se refere a *conceito de valor*, como ordem pública, moralidade administrativa, boa-fé, paz pública e tantas outras de uso frequente pelo legislador. (DI PIETRO, 2007, p. 84).

Sobreditas expressões e vocábulos plurissignificativos nem sempre foram passíveis de questionamentos junto ao Poder Judiciário e, por vezes, eram relegados ao alvedrio do administrador público, a quem competiria conformá-las de acordo com a situação a ele submetida. Trata-se de postura tradicional, ainda arraigada ao Estado Liberal, segundo a qual não compete ao Judiciário se manifestar sobre a conveniência e a oportunidade do ato praticado pelo administrador.

Observe-se o posicionamento defendido pelo renomado professor Caio Tácito:

Subordinado sempre à legalidade de sua atuação, é lícito ao administrador se orientar com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos.

<sup>9</sup> Tais elementos podem ser aferidos das alíneas do art. 2º, da Lei n. 4.717, de 1965, que regula a ação popular: “São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.”

Esta capacidade de auto-determinação representa o *poder discricionário* do Estado, não podendo ser objeto de consideração jurisdicional. A *oportunidade* do ato poderá, em certos casos, ser reexaminada pela própria Administração; em nenhuma hipótese poderá ser reapreciada pelo Poder Judiciário, que, nessa matéria, está impedido de se manifestar. (TÁCITO, 1968, p. 02, itálico no original).

No entanto, a concepção de que o controle judicial do mérito do ato administrativo deve ser feito apenas sob o critério da legalidade tem sido desconstruída após o advento da Constituição da República de 1988.

Rocha, atualmente Ministra no STF, havia defendido a substituição do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, destacando que “o administrador público submete-se não apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal”. (ROCHA, 1994, p. 79).

Pode-se mencionar também o importante estudo sobre a revisitação do controle jurisdicional da Administração Pública feito por Moraes. Confira-se:

Exerce-se o controle jurisdicional de legalidade sobre os aspectos vinculados dos atos administrativos; exercita-se o controle judicial de juridicidade *stricto sensu* sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo, distintos do mérito, vale dizer, sobre a valoração administrativa que não envolve os juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato, mas outros juízos, como os de justiça e proporcionalidade, no Direito Português e os de moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, no Direito Brasileiro. (MORAES, 2004, p. 45).

Por meio do primeiro controle, diz a referida a autora, compete ao Judiciário verificar a “correspondência entre os elementos competência, finalidade e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e do objeto do ato.” (MORAES, 2004, p. 45).

Na segunda modalidade, examina-se a “compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como por exemplo, com o princípio da proporcionalidade.” (MORAES, 2004, p. 45).

Com apoio nessas ideias, todo e qualquer ato administrativo causador ou potencialmente causador de lesão a direito é suscetível de controle jurisdicional, inclusive aqueles resultantes da aplicação de normas que contêm conceitos indeterminados e resultante do exercício das faculdades discricionárias, sem que se adentre no terreno do mérito do ato.

Assim, a discricionariedade, segundo a moderna doutrina do Direito Administrativo, passa a ser entendida como:

[...] a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de

textura aberta, com o fim de que ele possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à concretização do interesse público ali indicado, para, à luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios não positivados de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito. (MORAES, 2004, p. 42).

Diante desse novo parâmetro de controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública, Gustavo Binbenbojm ensina que:

[...] deverá o Judiciário averiguar se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa margem de decisão, observou os princípios constitucionais gerais e os princípios setoriais da Administração Pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima). Dessa análise, poderá o magistrado concluir que o ato administrativo acatou princípios incidentes à hipótese, não causando qualquer lesão ao administrado. Caso conclua que algum princípio foi violado ou que a ponderação administrativa foi mal feita, poderá exercer um (i) controle ablativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato ou (ii), dependendo das circunstâncias fáticas e da intensidade da violação dos princípios, realizar um controle ablativo e mandamental (ou condenatório), determinando qual a única decisão conforme ao direito para solucionar o caso. (BINENBOJM, 2008, p. 233).

Nesse particular, merecem ser citadas duas premissas formuladas pelo Prof. Juarez Freitas:

A discricionariedade, no Estado Democrático (quer dos atos administrativos, que dos atos judiciais), está sempre vinculada ao primado dos princípios, objetivos e direitos fundamentais, sob pena de se traduzirem em arbitrariedade proibida e minar os limites indispensáveis à liberdade de conformação, a saber, racional característica fundante do Direito. [...] Numa visão sistemática consentânea com o novo conceito de Direito Administrativo e com a supremacia da ordem constitucional, o mérito do ato, por via reflexa, pode ser inquirido (efetuado o controle de demérito ou de arbitrariedade por ação ou omissão). (FREITAS, 2009, p. 388-389).

Portanto, o entendimento de que o mérito do ato administrativo está imune ao controle jurisdicional não se sustenta em face da atual conjuntura do Direito Administrativo.<sup>10</sup> Fragilizou-se sobremaneira a noção clássica segundo a qual onde existe poder discricionário fica afastado o controle judicial.

Nas precisas palavras do Prof. Freitas, o “aprofundamento da sindicabilidade, inclusive judicial, dos atos administrativos” (FREITAS, 2009, p. 100-101) dimana do devido processo. Vale dizer, o princípio do devido processo, ao ser aplicado na esfera administrativa,

<sup>10</sup> Outra não é a conclusão de Saulo Versiani Pena, para quem “o mérito do ato administrativo não está imune ao controle judicial quando houve afronta direta a disposição constitucional ou a princípios nela contidos”. PENNA, Saulo Versiani. *Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 186.

traz ínsita a ideia de “ninguém poderá ser afetado em seus interesses legítimos sem que, antes, devam ser ponderadas as suas razões, isto é, com o pleno e medular exercício da racionalidade do tipo dialógico”. (FREITAS, 2009, p. 104-105).

Ocorre neste ponto verdadeira confluência entre a concepção atual do instituto do processo e o princípio da motivação em Direito Administrativo. Recorrendo-se mais uma vez à lição de Juarez Freitas, tem-se que:

*[...] toda discricionariedade precisa estar vinculada aos motivos que obrigatoriamente deverão de ser expostos, de maneira consistente e elucidativa, sempre que afetados direitos. O lastro maior reside no art. 93 da CF, e a exigência da motivação intersubjetiva é dos mais destacados elementos de transição para o Direito Administrativo dialógico – em oposição ao período autocrático e unilateralista -, evitando-se qualquer decisão desmotivada e instabilizadora de direitos. (FREITAS, 2009, p. 104-105). (itálico no original)*

Nos tribunais pátrios já existem julgados privilegiando as ideias acima mencionadas, podendo ser citados dois exemplos.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp. 1001.673, relatado pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima, incorporou o entendimento exposto acima, conforme se evidencia da ementa a seguir:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS “A” E “C” DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que, consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, o órgão julgador, desde que tenha apresentado fundamentos suficientes para sua decisão, não está obrigado a responder um a um os argumentos das partes, sendo inviável o acolhimento dos embargos declaratórios quando não presentes as hipóteses previstas no citado dispositivo legal.
2. Para que o recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional possa ser conhecido, é necessário, entre outros requisitos, que o recorrente demonstre a similitude fática entre os julgados confrontados, sendo insuficiente a mera transcrição de ementas.
3. A teor da pacífica e numerosa jurisprudência, para a abertura da via especial, requer-se o prequestionamento, ainda que implícito, da matéria infraconstitucional, o que não ocorre, no caso, em relação ao disposto no art. 334, II, do CPC.
4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.
5. No caso, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional.
6. O órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada

não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112/90, por ausência de subsunção dos fatos à norma. Agiu, destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

7. No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, *diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato.* Precedente. MS 12.988/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 12/208.

8. Revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7/STJ).

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (BRASIL, STJ, REsp nº 1.001.673 – DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 26.06.2008, *itálico* nosso).

Em interessante recurso de agravo de instrumento julgado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, no qual se discutia a legalidade do indeferimento de permuta entre militares, assentou o Desembargador Relator, Alberto Vilas Boas:

*[...] é lícito que o Poder Judiciário intervenha para desfazer os efeitos que decorrem do ato administrativo que, não obstante possa assumir feição discricionária, não pode ser arbitrário a ponto de utilizar fundamento inexistente nas regras normativas internas da Polícia Militar para indeferir a permuta. A circunstância de a lei conferir certa margem de liberdade para a autoridade administrativa exercer seu poder discricionário - no caso, a ausência de conveniência na permuta - não lhe outorga um cheque em branco para denegar o requerimento dos servidores militares com apoio em norma que ainda não havia entrado em vigor [...].* (MINAS GERAIS, TJ, 1ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento Cv 1.0024.11.005496-2/001, Des. Rel. Alberto Vilas Boas. DJ. 05.07.2011) (*itálico* nosso)

O recurso apreciado pela Corte Mineira chama a atenção, na medida em que veicula interessante questão submetida à apreciação judicial, abaixo ilustrada:

Dois policiais militares, lotados em regiões distintas em Minas Gerais, formularam requerimentos de permuta perante duas instâncias administrativas.

A permuta pretendida reclamava requerimento motivado pelos militares, ônus do qual se desincumbiram.

Existia ato normativo outorgando, mediante delegação do Comandante Geral da Polícia Militar, competência aos Comandantes Regionais e Diretores, aos Comandantes e Chefes de unidade com autonomia administrativa e ao Diretor de Pessoal a competência para efetivar a movimentação de pessoal.

O indeferimento da permuta poderia ocorrer se não houvesse ‘prejuízo para o serviço e a disciplina’, sendo esta expressão a diretriz, ou melhor, a margem de liberdade conferida à Administração Militar.

Apesar de as duas instâncias administrativas inferiores terem emitido pareceres favoráveis aos militares, ofertando subsídios para a decisão final, a autoridade superior indeferiu a movimentação pretendida pelos militares, sem explicitar em que consistia o prejuízo.

Pois bem, em face do caso concreto ilustrado acima, acertou a decisão da Corte Mineira ao considerar que, iniciado o procedimento administrativo mediante requerimento motivado dos interessados e tendo sido ofertados pareceres favoráveis pelas instâncias administrativas inferiores para a elaboração do provimento final, não caberia à autoridade superior decidir de modo diverso.

Finalmente, a atual noção do processo aplicada no âmbito administrativo permite afirmar que nos atos discricionários, em que pese a margem de liberdade conferida em abstrato pela norma, caberá ao administrador atentar para as peculiaridades do caso concreto, levar em consideração as razões dos administrados (interessados) e, mesmo quando diante de várias opções juridicamente possíveis, desincumbir-se do dever de motivação em relação à solução adotada.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações, tem-se que, em face do art. 5º, XXXV, da CR/88, todo e qualquer ato administrativo causador ou potencialmente causador de lesão a direito é suscetível de controle jurisdicional não apenas no aspecto da legalidade, mas também de juridicidade, inclusive aqueles resultantes da aplicação de normas que contêm conceitos indeterminados e resultante do exercício das faculdades discricionárias.

O fato de a lei conferir certa margem de liberdade para a autoridade administrativa exercer seu poder discricionário não significa considerar que lhe foi outorgado um cheque branco para preencher como bem entender.

A concepção atual acerca do instituto do processo, advinda da Ciência Processual, tem aplicabilidade nas esferas jurisdicional, administrativa e legislativa.

Logo, para se concretizar a ideia de processualidade administrativa, torna-se imprescindível a observância dos princípios institutivos do contraditório, da ampla defesa e da isonomia.

#### **Abstract**

This study aims to analyze the control of juridicity of the administrative act merit in the light of due process. It starts with the idea of processuality in Administrative Law and its relationship with the institutes of the process and procedure in Science Procedure. Afterwards, the change in doctrine and jurisprudence in relation to administrative discretion and judicial supervision from the CR/88 is approached. With support in the current conceptions of the institutes of the process and procedure, it has been concluded to be possible to obtain control of juridicity of the merit of the administrative act.

**Keywords:** Control of Juridicity; Administrative act; Due process

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Material Coletivo: superação da Summa Divisio Direito Público e Direito Privado por uma nova Summa Divisio Constitucionalizada.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 398.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 233.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp nº 1.001.673 – DF**, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Dj. 26.06.2008.
- BRÊTAS, Ronaldo C. Dias. **A responsabilidade do Estado pela função jurisdicional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 83-4, 101.
- DEL NEGRI, André. **Controle de Constitucionalidade no Processo Legislativo: teoria da legitimidade decisória.** 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2008. p. 134.
- FAZZALARI, Elio. **Instituições de direito processual.** Trad. da 8ª. ed. por Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 100.
- GALUPPO, Marcelo Campos. **Matrizes do pensamento jurídico: um exemplo a partir da literatura.** In: GALUPPO, Marcelo Campos. *O Brasil que queremos: reflexões sobre o Estado Democrático de Direito.* Belo Horizonte: Editora PUC Minas, 2006. p. 515-529.
- GARCIA, Leonardo de Medeiros; NETO, Fernando Ferreira Baltar, TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Direito Administrativo.** Salvador: Editora JusPodivm. 2011. p. 153.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica Processual e Teoria do Processo.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Introdução ao Direito Processual Constitucional.** Porto Alegre: Editora Síntese, 1999. p. 7-35.
- LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos.** 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. **Os princípios do direito penal e o direito administrativo sancionador.** In: FORTINI, Cristiana (Org.). **Servidor público: estudo em homenagem ao professor Pedro Paulo de Almeida Dutra.** Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 435.
- MADEIRA, Dhenis Cruz. **Teoria do Processo e discurso normativo: digressões democráticas.** In: **Teoria do Processo Panorama Doutrinário Mundial.** vol. 2. Fredie

Didier Jr. (Org.). Salvador: JusPodvim, 2010. p. 137-158.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 6ª ed. Niterói: Impetus, 2012. p. 279-280.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 171. 2006. Disponível em: <<<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1172>>>. Acesso em: 25 jan. 2013.

MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: S.E., 1993. 177 p.

MINAS GERAIS, TJ. 1ª Câmara Cível, **Agravo de Instrumento Cv 1.0024.11.005496-2/001**, Des. Rel. Alberto Vilas Boas. Dj. 05.07.2011.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. Dialética: Rio Grande do Sul, 2004, p. 45.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo jurisdicional democrático uma análise crítica das reformas processuais**. Curitiba: Juruá, 2012. p. 250.

PENNA, Saulo Versiani. **Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 186.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 79.

TÁCITO, Caio. **Poder Vinculado e Poder Discricionário**. Revista de Direito da Procuradoria Geral - Volume 19. Rio de Janeiro. 1968. p. 02. Disponível em: <<<http://download.rj.gov.br/documentos/10112/1233166/DLFE-54809.pdf/REVISTA191.pdf>>>. Acesso em: 25 jan. 2013.