



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

FACULDADE DE DIREITO

CURSO DE DIREITO

FERNANDA MENDES DANTAS

**ATOS DISCRICIONÁRIOS DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA:
APROFUNDAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
JURIDICIDADE**

FORTALEZA

2016

FERNANDA MENDES DANTAS

ATOS DISCRICIONÁRIOS DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA:
APROFUNDAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
JURIDICIDADE.

Monografia submetida à
Coordenação do Curso de
Graduação em Direito da
Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção
do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Raquel
Cavalcanti Ramos Machado

FORTALEZA

2016

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

D212a Dantas, Fernanda Mendes.

Atos discricionários decorrentes do poder de polícia : aprofundamento do controle judicial à luz do princípio da juridicidade / Fernanda Mendes Dantas. – 2016.
62 f. : il.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará,
Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2016.

Orientação: Profa. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado.

1. Atos discricionários. 2. Poder de polícia. 3. Princípio da juridicidade. 4. controle judicial.
I. Título.

CDD 340

FERNANDA MENDES DANTAS

ATOS DISCRICIONÁRIOS DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA:
APROFUNDAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA
JURIDICIDADE.

Monografia apresentada ao Curso de
Direito da Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Ceará, como
requisito parcial para obtenção do Título de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/_____.

BANCA EXAMINADORA

Prof^a. Dr^a. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^a. Me. Fernanda Cláudia Araújo da Silva
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof^o. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

A Deus.

A minha família, por todo amor e preocupação.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por me conceder a vida e todas as suas dádivas, em especial, minha família, sem a qual eu nada seria.

Agradeço aos meus pais, por toda paciência, amor e carinho, pela educação que me deram e por estarem sempre ao meu lado na busca dos meus sonhos, mostrando que eu poderia alcançá-los, independente do que fosse. À minha mãe, por ser um exemplo de compaixão, humildade e amor ao próximo, o amor mais puro que já pude conhecer. Ao meu pai, por toda a dedicação pela nossa família, constituindo o nosso alicerce maior, nosso porto-seguro e, ainda, pelo profissional exemplar e por ser meu esportista preferido. Ao meu irmão, que, mesmo com todas as chatices, sempre esteve disposto a me ajudar.

À minha inesquecível e amada avó Ezilda, que mesmo não estando entre nós, continua a me inspirar em ser uma pessoa melhor, meu exemplo de força e determinação.

Aos meus padrinhos, Margarida e Erasmo, e à Tia Fátima, por toda preocupação e amor, pelas palavras de incentivo e por me fazerem acreditar sempre na minha capacidade.

Ao meu namorado, Fábio, por todo companheirismo, por sempre me arrancar os melhores sorrisos, pela paciência durante os momentos difíceis e por acreditar em mim mais do que eu mesma.

Aos membros da Banca Examinadora, professor Hugo de Brito Segundo e professora Fernanda Cláudia, pela atenção e disponibilidade e, em especial, à professora Raquel Machado, minha orientadora, pelo aprendizado e incentivo durante o período em que fui monitora da cadeira de Direito Administrativo e, agora, por toda paciência e dedicação para a conclusão desta monografia, sendo um exemplo de amor à profissão, na busca incessante pelo conhecimento e por transmiti-lo a nós alunos.

Ao professor Francisco de Araújo Macedo Filho, por todos os ensinamentos durante os dois anos e meio de convivência diária na Procuradoria da

República no Ceará e na Faculdade de Direito, por ser exemplo de humanismo, de simplicidade e de amor aos que o cercam. Aos membros do gabinete do Dr. Macedo no MPF, pela alegria diária e conhecimentos transmitidos.

As “AzamigasFD” pela convivência nesses cinco anos, pelas alegrias, conhecimento e gargalhadas compartilhadas, em especial, à Talitha Nóbrega e Lívia Almeida por estarem ao meu lado desde o primeiro dia de aula.

A minha “migs livs”, por ter sido meu maior presente na faculdade, minha irmã, melhor amiga e parceira pra vida inteira.

Por fim, a todos que fizeram parte da concretização desse sonho, o meu muito obrigada!

“Eis o meu segredo: é muito simples,

Às vezes não precisamos de palavras,

Só do som que vem do coração”. (Saint-Exupéry, Antoine de. Le Petit Prince, 1943)

RESUMO

Os atos discricionários decorrentes do poder de polícia têm o potencial de interferir diretamente no exercício das liberdades e direitos dos particulares, em benefício da coletividade. Ocorre que, em algumas situações, percebe-se a atuação da Administração Pública desconexa com o sistema principiológico constitucional, havendo a necessidade de aprofundamento do controle dos atos pelo Poder Judiciário. A dinâmica do fenômeno depende de uma compreensão da natureza jurídica dos atos administrativos do poder de polícia, matéria objeto de discussão jurisprudencial e doutrinária, com entendimento em diferentes sentidos. Persegue-se a compreensão do instituto do poder de polícia, como limitador de direitos individuais. Segue-se um estudo sobre o controle a que se submete a Administração Pública, especialmente o exercido pelo Poder Judiciário no que tange ao mérito dos atos administrativos discricionários. Por meio de uma pesquisa bibliográfica, exemplificação de casos práticos e de um levantamento jurisprudencial, constrói-se um panorama do aprofundamento do controle judicial sobre os atos discricionários decorrentes do poder de polícia à luz do princípio da juridicidade. Dedicou-se a pesquisa a fornecer critérios para a adoção de um modelo de controle ideal, segundo as aspirações do ordenamento constitucional, sem prejudicar a harmonia entre os Poderes do Estado.

Palavras-chave: Atos administrativos discricionários. Poder de Polícia. Controle Judicial. Princípio da Juridicidade. Controle de mérito.

ABSTRACT

Discretionary acts arising from police power have the potential to interfere directly in the exercise of the freedoms and rights of individuals, for the benefit of the community. In some situations, it may be seen that the Public Administration acts in disagreement with the constitutional principles, and there is a need to deepen the control of acts by the Judiciary. The dynamics of the phenomenon depends on an understanding of the legal nature of the administrative acts of police power, subject matter of jurisprudential and doctrinal discussions, with understandings in different senses. The understanding of the police power institute is pursued as a limiting individual rights. Following is a study on the control to which the Public Administration is subjected, especially that exercised by the Judiciary Power in what concerns the merit of the discretionary administrative acts. By means of the exemplification of practical cases and a jurisprudential survey, a panorama of the deepening of the judicial control over the discretionary acts deriving from the power of police in the light of the principle of juridicity is constructed. This research is dedicated to providing criteria for the adoption of an ideal control model, according to the aspirations of the constitutional order, without harming the harmony between the Powers of the state.

Keywords: Discretionary administrative acts. Police Power. Judicial control. Principle of Juridicality. Control of merit.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	p.11
2	ATOS ADMINISTRATIVOS E PODER DE POLÍCIA.....	p.13
	2.1 Ato administrativo.....	p.13
	2.1.1 Atos discricionários e vinculados.....	p.15
	2.1.2 Modalidades de extinção.....	p.18
	2.2 Poder de Polícia.....	p.20
	2.2.1 Natureza jurídica dos atos.....	p.23
	2.2.2 Atributos dos atos de polícia administrativa.....	p.24
	2.2.3 Limites do poder de polícia.....	p.26
3	CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO	p.27
	3.1. Controle Jurisdicional de Legalidade.....	p.32
	3.2 Princípio da Juridicidade e Controle de Mérito.....	p.35
4	APROFUNDAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA SOB A PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL.....	p.41
	4.1 Limites à discricionariedade dos atos de polícia administrativa.....	p.43
	4.2 Intangibilidade do mérito administrativo e aprofundamento do controle judicial.....	p.46
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	p.56
	REFERÊNCIAS.....	p.58

1 INTRODUÇÃO

O atual Estado Democrático de Direito tem como um de seus pilares fundamentais a independência entre os Poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, estando o exercício de cada um destes condicionado ao controle pelos outros. Todavia, algumas limitações devem ser observadas, a fim de resguardar a harmonia e equilíbrio condizentes com o princípio da separação dos poderes.

A administração pública, enquanto atividade exercida pelo Estado, lida diretamente com a gestão dos interesses da coletividade, de maneira que seu objetivo precípua é a realização da finalidade pública, em sentido amplo. Para isso, exige-se observância fiel ao princípio da legalidade, agindo o administrador público segundo os ditames legais aplicáveis.

Ocorre que, a discricionariedade, dita análise de conveniência e oportunidade, pertinente aos atos administrativos, entre os quais os do poder de polícia, e concedida aos administradores públicos pode exorbitar, muitas vezes, os critérios de proporcionalidade e razoabilidade aplicáveis, fazendo-se necessário o controle dos atos pelo Poder Judiciário. Pode-se citar como caso prático relevante a ampla discricionariedade concedida aos agentes públicos de trânsito no exercício do poder de polícia administrativa por meio de resoluções do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN, o que é capaz de gerar controvérsias quando da sua aplicação.

Classicamente, o controle judicial encontra óbice no mérito dos atos administrativos, ou seja, na análise de sua conveniência e oportunidade segundo os critérios da própria Administração Pública. O principal desafio é, justamente, a verificação do alcance dessa análise, de uma forma a não prejudicar a harmonia entre os Poderes do Estado.

A justificativa desse trabalho está na relevância do tema “controle judicial dos atos administrativos” para a sociedade, devido aos abusos e arbitrariedades muitas vezes perpetrados por agentes públicos, no exercício de suas funções. Ademais, a questão é de grande repercussão para o meio jurídico, pois permite refletir acerca do aprofundamento do controle judicial segundo o princípio da juridicidade em

decisões dos tribunais superiores, como reflexão permanente diante de novas realidades enfrentadas no exercício do poder de polícia.

Tem-se, então, como objetivo geral, analisar o alcance do controle judicial dos atos discricionários do poder de polícia e, como objetivos específicos, conceituar ato administrativo e suas modalidades, e poder de polícia; investigar os limites à discricionariedade dos atos; definir o que se entende por princípio da juridicidade e demonstrar a possibilidade de aprofundamento do controle judicial.

Em relação aos aspectos metodológicos, a pesquisa se deu de forma qualitativa, quanto à abordagem, à medida que se aprofundou na compreensão dos atos discricionários de polícia administrativa.

Já quanto ao tipo, a pesquisa desenvolveu-se através de documentos, na qual foi utilizada legislação online e impressa, além de decisões de 2ª instância advindas dos tribunais superiores, encontradas em arquivos públicos ou particulares, sites da internet e bibliotecas. Outrossim, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, tendo em vista a utilização de livros onlines, denominados e-books, bem como livros impressos e artigos científicos.

Em um primeiro momento, com o intuito de facilitar a compreensão acerca do tema, abordar-se-á o conceito de atos administrativos, suas modalidades, atributos e formas de extinção, além do conceito de poder de polícia, a natureza dos seus atos e seus atributos. Já no segundo capítulo, será realizado um estudo acerca do controle da administração, especialmente no que se refere ao controle judicial dos atos administrativos. No terceiro capítulo, tratar-se-á do Princípio da Juridicidade, bem como da possibilidade de aprofundamento do controle judicial dos atos discricionários do poder de polícia, segundo o princípio supracitado. Por fim, serão analisadas decisões jurisprudenciais acerca do tema e suas controvérsias no ordenamento jurídico brasileiro.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS E PODER DE POLÍCIA

Inicialmente, com o intuito de facilitar a compreensão da problemática a ser discutida no presente trabalho, é relevante dedicar alguma atenção ao conceito de ato administrativo, suas modalidades e formas de extinção. Mesmo que determinadas conceituações pareçam óbvias, necessárias serão, posto que a discussão envolverá o aprofundamento do controle judicial sobre os atos administrativos, em sua modalidade discricionária.

2.1 Ato administrativo

Pelo fato de não haver conceituação legal expressa do que se entenda por ato administrativo, depara-se com certa controvérsia doutrinária, de modo que renomados juristas apresentam diferentes sistematizações acerca do tema.

Primeiramente, nos dizeres de José Cretella Júnior (1977, p.19):

Ato administrativo é a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.

Nesta linha de raciocínio, o ato administrativo deve emanar do poder soberano do Estado, que, por meio dos agentes públicos investidos de função administrativa, manifestam a vontade daquele. Além disso, frise-se que a vontade do Estado resulta na criação, reconhecimento, extinção ou alteração de relações jurídicas entre indivíduos ou entes estes e a própria Administração Pública.

Cumprido salientar que agente público é entendido aqui em seu sentido amplo, correspondendo a todo e qualquer indivíduo que esteja investido, ainda que de forma transitória ou sem remuneração, em uma função pública. A conceituação legal de agente público pode ser extraída da Lei nº 8429/92, senão vejamos:

Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura

ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Desta feita, pode-se afirmar que um ato, para ser caracterizado como administrativo, deve ser emanado por um agente público em sentido amplo, ou seja, um sujeito investido do múnus público, servindo como instrumento de vontade do Estado, independentemente do vínculo jurídico estabelecido.

Adiante, impende destacar a visão de Di Pietro (2010, p. 196), a qual afirma que se pode definir 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”.

O regime jurídico ao qual está submetida a Administração Pública consiste no conjunto sistematizado de princípios aplicáveis aos agentes e órgãos públicos, ensejando prerrogativas e limitações ao exercício da função administrativa. Di Pietro (2010) resume esse regime basicamente em duas palavras, quais sejam, prerrogativas e sujeições.

As prerrogativas a que se refere condensam-se em um princípio basilar, qual seja, a supremacia do interesse público sobre o privado. A partir desta premissa, a Administração Pública se coloca em posição de superioridade sobre o particular, tendo sempre como objetivo o alcance do bem-estar social. É por meio destas prerrogativas que o Estado cumpre as finalidades impostas pela ordem jurídico-legal, entre as quais, se destaca o exercício do poder de polícia, cujas peculiaridades serão analisadas a frente.

Por seu turno, da mesma forma que existem os privilégios, existem também as limitações as quais a Administração Pública deve se sujeitar, o que pode ser compreendido como princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo este princípio, “é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao interesse público, em virtude de qualquer outro motivo” (Odete Medauar, 2003, p.143). Por outras palavras, a Administração Pública deve atuar sempre pautada na sua finalidade essencial, o interesse público, sem desse nunca se desvencilhar.

Outro ponto de relevância traduz-se na possibilidade de os atos administrativos serem controlados judicialmente, isso porque o Estado Brasileiro possui o sistema de jurisdição unitária, em que o monopólio da função jurisdicional pertence ao Poder Judiciário, o qual deve apreciar qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos (Di Pietro, 2010).

A qualidade de ato administrativo decorre, então, de maneira sistemática, do fato de que a repercussão jurídica de tais atos gera efeitos para a coletividade, podendo, de maneira extraordinária, causar lesões ou ameaçar o exercício dos direitos fundamentais dos cidadãos, o que deve ser revisto pelo Poder Judiciário.

Assim, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício da função administrativa, independentemente se editado por órgãos administrativos, legislativos ou judiciais, desde que manifestem a vontade soberana do Estado. Além do que, são atos que se sujeitam ao controle judicial, posto que têm como finalidade precípua o interesse de toda a coletividade e tem seus efeitos repercutidos nessa.

2.1.1 Atos discricionários e vinculados

Com o intuito de examinar os limites da liberdade e controle do ato administrativo, além da sua conceituação, deve-se analisar a classificação quanto à vinculação e discricionariedade.

Cumprido salientar que todo ato administrativo está vinculado à lei e somente desta pode emanar qualquer atuação do ente estatal. Todavia, a própria lei pode conceder aos agentes públicos determinada margem de liberdade diante de um caso concreto, para que estes atuem segundo critérios de conveniência e oportunidade. Desta forma, diferenciam-se atos vinculados e discricionários, o que acertadamente explicita Gustavo Binembojm (2008, p. 200):

A vinculação da Administração à letra da lei pode ser rigorosa, sob a forma de *regras*: isto é, verificada uma dada hipótese, somente o comportamento previsto pela norma pode ser adotado; ou pode ser flexibilizada: diante da já referida impossibilidade (ou ao menos, inutilidade), de o legislador trazer no relato normativo a previsão e regulação de todas as hipóteses que acabam verificando-se na prática e suas

respectivas consequências, a norma confere às autoridades administrativas, expressas ou implicitamente, certos espaços de apreciação e escolha.

Os atos vinculados se originam de uma atuação administrativa em conformidade estrita com a lei, adstrita aos ditames legais de forma objetiva, de forma que o normativo legal estabelece todos os elementos do ato administrativo, sem dar ao administrador liberdade em optar por uma ou outra forma de agir.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (1993, p. 43), atos vinculados são “os que a Administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”.

Assim, preenchidos os requisitos legais, o particular tem o direito subjetivo de exigir que a autoridade pública edite o ato, estando esta obrigada a conceder o que foi requerido pelo administrado. Nesses casos, não há que se falar em qualquer apreciação subjetiva por parte da Administração Pública.

Juarez Freitas (1997, p. 132) conceitua como “aquele em que o agente público, no âmbito da Administração direta ou indireta, não goza de qualquer liberdade, estando jungido a cumprir os comandos legais”.

Bem verdade, o dispositivo legal traz em seu conteúdo todos os requisitos e pressupostos inerentes ao ato, não deixando qualquer margem de escolha ou liberdade para que o administrador atue de forma vinculada.

No que tange aos atos discricionários, a lei confere certa margem de liberdade para que o administrador atue segundo juízo de conveniência e oportunidade, consistindo no mérito do ato administrativo. Nessas hipóteses, o normativo legal determina a possibilidade de escolha do agente público.

Nesse sentido, Di Pietro (2010, p. 212) afirma:

A atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Nestes casos, o particular não pode exigir objetivamente qualquer atuação administrativa, cabendo ao administrador analisar as razões de oportunidade e conveniência para a realização do interesse público e posterior edição do ato.

No que diz respeito à discricionariedade, o autor Hely Lopes Meireles (2004) considera esta como característica naturalmente associada ao poder de polícia, explicitando que para efetivar restrições individuais em favor da coletividade, o

Estado se utiliza do poder discricionário, que é o poder de polícia administrativa. Além disso, afirma que a norma legal que confere este poder não minundeia o modo e as condições da prática do ato de polícia, sendo estes aspectos confiados ao prudente critério do administrador público.

Mas note-se que não consiste em um critério de índole totalmente subjetiva, visto que o administrador tem, ou ao menos deveria ter, sua atuação fundamentada pelos normativos legais e princípios constitucionais aplicáveis. Além do que, a percepção do agente público deve ir além do que prescrevem as leis propriamente ditas, valendo-se de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade inferido da Constituição.

Conforme preleciona Justen Filho (2013), a discricionariedade consiste no modo de disciplina normativa da atividade administrativa, caracterizada pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Desta feita, diante de uma situação concreta, cabe ao administrador buscar o melhor resultado de acordo com a finalidade pública, consistindo na discricionariedade a ele atribuída. Para Gustavo Binebojm (2008), o resultado buscado, em determinadas situações, pelo Poder Público pode já estar previsto na norma de competência, havendo, nesse caso, a opção por uma solução A, B ou C (discricionariedade de escolha) ou ser de livre escolha do administrador, que se mantém vinculado, apenas, pela finalidade estabelecida na lei (discricionariedade de decisão).

Não é raro ver-se a palavra discricionariedade de algum modo associada à arbitrariedade, tendo em vista a utilização do poder estatal para objetivos outros que não o interesse público, em alguns casos. Quando atua com arbitrariedade, o administrador excede os poderes que lhe são conferidos, não obedece às limitações explícitas (determinadas em lei) e implícitas (princípios constitucionais) impostas a ele.

É possível afirmar que a formação do mérito de um ato envolve questões subjetivas para o administrador, de forma que há necessidade de a própria lei, quando editada, estabelecer limites para atuação discricionária, além da possibilidade de aprofundamento do controle jurisdicional, o que obstaria arbítrios por parte dos agentes públicos e possibilitaria a melhor efetivação dos direitos fundamentais.

2.1.2 Modalidades de extinção

A extinção de um ato administrativo ocorre a partir do momento que este deixa de produzir seus efeitos no mundo jurídico, seja pelo cumprimento daqueles, o que se denomina extinção natural, seja por conter determinado vício de legalidade em sua formação. No presente trabalho serão tratados com mais acuidade, por guardarem maior importância para o tema, as modalidades anulação e revogação.

A anulação é decorrência da desconformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico, em outras palavras, desfaz-se o ato por razões de ilegalidade. Como a referida desconformidade atinge o ato desde sua criação, essa modalidade de extinção produz efeitos retroativos à data em que fora editado, ou seja, *ex tunc*.

Ocorre que, em determinadas situações, com o intuito de evitar prejuízos injustos a terceiros de boa-fé e enriquecimento sem causa da administração, alguns efeitos pretéritos, principalmente na esfera patrimonial, são mantidos, produzindo a anulação efeitos *ex nunc*.

É válido frisar que a essa modalidade de extinção, também denominada invalidação, pode ter como sujeito ativo tanto o Poder Judiciário quanto a própria Administração.

A Administração Pública pode e deve revisar os seus próprios atos quando forem ilegais, garantia advinda do Princípio da Autotutela, estampado no art. 53 da Lei 9.784/99, bem como sedimentado pela Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Súmula 473 – STF: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Importa ressaltar que a anulação feita pela própria Administração independe de provocação prévia dos interessados, posto que ela possui o dever de zelar pela legalidade dos seus atos. Todavia, a partir do momento que interfere no interesse de terceiros, a anulação depende de processo administrativo em que esteja garantido o contraditório e a ampla defesa.

No que diz respeito à anulação feita pelo Poder Judiciário, esta necessita de provocação prévia e decorre da garantia da inafastabilidade da jurisdição,

estampada no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Assim, partindo da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito será afastada da análise pelo Poder Judiciário, é plenamente possível que este retire do mundo jurídico atos administrativos em contrariedade com a lei, ainda que discricionários.

A revogação, segunda modalidade de extinção aqui analisada, corresponde a retirada do ato administrativo por motivos de inconveniência ou por não ser mais oportuna, para a Administração, a manutenção do ato. Da mesma forma que cabe à Administração sopesar os elementos de conveniência e oportunidade para a prática de certos atos, também lhe caberá fazer a mesma avaliação para retirá-los do mundo jurídico (Carvalho Filho, 2008).

Assim, infere-se que apenas os atos discricionários são passíveis de revogação, tendo em vista a peculiaridade inerente à análise de conveniência e oportunidade, exclusiva desta modalidade de ato. Somente a Administração Pública pode verificar as razões meratórias para a edição do ato e, por conseguinte, somente ela pode revogar e extinguir o ato discricionário do mundo jurídico.

Ainda na linha de pensamento de Carvalho Filho (2008), a revogação surge devido à necessidade de a Administração se adequar às novas realidades decorrentes das alterações das relações sociais, sem que, para isso, necessite recorrer ao Poder Judiciário.

Nestes casos, não se observa qualquer ilegalidade no ato, nem em sua edição, nem na produção dos seus efeitos, mas simplesmente a falta de conveniência diante uma realidade superveniente. Desta forma, a revogação produz efeitos *ex nunc*, ou seja, a partir dela mesma, respeitando os efeitos já produzidos anteriormente pelo ato.

Frise-se, mais uma vez, que a revogação, diferentemente da anulação, consiste em um poder exclusivo da Administração Pública, tendo em vista que a análise de conveniência e oportunidade só pode ser realizada por esta, fundamentando-se, para tanto, no Princípio da Autotutela, já explanado acima, sendo vedado ao Poder Judiciário sua apreciação.

Mais a frente, como cerne da questão discutida, abordar-se-á a invalidação dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, a partir de uma análise meritória, ou seja, envolvendo a discricionariedade dos atos administrativos decorrentes do poder de polícia à luz da juridicidade.

2.2 Poder de polícia administrativa

Interessante se torna esclarecer o que se entende por poder de polícia, quais são os atributos dos atos de polícia administrativa, bem como a natureza jurídica destes.

Como da essência do Estado Democrático, a Constituição Federal e diversas leis conferem uma gama de direitos aos cidadãos, tornando-se extremamente necessário que o Estado tenha a seu dispor instrumentos que permitam a realização do interesse público, entre os quais se destaca o poder de polícia.

O fundamento para o exercício do poder de polícia consiste no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, citando anteriormente como uma das prerrogativas dos atos administrativos, possibilitando uma preeminência da Administração frente aos particulares. Contudo, impende destacar que a supremacia do interesse público deve se originar de um juízo de ponderação em cada caso, sem que para isso se torne uma verdade absoluta a prevalência da finalidade pública sobre interesse privados.

Com esse entendimento, Gustavo Binenbojm (2010) explicita que o supracitado princípio guarda incompatibilidade em seu conceito, destacando três razões para isso, quais sejam, a não decorrência de uma análise sistemática do ordenamento jurídico; a não contraposição com o interesse privado e, por último, a incompatibilidade com os preceitos normativos de ordem constitucional.

Em outras palavras, o autor entende que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não encontra respaldo normativo, seja porque, de forma hermética posiciona o interesse público sobre o privado, seja porque não sopesa os referidos interesses, segundo princípios de ordem constitucional.

É a partir desta percepção que se concebe a necessidade de um aprofundamento do controle judicial, levando em conta a adequação do exercício do poder de polícia administrativa ao sistema principiológico constitucional e não apenas à legalidade estrita.

Binenbojm (2008) cita Celso Bandeira de Mello como defensor ferrenho do referido princípio, apresentando a noção de interesse público como projeção dos

interesses privados em um plano coletivo, representando o ideal de bem-estar e segurança almejado por um grupo social.

O referido entendimento torna-se questionável ao passo que a Administração Pública se vale, em determinadas situações, do princípio da supremacia do interesse público de forma intrasponível, sem levar em conta que o interesse público se trata, também, dos interesses privados, em um plano secundário.

Adiante, quando observado os limites constitucionais, o poder-dever de polícia possibilita que o estado condicione, limite e até mesmo restrinja direitos dos particulares em prol da finalidade pública. Nas palavras de Cretella Junior (1999, p. 30):

Polícia é sinônimo de regras de polícia, conjunto de normas impostas pela autoridade pública aos cidadãos, seja no conjunto da vida normal, diária, seja no exercício de atividade específica. Desse modo, toda regra de direito poderia ser compreendida como regra de polícia, no sentido mais amplo do termo.

Desta feita, o poder de polícia, em sentido amplo, pertence tanto ao poder Executivo quanto ao Legislativo, na medida em que este edita os normativos legais que criam as limitações administrativas, e aquele regulamenta as leis, controlando também a sua aplicação, preventiva ou repressivamente. O controle preventivo se dá pela expedição de notificações, autorizações e licenças, ao passo que o repressivo exsurge a necessidade de medidas coercitivas, tal qual a imposição de penalidades pecuniárias.

O referido poder tem sua conceituação jurídica bem delimitada e explicativa no art. 78 do Código Tributário Nacional. Vejamos:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

É válido ressaltar que não há necessidade de qualquer vínculo de natureza especial entre o particular e o Estado para que esse exercite o poder de polícia. Bem verdade, esse instrumento deve ser utilizado de maneira indistinta para com os particulares que se encontrem em situação de equivalência. Isso porque, em determinadas situações, o poder de polícia interfere diretamente no direito de propriedade e na esfera patrimonial dos administrados.

Nesse sentido, ODETE MEDAUAR (2003) enfatiza que esse tema está inserido na “encruzilhada autoridade-liberdade, Estado-indivíduo, que permeia o direito administrativo e o direito público, revelando-se pois muito sensível à índole do Estado e às características históricas, políticas e econômicas dos países.

Isto se dá justamente pelo fato de que os atos de polícia concretizam as necessidades do Estado, expressando, muitas vezes, seus objetivos políticos e econômicos. Além do que, inevitavelmente, carregam consigo aspectos profundos da história do país e das suas origens democráticas.

Ocorre que, em algumas situações, as aspirações políticas e econômicas podem se sobrepor à finalidade pública, ao bem-estar da coletividade, caracterizando um desvirtuamento da função essencial do poder de polícia, que seria traduzido na realização do interesse público em consonância com os interesses privados.

Em sentido estrito, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 809), conceitua poder de polícia como aquele que abrange:

as intervenções, quer gerais e abstratas, como os regulamentos, quer concretas e específicas (tais como as autorizações, as licenças, as injunções) do Poder Executivo, destinadas a alcançar o mesmo fim de prevenir e obstar ao desenvolvimento de atividades particulares contrastantes com os interesses sociais.

A partir do momento que se afirma que o referido poder é a faculdade de restringir liberdades individuais, direitos dos particulares, é mister se inferir pela necessidade de lei prevendo limitações, visto que a Administração Pública tem sua atuação pautada no princípio da legalidade positiva, a qual só é permitido atuar de acordo com normativo legal permissivo. Além disto, é de salutar importância a verificação da conformidade do exercício do poder de polícia com a garantia dos direitos fundamentais.

Ressalte-se, ainda, a diferenciação entre poder de polícia administrativa e judiciária, a qual se baseia na ocorrência ou não de ilícito penal. Assim, quando o ilícito configura determinado crime, a atuação é da polícia judiciária, sendo regida pelo Direito Penal. Outro aspecto diferenciador relaciona-se com fato de que a polícia administrativa incide sobre bens, direitos e atividades, enquanto a polícia judiciária incide sobre pessoas.

2.2.1 Natureza jurídica dos atos decorrentes do poder de polícia

Após uma análise conceitual do poder de polícia, cumpre tecer algumas considerações quanto à natureza jurídica dos atos emanados desta atividade, tendo em vista a repercussão dos efeitos jurídicos na esfera dos particulares e a necessidade de aprofundamento do controle judicial.

Primeiramente, considera-se o poder de polícia como um poder negativo, tendo em vista que enseja aos particulares obrigações de não fazer, se abstendo estes da prática de determinado ato que confronte o interesse coletivo, e também de tolerar, suportando a limitação do exercício de determinadas liberdades individuais. Neste sentido, Roberto Franco (2013, p. 33) explicita:

A caracterização do poder de polícia como sendo um poder negativo é realizada pela maioria dos autores clássicos, que a contrapõe com a atividade de prestação de serviços em que é oferecido pelo Poder Público algum benefício ao particular. Como no exercício do poder de polícia nada é oferecido em termos de vantagens diretas, diz-se negativo.

Justamente por esta peculiaridade, de atividade predominantemente negativa, é que o poder de polícia possui o condão de interferir na vida dos administrados e, por conseguinte, impor limitações ao exercício das liberdades privadas, o que pode causar, caso não haja a conformidade com o sistema principiológico constitucional, interferências intoleráveis, necessitando da verificação de conformidade pelo Poder Judiciário.

Atualmente, têm-se admitido atos positivos oriundos do poder de polícia, ou seja, pode o estado, por meio de lei expressa, determinar obrigações de fazer ao particular, com o objetivo maior de alcançar o interesse público (Carvalho, 2015). Dessa feita, por meio de notificação, comunica-se ao particular o dever deste se adequar ao que lhe fora imposto, não consistindo em uma abstenção por parte do administrado, mas em uma obrigação de fazer, atividade positiva.

É o que preceitua, Celso de Mello (2006, p. 788):

Assim, muito embora, predominantemente negativas, no sentido de impor proibições e limitações (non facere), há atividades de polícia que impõem ao particular condutas comissivas, tais como a exigência de dar ao imóvel uma destinação conforme o Plano Diretor da Cidade.

Pelo exposto, percebe-se que Administração Pública utiliza a atividade de polícia administrativa, na busca pelo bem-estar social, tanto de maneira negativa,

impondo obrigações de não fazer e limitações, quanto de forma positiva, fixando aos particulares obrigações de fazer, de se adequar aos regulamentos gerais, impostos à coletividade.

Pelo exposto, considera-se ainda mais indispensável que o Poder Judiciário adentre a discricionariedade de atos que causem aos administrados interferências incabíveis, ou mesmo, que confrontem de forma intolerável o pleno exercício dos direitos fundamentais.

2.2.2 Atributos do poder de polícia

Os atributos do poder de polícia são considerados características essenciais ao exercício da atividade em questão, visto que possibilitam que a Administração Pública se sobreponha aos administrados, impondo-lhes as obrigações (de fazer ou não fazer), distinguindo-se pois, dos atos administrativos em geral. Roberto Franco (2013, p. 28) precisamente aborda esta peculiaridade, expondo que:

É seguramente a soma destes elementos que tornam peculiar a atuação do Poder Público no exercício do poder de polícia, distinguindo-o dos demais atos administrativos. Na visão clássica, somente quando o Estado age impondo limites à liberdade individual e buscando a realização do interesse público é que estamos diante do poder de polícia.

São apontados como características ou atributos do poder de polícia a autoexecutoriedade, a coercibilidade e a discricionariedade.

Em relação à discricionariedade, como já dito em tópico anterior, embora esteja presente em grande parte dos atos de polícia, não é sempre que ocorre. Isso porque inexistente qualquer poder absolutamente discricionário. Assim, entende-se que a discricionariedade como atributo essencial está relacionada ao poder de polícia em sentido amplo, ou seja, à atuação do legislador diante da edição de normas limitadoras dos direitos individuais. No que diz respeito ao sentido estrito, determinadas situações serão de atuação vinculada, sem margem de escolha e decisão do administrador e outras serão de atuação discricionária, segundo a análise de conveniência e oportunidade.

A autoexecutoriedade inerente aos atos de polícia enseja à Administração Pública a possibilidade de promover a sua execução sem a necessidade de intervenção, leia-se autorização do Poder Judiciário. Desta feita, utiliza-se de

instrumentos próprios para coagir o particular a obedecer aos comandos formulados. Nesse sentido, alguns doutrinadores costumam desdobrar o atributo em dois, quais sejam, a exigibilidade e a executoriedade.

A exigibilidade consiste na faculdade que tem a Administração de se valer de meios indiretos de coação, possibilitando que aquela tome decisões executórias sem análise preliminar do judiciário, tal qual a multa. Na executoriedade, os meios utilizados são diretos, caracterizando-se como uma execução forçada, que também independe de autorização do Poder Judiciário.

Todavia, é válido ressaltar determinadas peculiaridades deste atributo, em que pese o fato de que a executoriedade deve está autorizada expressamente em lei, ou ainda, ser considerada uma medida de urgência, essencial para proteção do interesse público.

Por sua vez, a prescindibilidade de autorização do Poder Judiciário traz consigo a possibilidade de, depois da conduta decorrente do exercício da polícia administrativa, esta ser controlada judicialmente, não levando em conta apenas a legalidade do ato em questão, mas toda sua conformidade com os princípios constitucionais.

No que diz respeito à coercibilidade, este atributo tem como característica essencial tornar o ato obrigatório para o administrado, independente de sua vontade. Por esse motivo, tem-se a autoexecutoriedade e a coercibilidade como atributos indissociáveis.

No entanto, é válido frisar que as características inerentes a cada um dos atributos não impedem que o particular contrarie o ato de polícia e recorram ao Poder Judiciário, desde que, para isso, os atos estejam eivados de ilegalidade ou que tenham causado danos insuportáveis e desproporcionais.

2.2.3 Limites do poder de polícia

Sendo o poder de polícia decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, ainda que dotado de discricionariedade, deve obedecer determinadas limitações no que tange à forma, à competência, aos fins e, também, aos motivos ou ao objeto.

Quando discricionário, a própria lei deve traçar os contornos do ato e estabelecer limites para atuação do administrador, de maneira a permitir que analise a

conveniência e oportunidade, mas não se utilize do ato para finalidade outra que não o interesse público.

Como já dito, quanto aos fins, deve sempre ser buscada a finalidade pública, tendo em vista que a justificativa utilizada para permitir a restrição de liberdades e direitos dos particulares é, justamente, a supremacia do interesse público. Desta feita, objetivando beneficiar ou prejudicar determinadas pessoas, o poder de polícia perderia sua justificativa, tornando-se portanto ilegal.

No que tange ao objeto, o administrador deve utilizar o princípio da proporcionalidade, sopesando a complexa relação entre meios e fins. Assim, o objeto do poder de polícia será sempre o condizente e necessário à realização do interesse público. A finalidade intrínseca na escolha do objeto sobre o qual recairá as restrições consiste na fruição dos direitos individuais em consonância com o bem-estar social. Em outras palavras, permitir a liberdade e o exercício dos direitos dos particulares em harmonia com o interesse da coletividade, visando a paz social.

Cumprido salientar que alguns autores estabelecem regras a serem observadas pela polícia administrativa, com o intuito de não impedir o exercício dos direitos individuais, quais sejam, a necessidade, a proporcionalidade e a eficácia. Quanto à primeira, esta corresponde ao fato de que o ato de polícia deve ser tomado para evitar ameaças reais ou iminentes de perturbação do interesse público.

A proporcionalidade, como já dito acima, diz respeito à relação entre os meios e fins, devendo as limitações estar em consonância com o prejuízo a ser evitado.

Nas palavras de Fernanda Marinela (2012, p. 231) “exige-se proporcionalidade entre a medida adotada e a finalidade legal a ser atingida, bem como a proporcionalidade entre a intensidade e a extensão da medida aplicada, além da exigência ser a medida eficiente”.

A eficiência supracitada pela autora se compreende como satisfatória para a finalidade almejada, conseguindo, por certo, o melhor resultado entre os esperados. Distingue-se de eficácia, na medida em que esta demonstra que a medida de polícia deve estar apta a impedir o dano ao interesse público.

Diante do exposto, quando a Administração Pública se utilizar de meios coativos que interfiram diretamente na esfera do particular deve atuar com extrema cautela, nunca aplicando medidas mais enérgicas que as necessárias ao resultado previsto no dispositivo legal.

3 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO

A administração pública, enquanto atividade exercida por seres humanos, indivíduos diferentes entre si, com aspectos econômicos, culturais e sociais distintos, está sujeita à falibilidade, ou seja, ao erro, ao fracasso.

É válido mencionar que a relação entre o Estado e seus agentes se dá pela Teoria do Órgão, teoria esta em que as vontades de ambos se confundem, posto que os agentes públicos estão investidos em um poder, por força de determinação-legal, para agir em nome do Estado.

Com efeito, há que se reconhecer a possibilidade de desvirtuamento e abuso de poder por parte dos agentes, que podem fazer transcender os seus interesses particulares sob a égide do interesse público.

Com o intuito de corrigir e ajustar os atos praticados por indivíduos que estão no exercício da atividade administrativa é que se faz possível e necessário o controle da Administração Pública, podendo ser exercido pelos poderes Legislativo, Judiciário e, também, pela própria Administração.

Além do que, a Administração Pública, como o próprio nome deixa claro, pertence ao povo, considerando-se que os cidadãos a sustentam por meio do pagamento de tributos, sendo necessário, portanto, que o exercício de suas atividades seja controlado como forma de se garantir o cumprimento de seu objetivo maior, o bem-estar social. A fiscalização e a revisão de suas condutas são consideradas direito do cidadão e dever do Estado.

Assim, o controle é tido como um instrumento da democracia, em que a sociedade tem o direito e o dever de exigir o exercício da atividade em consonância com as necessidades públicas. O Estado, atuando como gestor de coisa alheia, necessita pautar sua atuação na transparência, de forma a permitir que o efetivo titular do interesse público, o povo, verifique se as atividades estatais estão suprimindo os anseios da coletividade.

Em termos técnicos, o controle pode ser entendido como uma função não só administrativa, sendo capaz de medir e avaliar o desempenho da administração, adotando, posteriormente, medidas corretivas, caso alguma falha seja identificada. Importa salientar que não há qualquer norma legal específica que discipline o controle do exercício da administração, derivando-o, assim, de esparsos dispositivos constitucionais e leis infraconstitucionais.

Nas palavras de Di Pietro (2010, p. 728):

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Por outras palavras, o controle se dá tanto no que tange à legalidade dos atos administrativos, na qual se analisa a conformidade do ato com o ordenamento jurídico vigente, bem como no que tange ao seu mérito. Quanto à segunda modalidade de controle, há grande celeuma de quem possa controlar, sendo indiscutível o controle de mérito exercido pela própria Administração, derivação do princípio da autotutela.

Tal ressalva é feita justamente com o intuito de introduzir a discussão quanto à análise de mérito dos atos discricionários decorrente do poder de polícia pelo Poder Judiciário.

Nos dizeres de Fernanda Marinela (2012, p.1014) “a abrangência do controle é bem ampla e alcança toda a atividade administrativa, atingindo assim todas as esferas de todos os Poderes, pois, (...) todos os Poderes do Estado exercem atividade administrativa”.

Muito embora não seja a regra, o controle atinge os atos dos Poderes Legislativo e Judiciário, contudo, apenas no que diz respeito aos atos praticados no exercício da atividade administrativa. Os referidos poderes atuam como Administradores Públicos de forma atípica, ou seja, exorbitam as funções típicas a eles inerentes, todavia, sob o manto da legalidade.

No presente capítulo serão tratadas as modalidades de controle jurisdicional da administração quanto ao parâmetro utilizado, quais sejam, a legalidade e o mérito dos atos administrativos. Contudo, faz-se necessário tecer breves comentários acerca do controle exercido pelos poderes Executivo e Legislativo, diferenciando-os assim do controle exercido pelo Poder Judiciário.

O controle administrativo se trata do controle exercido no âmbito da própria Administração Pública em relação às condutas praticadas por esta, que decorre diretamente do poder de autotutela, princípio inerente ao regime jurídico administrativo, o qual permite que a Administração reveja seus atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes.

Conforme o exposto, a análise deve pautar-se tanto na legalidade dos atos, quanto no mérito destes. Como já citado no capítulo anterior, é entendimento sedimentado (Súmula 473 do STF) a possibilidade de a Administração Pública anular seus atos, quando ilegais, ou revogá-los, quando não mais existir conveniência e oportunidade na manutenção desses.

Importa salientar que o controle interno da administração pública tem como finalidades precípua a comprovação da legalidade e avaliação dos resultados, quanto à eficácia e eficiência; a avaliação do cumprimento das metas previstas no plano plurianual e, também, o apoio ao controle externo.

O ordenamento jurídico pátrio define inúmeros meios de controle administrativo, alguns de maior relevância prática que outros, contudo, todos importantes mecanismos para a eficácia daquele, resultando em uma gestão mais responsável da coisa pública.

Podem ser citados como meios de controle administrativo a fiscalização hierárquica, a supervisão ministerial, o direito de petição e o processo administrativo. Em poucas palavras, e não obstante sua importância, serão aqui brevemente conceituados.

A fiscalização hierárquica é exercida, dentro da mesma Administração, por órgãos superiores sobre os inferiores. Como o próprio nome deixa claro, deriva da hierarquia inerente à Administração Pública, em que órgãos de posição superior dentro da estrutura organizacional podem e devem fiscalizar, ordenar e corrigir os atos de seus subordinados.

No que diz respeito à supervisão ministerial, também chamada de tutela administrativa, esta não deriva do poder hierárquico e, sim, do controle finalístico que deve a Administração Direta exercer sobre as entidades da Administração Indireta. Por outras palavras, é o controle do atendimento das finalidades para que foram criadas as entidades da Administração Indireta, exercida pelos órgãos a que estejam vinculadas, posto que não hierárquica entre eles.

Adiante, tem-se o direito de petição como garantia constitucional, estampada no art. 5º XXXIV da CF, o qual confere a todos os cidadãos a possibilidade de formular uma petição a qualquer autoridade pública, objetivando uma resposta ao seu questionamento. Assim, entende-se como uma forma de controle administrativo de provocação dos administrados, o qual tem o direito de exigir “satisfação” da Administração Pública quanto às condutas perpetradas.

O processo administrativo, em sentido estrito, designa uma sucessão de atos concatenados, cujo objetivo maior seria verificar a legalidade, validade e eficácia de uma conduta praticada pela Administração. Possui dispositivo legal específico regulando-o, qual seja a Lei nº 9.784. Neste mecanismo de controle, encontram-se também os recursos administrativos, que propiciam, por seu turno, a possibilidade de a Administração reexaminar suas decisões internas. Ocorre que, nestes casos, o recurso é direcionado à autoridade imediatamente superior à que tenha editado o ato questionado.

Por esses mecanismos citados, infere-se que controle administrativo pode ser exercido de forma prévia, concomitante ou posterior à edição do ato controlado. Ademais, o controle administrativo pode ser iniciado mediante provocação dos administrados ou por iniciativa do próprio órgão da Administração, o chamado controle *ex officio*.

No que diz respeito ao controle exercido no âmbito do Poder Legislativo sobre a atividade administrativa, é considerado decorrência de dispositivos constitucionais específicos, que atribuem ao Congresso Nacional e seus órgãos auxiliares a tarefa de controlar politicamente a atividade administrativa, bem como controlar financeiramente os gastos públicos nas três esferas de poder.

José dos Santos Carvalho Filho (2010) ressalta que o Poder Legislativo é a materialização da vontade do povo, sendo o reflexo da representação popular, de forma que se faz necessária a outorga dessa função específica de fiscalização da atuação administrativa. Bem verdade, esse entendimento representa o fundamento maior da possibilidade de controle inerente ao Poder Legislativo.

O controle legislativo pode ser efetuado de forma direta, em casos que o próprio parlamento, através do Congresso Nacional ou de uma de suas casas, manifesta a fiscalização, revisão e correção dos atos e contratos administrativos em questão, em que se pode citar como exemplos a competência do Congresso Nacional para: autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional; suspender atos normativos do Chefe do Executivo que extrapolem o poder regulamentar, invadindo seara de lei; atuar de forma investigatória nas Comissões Parlamentares de Inquérito, entre outros.

Ainda exerce controle legislativo, só que de forma indireta, com o auxílio dos Tribunais de Contas. Estes são tribunais administrativos, cuja relevância para sociedade consiste na fiscalização e julgamento das contas de administradores

públicos, sejam eles da Administração Direta, Indireta ou de entidades privadas que recebam recursos financeiros públicos.

Assim, o controle legislativo indireto se dá nos casos trazidos pela Constituição Federal, em seus arts. 71, 74 e 161, entre os quais se destacam: apreciação das contas anuais do Presidente da República; fiscalização da aplicação de recursos da União repassados a Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios; aplicação de sanções e determinação para corrigirem irregularidades e ilegalidades em atos e contratos, entre outros.

Forçoso reconhecer a importância do controle legislativo para sociedade, posto que lida de forma direta com os gastos públicos da Administração, verificando a consonância da aplicação dos recursos financeiros com a finalidade maior, qual seja, o interesse público.

Com origem no sistema de freios e contrapesos, ou mesmo, equilíbrio de Poderes, o Poder Judiciário exerce papel de grande relevância para o bem-estar social, ao passo que controla a legalidade e constitucionalidade de atos e leis dos demais poderes, inclusive dele mesmo. O controle judicial diz respeito ao poder de fiscalização do Judiciário frente os atos administrativos oriundos da órbita administrativa, legislativa e judiciária.

Carvalho Filho (2010, p. 941) reconhece que a importância do controle judicial é mais destacada se levarmos em conta os direitos e garantias fundamentais, estatuídos na Constituição, afirmando que:

O Judiciário, por ser um Poder equidistante do interesse das pessoas públicas e privadas, assegura sempre um julgamento em que o único fator de motivação é a lei ou a Constituição. Assim, quando o Legislativo e o Executivo se desprendem de seus parâmetros e ofendem tais direitos do indivíduo ou da coletividade, é o controle judicial que vai restaurar a situação de legitimidade, sem que o mais humilde indivíduo se veja prejudicado pelo todo-poderoso Estado.

É inegável que os poderes Legislativo e Executivo sofrem interferência substancial em suas condutas e decisões, seja de ordem política, econômica ou mesmo privada. O Poder Judiciário por excelência, por se encontrar em uma posição de independência política, acaba por se distanciar desses interesses, resultando em um controle mais imparcial, em que apenas as leis e, muito mais, os princípios constitucionais o guiam.

Inobstante a isso, outro fundamento legitimador do controle jurisdicional dos atos administrativos refere-se ao Sistema de Unidade de Jurisdição. Neste sistema, apenas o Judiciário detém o poder de decisão acerca de controvérsias com definitividade. Com respaldo constitucional, sufragado nos termos do art. 5º, XXV da CF, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

Na lição de Hely Lopes Meireles (2002, p. 673):

Os atos sujeitos a controle judicial comum são os administrativos em geral. No nosso sistema de jurisdição judicial única, (...), a Justiça Ordinária tem a faculdade de julgar todo ato de administração praticado por agente de qualquer dos órgãos ou Poderes de Estado. Sua limitação é apenas quanto ao objeto do controle, que há de ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência, oportunidade ou eficiência do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

Nesta linha de raciocínio, o mérito do ato administrativo estaria incólume a qualquer controle na esfera judicial, não havendo possibilidade de análise e apreciação dos seus elementos, posto que isto interferiria de forma insuportável e prejudicial ao princípio da separação dos poderes.

Com o mesmo entendimento, Carvalho Filho (2010) afirma, de forma contundente, ser o controle judicial sobre os atos administrativos exclusivamente de legalidade, podendo confrontar qualquer ato administrativo com a lei e a Constituição, verificando sua compatibilidade normativa.

Os referidos doutrinadores identificam a legalidade como sendo o limite do controle judicial, não podendo ser vislumbrada qualquer análise sobre o mérito dos atos administrativos, tendo em vista a grave ofensa constitucional à tripartição dos poderes. O tratamento inicialmente dispensado ao mérito administrativo correspondia a um poder concedido, exclusivamente, aos administradores para atuarem segundo juízo de conveniência e oportunidade, sem que, para isso, houvesse qualquer limitação, senão a legalidade administrativa.

3.1 Controle de legalidade dos atos administrativos

A possibilidade de controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos administrativos é indiscutível, em que pese o fato de a Administração Pública ter como um de seus pilares fundamentais a obediência estrita à lei, agindo os administradores conforme esta determina. Dessa forma, pode estabelecer que, no Direito Administrativo, se aplica o princípio da subordinação à lei. Não havendo

previsão legal, está proibida a atuação do ente público e qualquer conduta praticada ao alvêdo do texto legal será ilegítima (Carvalho, 2015).

Desta feita, no momento em que restar identificado qualquer confronto direto entre o ato administrativo e o dispositivo legal, aquele estará sujeito ao controle e revisão por parte do Judiciário.

Di Pietro (2010, p. 748) explica que:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (art. 5º, inciso LXXIII, e 37).

Esse entendimento vai ao encontro do princípio da legalidade referido acima, demonstrando a intrínseca relação existente entre o controle jurisdicional e a obediência estrita à lei, o que durante muitos anos foi tido como núcleo essencial do Direito Administrativo.

O controle de legalidade aqui analisado corresponde aos elementos dos atos administrativos que serão sempre vinculados, independentemente de o ato ser discricionário ou vinculado, quais sejam, competência, forma e finalidade. Todos estes devem estar presentes no dispositivo legal a que o ato administrativo se fundamenta, não havendo possibilidade de serem convalidados, posto que são considerados nulos desde sua origem, resultando a sua anulação efeitos *ex tunc*, ou seja, retroativos a data da sua edição. É o que se observa no seguinte julgado:

Ação declaratória de nulidade de auto de infração - Multa de trânsito - Pedido dirigido contra a sede administrativa do município - Erro formal sanável de ofício - Preliminar de legitimidade passiva do município - Não conhecer - Infração detectada por controlador eletrônico - Órgão autuador - Sociedade de economia mista - Impossibilidade - **Incompetência reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial 817.534/MG - Ato administrativo restritivo de direito do administrado - Efeitos ex tunc - Nulidade da autuação** - Apelação a que se dá provimento.

1) Apesar de a sede administrativa da municipalidade tratar-se de ente despersonalizado e, por isso, não possuir capacidade de ser parte, o equívoco cometido pelo autor traduz mera irregularidade formal, podendo ser sanado de ofício, haja vista a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas. 2) Não há falar em legitimidade passiva do município, quando o agente autuador da multa de trânsito não é a municipalidade e inexistente qualquer demonstração de crédito inscrito em dívida ativa. **3) A anulação de**

ato administrativo restritivo de direito do administrado comporta efeitos ex tunc, restabelecendo a ordem jurídica lesada. 4) É nula a autuação efetuada por agente de trânsito, cuja a incompetência para aplicação de multas foi reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça.(TJ-MG - AC: 10024101659050001 MG, Relator: Marcelo Rodrigues, Data de Julgamento: 29/04/2014, Câmaras Cíveis / 2ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 12/05/2014)

Observa-se, portanto, que, visando restabelecer a ordem jurídica lesada pela edição de ato com vício de competência, a anulação resulta efeitos desde a origem do ato, ou seja, desde o momento em que fora editado, não havendo, no presente caso a possibilidade de convalidação do vício.

A verificação de inconformidade dos elementos vinculados do ato com o normativo legal pelo Poder Judiciário constitui a modalidade de extinção chamada anulação, já explicada em tópico anterior. A anulação efetuada pelo Poder Judiciário em decorrência da ilegalidade dos atos administrativo é indiscutível, senão vejamos a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. PODER DE POLÍCIA. APLICAÇÃO DE MULTA. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ CONDICIONADA AO PAGAMENTO DA SANÇÃO IMPOSTA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. TUTELA ANTECIPADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. CONCESSÃO QUE SE IMPUNHA. AGRAVO DESPROVIDO. I - Não pode a Administração Pública atuar contra a lei ou além da lei, mas tão somente adstrita aos comandos normativos. Os atos que infrinjam a determinação legal são dotados de invalidade, a qual pode ser decretada pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário, não havendo violação da separação ou independência dos Poderes, nesta última hipótese. II - Afronta o princípio da legalidade o ato administrativo que condiciona a expedição de alvará de funcionamento ao pagamento da multa imposta ao administrado. III - A objeção à concessão do alvará é possível, mas apenas se a empresa estiver em desconformidade com os requisitos impostos pela Vigilância Sanitária. Não poderá a simples falta de pagamento de multa administrativa impedir o regular funcionamento da empresa, principalmente se a viabilidade da multa estiver sendo questionada na justiça. IV - Agravo desprovido. (TJ-MA - AG: 211062008 MA, Relator: MARCELO CARVALHO SILVA, Data de Julgamento: 11/12/2008, SAO LUIS,)**

Conforme o exposto no julgado supracitado, considera-se incontroversa a possibilidade de anulação dos atos administrativos ilegais pelo Poder Judiciário, resultando para a Administração o dever de editá-los novamente, “agora” de acordo com as diretrizes legais aplicáveis.

Germana de Moraes (2004, p. 161) explica as consequências jurídicas da anulação pelo Poder Judiciário:

Ao proceder à revisão do processo de tomada de decisão do ato discricionário e de definição de seu conteúdo, poderá o juiz concluir que o ato administrativo acatou os princípios gerais do Direito e não causou qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos protegidos pela Constituição. Nesse momento, é dever do magistrado abster-se de continuar a questionar a validade do conteúdo do ato administrativo. Se concluir, de modo contrário, que o ato administrativo malferiu os princípios jurídicos, poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição, excluído, por óbvio, o conteúdo anterior.

Diante do exposto, nota-se a preocupação com a independência entre os poderes, atuando o judiciário apenas por meio das medidas cabíveis e necessárias à proteção dos direitos individuais, não se imiscuindo da tarefa de renovação do mérito administrativo.

3.2 Princípio da juridicidade e controle de mérito dos atos administrativos

Com o nascimento do pós-positivismo, o Direito Administrativo sofreu profundas mudanças em seu núcleo essencial, principalmente no que diz respeito ao absolutismo da lei. Antes, sob o império desta, o administrador público não necessitaria se ater a fundamentos outros que não o dispositivo legal. Com as referidas modificações, a Constituição passou a ser o alicerce maior da atuação administrativa, em que as normas e princípios constitucionais passaram a nortear a gestão do interesse público.

O princípio da juridicidade administrativa vem ao encontro desta transformação, acarretando para a Administração Pública uma vinculação ao ordenamento jurídico como um todo, levando em conta todo o regramento constitucional. Bineboijm (2008, p. 143), ao elencar as formas como a juridicidade pode se materializar, afirma:

A juridicidade administrativa poderá, portanto: (I) Decorrer diretamente da normativa constitucional; (II) assumir a feição de uma vinculação estrita à lei (formal ou material) ;ou (III) abrir-se à disciplina regulamentar (presidencial ou setorial), autônoma ou de execução, conforme os espaços normativos.

Dito isto, percebe-se que o parâmetro utilizado pelos magistrados quando da verificação de compatibilidade do ato administrativo com a juridicidade administrativa deve levar em conta não só as normas legais específicas, mas o ordenamento jurídico como um todo, inclusive as normas e princípios constitucionais, explícitos ou implícitos. Outrossim, infere-se que os próprios regulamentos oriundos da Administração Pública, com o fito de facilitar a execução dos normativos legais, devem ser coerentes com a juridicidade administrativa, em sentido amplo.

Em continuidade, não se faz seguro conceder determinado poder aos administradores, qual seja, a discricionariedade, sem oferecer instrumentos capazes de verificar os seus pressupostos e o atingimento da finalidade pública, comedindo a sua atuação.

Ademais, a atividade administrativa não pode ser reduzida à aplicação mecanicista da lei, haja vista a subjetividade inerente a determinadas condutas, tais como o condicionamento do exercício de direitos individuais e a restrição às propriedades particulares visando o bem-estar da coletividade. A apreciação subjetiva pertinente aos atos discricionários requerem muito mais do que a obediência fiel aos dispositivos legais, encontrando guarida na Teoria dos Direitos Fundamentais. Nesse sentido, Gustavo Bineboijm (2006, p. 37) afirma:

Deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo. A superação do paradigma da legalidade só pode dar-se com a substituição da lei pela Constituição como cerne da vinculação administrativa à luz da juridicidade.

Pelo exposto é que aqui se defende o aprofundamento do controle judicial sobre os atos discricionários, não se restringindo apenas à legalidade da atuação administrativa, mas a sua consonância com toda a égide constitucional.

Bineboijm (2008,p. 198) acertadamente explica, nesse contexto, a crise da legalidade:

Diante da rapidez e imprevisibilidade com que as mudanças ocorrem no Mundo Atual, e da conseqüente impossibilidade de o legislador prever e regular, por meio do complexo e lento processo legislativo, todas as situações

que demandariam uma resposta do Poder Público, ganha a Administração Pública um papel de notória proeminência a respeito da crise da lei formal.

O pós-positivismo traz para Administração Pública, de forma intrínseca, a impossibilidade de esgotamento das condutas administrativas em dispositivos legais, tendo em vista a rápida e intensa dinâmica das relações sociais, que, obviamente, superam a da criação das leis. Por este motivo é que há necessidade do poder-dever de discricionariedade dos agentes públicos, para que, assim, possam acompanhar o fluxo das relações sociais. Os princípios passam, como não deveria deixar de ser, a ordenar toda a atuação administrativa, independentemente da consonância com a lei expressa.

Assim, necessário se faz que o controle judicial percorra caminhos outros que não a estrita análise de legalidade. Não se trata aqui de uma ofensa ao princípio da separação dos poderes, mas, sim, de uma verificação de consonância da atuação administrativa com o interesse público e, por conseguinte, com o amplo exercício dos direitos fundamentais pelos indivíduos.

À medida que maiores poderes são concedidos ao administrador público, maiores deverão ser os seus instrumentos de controle. Como acertadamente delimita a premissa de Montesquieu (1910, p. 32): “todo homem investido de poder é tentado a abusar dele”. Por este motivo é que não se pode permitir que a discricionariedade e o mérito dos atos de polícia administrativa mascarem abusos ou, mesmo, obstem a realização de direitos fundamentais.

Ocorre que, grande parte da doutrina conservadora e, também, os tribunais são receosos quanto ao controle da discricionariedade administrativa, senão vejamos:

DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO INTIMAÇÃO DEMOLITÓRIA. CONSTRUÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO E EM ÁREA PÚBLICA. IRREGULAR. EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. DISPOSIÇÃO LEGAL.

1. É legal o ato administrativo que determina a demolição de obra sem a observância dos requisitos legais, ainda mais quando localizada em área pública. 2. Afigura-se como exercício legítimo do poder de polícia da Administração Pública a incursão administrativa para a observância das normas legais e resguardo do patrimônio público na esfera do direito individual. 3. São atributos do poder de polícia a autoexecutoriedade, a discricionariedade e a coercibilidade. 4. Não cabe ao Poder Judiciário interferir na implementação da política habitacional do governo com

instrumento de Planejamento urbanista, cabendo apenas o controle da legalidade dos atos administrativos.5. Constatada a realização de obra sem prévio licenciamento, nos termos do que exigido pelo Código de Edificações do Distrito Federal, e, ainda, erigida em área pública, mostra-se acertada a lavratura de intimação demolitória.6. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (TJ-DF - APC: 20150110214463APC, Relator: GISLENE PINHEIRO, Data de Julgamento: 08/04/2015, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 02/05/2016, p. 176-201)

No mesmo sentido:

DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PEDIDO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. REMOÇÃO DE AMBULANTES DAS VIAS PÚBLICAS. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO LEGAL. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PARA EXERCER O PODER DE POLÍCIA E EXECUTAR POLÍTICAS PÚBLICAS. IMPOSSIBILIDADE DE INGERÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO ANTE A AUSÊNCIA DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NA CONDUTA DO MUNICÍPIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-RN - AC: 11650 RN 2009.011650-6, Relator: Des. Aderson Silvino, Data de Julgamento: 23/04/2010, 2ª Câmara Cível,)

Com os avanços sentidos após a Constituição de 1988, passou-se a admitir a possibilidade de controle da discricionariedade, levando em conta aspectos como a razoabilidade e a proporcionalidade. Observe-se:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. **DISCRICIONARIEDADE** DO IBAMA. MULTA POR MANTER ESPÉCIES DA FAUNA SILVESTRE EM CATIVEIRO. CONVERSÃO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MELHORIA E RECUPERAÇÃO DA QUALIDADE DO MEIO AMBIENTE. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL. **RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE**.

1. O IBAMA detém certa **margem de discricionariedade quanto à aplicação das penalidades administrativas imputadas em decorrência do exercício do seu poder de polícia. Todavia, deve observar a correspondência entre a conduta e a sanção**, bem como outras circunstâncias, de acordo com o que estabelece o art. 6º da Lei nº 9.605/98.
2. A legislação ambiental estabelece que a conversão da multa simples em prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade

do meio ambiente é faculdade do IBAMA. Contudo, a discricionariedade do Administrador deve estar pautada nos princípios da Administração Pública, dentre os quais se inserem o da razoabilidade e o da proporcionalidade. 3. No caso, o valor da multa de R\$ 13.000,00 é excessivo diante da conduta praticada, considerando as circunstâncias e as condições sócio-econômicas do autor, pessoa hipossuficiente e de pouca escolaridade. 4. O fato de o autor ter eventualmente perdido o prazo para apresentação da proposta de prestação de serviços, conforme alega o IBAMA, não pode representar obstáculo intransponível para a aplicação de sanção mais razoável, proporcional e adequada ao caso. 5. Não se pode conceber que a penalidade por infração administrativa, que representou multa de R\$ 13.000,00, seguida de inscrição na dívida ativa, no Cadastro de Inadimplentes do Banco Central - CADIN e ajuizamento de execução fiscal, na qual foi determinada a constrição sobre valores existentes em contas da titularidade do autor, seja medida razoável ou proporcional, tendo em vista que, no processo criminal a que respondeu, o autor realizou transação penal, ficando obrigado apenas a doar cestas básicas no valor de R\$ 300,00 e vales transportes no valor de R\$ 600,00. 6. Por fim, demonstrada a verossimilhança das alegações, o receio de dano irreparável está presente diante da inscrição em dívida ativa, no CADIN, e do ajuizamento de execução fiscal com constrição de valores. Dessarte, afigura-se correto o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela, já que presentes os pressupostos do art. 273 do CPC. 7. Apelação e remessa desprovidas. (TRF-2 - REEX: 201250010126737, Relator: Desembargador Federal ALEXANDRE LIBONATI DE ABREU, Data de Julgamento: 09/07/2014, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: 28/07/2014)

Nota-se, na decisão citada acima, o reconhecimento de maiores limitações ao exercício do poder de polícia no que tange a sua discricionariedade, não sendo suficiente a sua adequação à lei, mas havendo a necessidade de uma atuação pautada em princípios implícitos da Constituição, tais como proporcionalidade e razoabilidade.

Tratou-se de um caminho árduo até que o instituto do desvio de poder permitisse o controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Todavia, como cita Bineboijm (2008, p.205) não foi “suficiente para coibir abusos, que continuavam a manifestar-se diante da mencionada barreira ao controle jurisdicional exercida pela noção de mérito do ato”.

Pela constatação feita pela referido autor é que, em determinados casos, o Poder Judiciário pode e deve ir além do controle de legalidade do ato, analisando, para tanto, aspectos supralegais, como a sua conformidade com o exercício dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais, indicando assim o caminho a ser trilhado pela Administração Pública quando da reedição do ato.

Como assevera Germana de Moraes (2004, p. 163) “em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto e do modo de vulneração aos princípios constitucionais da Administração, é possível ao Juiz inferir, da realidade e da ordem jurídica, qual a única decisão comportável pelo Direito para solucionar o caso”.

Por outras palavras, em casos muito peculiares, pode o Judiciário intervir de forma positiva na esfera da Administração Pública, determinando o modo de agir do administrador, para que assim atinja o interesse público. Como exemplo, pode-se citar determinada situação em que o magistrado se depara com casos idênticos, apontando para Administração Pública a mesma solução, resguardando o princípio de igualdade material (Moraes, 2004).

Convém ressaltar que não se defende aqui a substituição do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário, mas, quando determinada a sua anulação, a Administração Pública, se for o caso de reeditá-lo, deve fazer de acordo com as diretrizes traçadas pela sentença anulatória.

É importante frisar, ainda, que não se faz correta a concessão de determinado poder sem parâmetros objetivos para o seu exercício e sem a possibilidade de controlá-lo na esfera judicial. A amplitude demasiada de discricionariedade concedida ao agente público pode ir de encontro ao interesse público primário, ao passo que a restrição ao exercício das liberdades individuais torna-se imensamente subjetiva, ao arbítrio daqueles que detém o poder.

Determinados atos discricionários decorrentes do exercício do poder de polícia podem dar origem a controvérsias e problemáticas na relação Estado-administrados, tornando-a insustentável, principalmente se não lhe for permitido o controle judicial sobre a discricionariedade a ela inerente. Este ponto será abordado com maior acuidade no próximo capítulo, em que se analisará frente a casos concretos a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar ao mérito dos atos administrativos.

4 APROFUNDAMENTO DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DECORRENTES DO PODER DE POLÍCIA

Conforme exposto nos capítulos anteriores, o poder de polícia exercido pela Administração Pública consiste em importante instrumento para o alcance do interesse público primário ao possibilitar que direitos e liberdades individuais sejam condicionadas e até mesmo restringidas em prol da coletividade.

O referido instrumento se materializa para os administrados por meio de atos administrativos, os quais podem ter caráter geral ou individual, preventivo ou repressivo. Uma das mais corriqueiras formas de materialização do poder de polícia consiste na regulação do exercício dos direitos individuais por parte das entidades e órgãos públicos. “Pode-se afirmar que, atualmente, os regulamentos são a fonte mais importante do direito administrativo, do ponto de vista prático” (Bineboijm, 2008, p. 151-152). É por este motivo, qual seja, a sua relevância prática que se faz necessária algumas considerações acerca disto.

Sobre o tema, explica Bernardo Strobel (2007, p. 53):

A noção de regulação (que se insinua como categoria unificadora do Direito Administrativo dos dias de hoje) busca sintetizar todos os modos de atuação indireta por parte do Estado, respeitando espaços privados, com a necessidade de atuação estatal para promover certos valores por meio de uma série de atividades. Ou seja, sobre influxos da ideia liberal de poder de polícia, bem como da lógica interventiva, do Estado Social; sem reduzir-se perfeitamente a nenhuma delas e agregando novas características como, por exemplo, um dever de eficiência.

É justo pelo dever de eficiência citado pelo autor que se pode e se deve postular por uma atuação da polícia administrativa condizente com a plenitude da realização dos direitos fundamentais trazidos pela Constituição.

Batista Júnior (2012, p. 242 e 243), ao tratar em sua obra acerca do princípio da eficiência constitucional, esclarece que:

A discricionariedade não pode ser vista como a liberdade de atuar do administrador sempre que a lei não proibir, mas é, à luz das imposições de eficiência, perante os interesses intervenientes, no caso concreto, a margem de ponderação aberta para a Administração Pública, nos limites e na medida da lei, que, entretanto, não está isolada no ordenamento, mas que se interage com as demais normas deste, e que, daí, não se abre exclusivamente ao interesse primário posto,

Como explicitado pelo ensinamento acima, a discricionariedade inerente a determinados atos administrativos de polícia são imprescindíveis para o exercício da administração pública, enquanto atividade, tendo em vista a impossibilidade do esgotamento das condutas administrativas em dispositivos de lei. Assim, os agentes públicos possuem determinada margem de liberdade para atuar segundo as razões de conveniência e oportunidade, configurando o mérito do ato administrativo, o qual deve estar dentro dos limites da lei e possuindo como finalidade essencial o bem-estar social.

Bineboijm (2008, p. 207) explicita que:

A despeito do avanço representado pela controlabilidade judicial dos elementos vinculados do ato administrativo, tanto em aspectos formais (ligados à competência e à forma, incluindo nesta última a motivação) como em aspectos materiais (ligados à finalidade e ao motivo), fato é que tal evolução se revelou insuficiente para dar conta da significativa gama de arbitrariedades perpetradas sob o manto do mérito administrativo. A teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais ou legais) representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública.

Do exposto, consagra-se a ideia de maior supervisão judicial acerca dos atos administrativos, em que pese o argumento de que o mérito destes tem o condão de mascarar abusos, arbítrios e até mesmo a “comum” omissão estatal diante da realização dos direitos fundamentais dos indivíduos.

Passo seguinte, o que se busca aqui demonstrar é que o princípio da juridicidade, advindo do pós-positivismo, traz para o Direito Administrativo uma preocupação maior com o pleno exercício dos direitos fundamentais e não apenas com o atingimento da finalidade legal dos atos em questão, resultando, assim, na necessidade de um maior controle no que tange à discricionariedade dos atos de polícia em questão.

Neste diapasão, Emerson Affonso da Costa Moura (2014, p. 49) verifica:

Que é fundamento do regime administrativo não apenas o interesse público e a tutela da ordem pública realizada através do exercício do poder de polícia com a restrição das liberdades dos indivíduos em prol da coletividade, mas também, a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, evitando os arbítrios das autoridades públicas, bem como, as tentativas de restrições pelas maiorias eventuais.

O que se pode extrair do referido entendimento é que a proteção indispensável aos direitos fundamentais do indivíduo passou a ser o fundamento maior do regime a que se submete à Administração Pública, havendo para esta o dever de agir em estrita conformidade com núcleo essencial dos direitos humanos positivados na Constituição brasileira.

Nesse contexto, surge a necessidade de aprofundamento do controle judicial dos atos discricionários decorrentes do poder de polícia, resultando, para tanto, em uma desconstrução teórica da intangibilidade do mérito administrativo dos referidos atos.

Desta forma, no presente capítulo serão abordados com maior acuidade os limites à discricionariedade dos atos decorrentes do poder de polícia e a possibilidade de ampliação da atuação do Poder Judiciário na esfera da Administração Pública, analisando, para isto, alguns casos concretos.

3.1 Limites à discricionariedade

A discricionariedade, já dita, análise de conveniência e oportunidade no interesse da Administração Pública é considerada, para alguns doutrinadores, como Seabra Fagundes (1984) e Di Pietro (2010), um atributo essencial do poder de polícia administrativa, ao lado da coercibilidade e da autoexecutoriedade.

Ocorre que, por se tratar de um poder concedido aos administradores públicos, a discricionariedade atribuída ao poder de polícia deve andar em par com as limitações e sujeições inerentes ao regime jurídico administrativo, havendo para aqueles o dever de agir em total conformidade com o interesse da coletividade. Se o fundamento do poder de polícia consiste no princípio da predominância do interesse público sobre o privado, o exercício desse poder perderá a sua razão de ser ao prejudicar ou beneficiar determinados indivíduos (Di Pietro, 2010).

Cumprido salientar que o regime jurídico a que está submetida à Administração Pública traz para os agentes públicos o dever de obediência estrita ao princípio da legalidade, consistindo, no contexto da atividade de polícia administrativa, em importante, senão a maior limitação ao poder em questão. Ainda Di Pietro (2010, p. 122) ensina:

Como todo ato administrativo, a medida de polícia, ainda que seja discricionária, sempre esbarra em algumas limitações impostas pela lei,

quanto à competência e à forma, aos fins e mesmo aos motivos ou ao objeto; quanto aos dois últimos, ainda que a Administração disponha de certa dose de discricionariedade, esta deve ser exercida nos limites traçados pela lei.

Do referido ensinamento, pode-se extrair que tanto os elementos vinculados do ato administrativo devem obediência aos dispositivos legais, quanto àqueles dotados de discricionariedade. Importante frisar que os atos administrativos discricionários necessitam de complementação, e que esta “se faz dentro de certa margem de liberdade de decisão conferida ao administrador” (Germana de Moraes, 2004, p. 45), compreendendo razões de conveniência e oportunidade para a Administração Pública.

Couto e Silva (1990, p. 61), sobre o tema, acrescenta:

Dentro desses limites jurídicos estende-se a área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios de conveniência e oportunidade. É o território do mérito de ato administrativo, em que não é dado intrometer-se o judiciário.

Sobrevém que, não apenas a legalidade em sentido estrito incumbe a Administração Pública, mas toda a égide constitucional também constitui profunda e importante limitação, impregnada pois, pelos anseios da coletividade. Assim, os limites jurídicos aos quais o mérito do ato administrativo devem conformidade sofreram considerável extensão.

Com as reformulações por quais passou e ainda vem passando o Direito Administrativo no Brasil, o que fora objeto do segundo capítulo do presente trabalho, as limitações à discricionariedade tornaram a experimentar caminho outro que não a estrita legalidade administrativa. Bineboijm (2008, p. 26) ensina:

A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, a fortiori, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.

Pelo exposto, nota-se cada vez maior a proporção com que as limitações trazidas pelo sistema principiológico constitucional interferem na atividade administrativa do Estado, resultando em uma transfiguração do fundamento maior, qual seja o princípio da legalidade para o já comentado princípio da juridicidade. Diante deste cenário, de ampliação das limitações ao exercício do poder de polícia, é que se busca demonstrar a necessidade e possibilidade de aprofundamento do controle judicial sobre a discricionariedade administrativa.

Moraes (2004, p. 58), ao se referir às limitações à discricionariedade administrativa, expõe que:

Distingue assim cinco limites de oportunidade à discricionariedade, quanto à valoração administrativa dos motivos – existência, suficiência, adequabilidade, compatibilidade e proporcionalidade e três limites de conveniência à discricionariedade, quanto à escolha administrativa do objeto: possibilidade, conformidade e eficiência.

Das limitações citadas pela autora, torna-se clara a possibilidade de aprofundamento do controle judicial sobre os aspectos discricionários do ato, ampliando-o para além da conformidade com o dispositivo legal, levando em consideração também os aspectos subjetivos da decisão administrativa. Os atos administrativos necessitam, assim, serem eficientes, proporcionais, compatíveis com os princípios constitucionais, explícitos ou implícitos.

Bineboijm (2008, p.131) vai além e explica que os limites advindos do sistema principiológico constitucional esvaziam a margem de discricionariedade dos atos administrativos, senão vejamos:

Diante de uma determinada tomada de decisão discricionária, deverá ter preferência a alternativa que melhor atenda aos princípios da moralidade ou da eficiência (art. 37, *caput*), podendo ser ainda necessário que tais princípios sejam ponderados, o que esvazia significativamente o espaço de conveniência e oportunidade administrativas.

Perfilha-se deste entendimento, pelo fato de que o administrador público deve ter sua atuação respaldada nos dispositivos legais específicos e na unidade da Constituição, sendo certo lhe exigir atos cada vez mais eficientes do ponto de vista da gestão pública, e condizentes com o interesse da coletividade. O espaço de apreciação subjetiva torna-se menor em razão da expansão dos limites de controle da discricionariedade.

Ademais, Couto e Silva (1990, p. 61) observa que:

Designadamente quando se cuida do poder de polícia, a definição concreta dos limites do poder discricionário não está estabelecida previamente. Tem o agente público apenas uma indicação extremamente vaga de que deve existir uma proporção entre ação e reação, entre a perturbação do interesse público, da ordem, da segurança ou da saúde pública e a medida de polícia que se destina a afastá-la. Cotejadas a ação e a reação, a perturbação que afeta o interesse público e a medida de polícia utilizada, é que se verificará, concretamente, se os limites do poder discricionário foram ou não respeitados.

Seguindo o entendimento ora exposto, afirma-se que a limitação da discricionariedade oriunda do poder de polícia é demasiadamente imprecisa, havendo a necessidade de sopesar o interesse público e as limitações constitucionais diante do caso concreto, o que se faz de maneira mais segura por meio do controle jurisdicional.

No momento em que a legalidade se transmuta para a juridicidade, as limitações citadas acima passam a ser objeto do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários. Não se faria seguro, para o Estado Democrático atual, possibilitar que as decisões administrativas meritórias fosse objeto de controle apenas da própria Administração Pública. O controle judicial faz-se, então, necessário em razão do seu atributo essencial de imparcialidade.

3.3. Aprofundamento do controle judicial e a intangibilidade do mérito dos atos administrativos

Como já enunciado acima, o poder regulatório do Estado, derivação direta da atividade de polícia administrativa, intervém habitual e reiteradamente na liberdade dos indivíduos, levando em consideração a necessidade de garantir o interesse público no que diz respeito à segurança, à saúde, à atividade econômica, entre outros. Caio Tácito (1977, p. 522) ensina:

O poder de polícia consiste, em suma, na ação da autoridade estatal para fazer cumprir o dever de não perturbar a boa ordem da coisa pública. É em torno à noção desse dever geral de respeito à ordem coletiva que repousa toda a construção teórica da faculdade do Estado de regular a atividade individual.

Assim, seja no exercício da profissão, seja na liberdade de locomoção, o poder de polícia tem a capacidade de regular os direitos individuais, em prol da ordem pública, o que se faz, em alguns casos, por meio da discricionariedade administrativa.

Importante mencionar as palavras de Moraes (2004, p. 50) sobre o mérito dos atos administrativos discricionários:

O mérito consiste, pois, nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados. Esses critérios não positivados, atualmente, resumem-se aos

cânones de conveniência e de oportunidade acerca da prática do ato para concretizar o interesse público. Os parâmetros da moralidade, proporcionalidade e razoabilidade, ora consagrados como princípios constitucionais, no Direito Brasileiro, antes componentes do mérito do ato administrativo, transitaram para o domínio da juridicidade, ou legalidade em sentido amplo.

Pelas palavras da autora, nota-se o esvaziamento do mérito dos atos administrativos à medida em que fora imputado à Administração Pública a obediência ao princípio da juridicidade, resultando em uma análise de conveniência e oportunidade cada vez mais motivada sob a ótica dos direitos fundamentais. Não há que se falar em margem de ampla liberdade para o administrador público, tendo em vista as limitações legais e constitucionais inerentes ao regime jurídico administrativo.

Nas palavras de Paolinelli de Castro e Leal Ribas (2015, p.100):

O conceito de mérito, bem como de discricionariedade, não permaneceu estático ao longo do tempo. Na modernidade, no conhecido estado democrático de direito, os conceitos de legalidade e de mérito são analisados em conjunto, vez que os aspectos do mérito devem guardar respaldo nos ditames do princípio da legalidade em sentido amplo.

Nessa conjuntura, torna-se clara a necessidade de desconstrução teórica da intangibilidade do mérito dos atos administrativo levando em consideração o aumento da correlação entre a discricionariedade e a juridicidade administrativa, esta também chamada de legalidade em sentido amplo. Para Ribas e Barros (2015, p. 103) “a discricionariedade pode ser reduzida a zero, uma vez que os princípios constitucionais poderiam suprir por completo a margem de atuação da administração”.

Verifica-se que, diante do esvaziamento do mérito dos atos administrativos, ocasionado pela ampliação do princípio da legalidade, em que a Administração Pública está subordinada não mais a legalidade estrita, mas ao sistema principiológico constitucional como um todo, o controle jurisdicional sobre os atos discricionários constata-se necessário e condizente com a ordem jurídica, inclusive no que diz respeito a harmonia entre os Poderes.

Confirmando este posicionamento, Bineboijm (2008, p. 207) preconiza:

A teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais ou legais) representa a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública.

Assim, observa-se a desconstrução da intangibilidade do mérito dos atos administrativos no que diz respeito ao controle exercido pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, a jurisprudência pátria têm evoluído, adentrando à análise de mérito para verificar a conformidade do ato com o sistema principiológico. Veja-se o referido acórdão do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. **1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.** 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. **3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.** 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.

Do exposto, corrobora-se a possibilidade de um maior aprofundamento da revisão jurisdicional diante das razões de conveniência e oportunidade da Administração Pública, as quais devem sempre ser pautadas segundo os princípios de razoabilidade, proporcionalidade, entre outros.

Ocorre que, o referido aprofundamento, como já falado, é alvo de críticas ao argumento de ingerência indevida do Poder Judiciário na esfera do Executivo, contudo, “aqui não se defende nenhum ativismo judicial, até porque, o foco é justamente no controle negativo realizado pelo Poder Judiciário, ou seja, quando este anula atos incompatíveis com o ordenamento jurídico” (Gabardo, 2009, p. 217). Desta feita, não estaria o Judiciário usurpando competência outorgada à Administração Pública, mas apenas certificando que a atuação administrativa está condizente com o exercício pleno dos direitos fundamentais.

No mesmo sentido, Ricardo Barros Leonel (2012, p. 11) defende que:

Em posição equilibrada, que pode ser compreendida não como um desmedido ativismo judicial (que abre ao juiz a possibilidade de descumprir a lei, ou mesmo a pretexto de realizar princípios constitucionais e assumir a condição, na prática, de legislador), é viável identificar como legítima a ideia de um “ativismo moderado” ou “positivismo” ou “legalismo revisado”, em que

a lei deve ser cumprida por todos, inclusive pelo Poder Judiciário, mas sua interpretação e aplicação devem ter como pano de fundo toda a moldura e substância do ordenamento constitucional brasileiro que, em última análise, legitima a atividade legislativa, a atividade do administrador público e a atividade judicial.

Do explicitado, forçoso reconhecer que o exercício da administração pública só se torna legítimo a partir do momento em que se fundamenta no ordenamento constitucional brasileiro como um todo, tornando-se justo e acertado o controle exercido pelo Poder Judiciário relativo ao mérito dos atos administrativos discricionários.

O referido controle tem o condão pois, de confirmar a legitimidade dos referidos atos. Odete Medauar precisamente ensina que “o controle jurisdicional mantém-se como tipo nuclear, impossível de ser substituído por outras técnicas, daí a relevância da busca contínua do seu aprimoramento” (1993, p.161). Buscam-se, desta feita, diretrizes a serem seguidas pelo Poder Judiciário quando do controle dos atos da Administração Pública, sem resultar qualquer conflito perante a separação dos poderes.

Bineboijm (2008, p. 41) preconiza que “o controle judicial será tendencialmente mais denso quão maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais”.

Interessante se torna analisar alguns casos práticos que podem resultar em controvérsias sociais e jurisprudenciais, já bastante criticados.

Recentemente, em 19 de outubro de 2016, o Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN expediu a Resolução nº 624, determinando novas regras relativas ao uso de som automotivo. O artigo 1º da referida resolução estabelece que serão autuados os motoristas cujo som do automóvel seja audível na parte externa deste, vejamos: “Art. 1º Fica proibida a utilização, em veículos de qualquer espécie, de equipamento que produza som audível pelo lado externo, independentemente do volume ou frequência, que perturbe o sossego público, nas vias terrestres abertas à circulação”.

O que se depreende do referido dispositivo é a prescindibilidade de qualquer parâmetro objetivo para autuação do infrator, ficando a critério do agente público de trânsito, visto que independe do volume ou da frequência do aparelho sonoro. Por outras palavras, mesmo sem qualquer utilização de medidor de decibéis,

pode o agente de trânsito autuar o indivíduo que esteja com som audível na parte externa do veículo.

A partir do momento em que a Administração Pública edita atos normativos, atribuindo poder subjetivo como este aos agentes públicos, no exercício do poder de polícia, ela dá margem a arbítrio e possíveis conflitos entre administradores e administrados, havendo, portando, a necessidade de ingerência do Poder Judiciário na resolução daqueles, mesmo que, para isto, adentre-se na análise do mérito do ato administrativo.

Nesse contexto, Gabardo explica (2009, p. 217):

A realidade prático-administrativa muitas vezes retrata distorções tendentes ao arbítrio. Mas esta é uma situação comum concernente a qualquer conceito jurídico indeterminado, com o agravante de, no mérito, atingir área de elevada importância sócio-econômica (o que, nos termos da tradição patrimonialista brasileira, aumenta ainda mais a probabilidade de interpretações abusivas). Contudo, a possibilidade de descumprimento ou desvio no atendimento aos postulados constitucionais não pode ser motivo para a sua negação.

Pelo exposto, corrobora-se a tese de que a discricionariedade exageradamente subjetiva torna a relação entre o Estado e os indivíduos suscetível de mais conflitos e instabilidades, havendo a necessidade de um maior controle da atuação estatal, inclusive quanto a conveniência e oportunidade do administrador público.

Ademais, Emerson Affonso (2014, p.75) tece acertada comparação quando afirma que:

A falta de limites firmes não ocorre apenas no Direito Administrativo Francês, marcado pela dualidade de jurisdição, mas também no Brasil, visto que a própria concepção dominante da doutrina e jurisprudência pátria é que a delimitação em concreto do interesse público, através de atos de governo ou da Administração Pública, não se sujeita ao controle do Poder Judiciário em razão do Princípio da Separação dos Poderes.

O que se propõe, desta forma, é uma desconstrução teórica acerca da intangibilidade do mérito dos atos administrativos, buscando-se, para tanto, sensíveis avanços na jurisprudência pátria, tendo em vista a necessidade de se tutelar o exercícios dos direitos humanos positivados, de plena liberdade dos indivíduos.

Forçoso reconhecer a situação em que se encontra o Brasil, onde avanços são sentidos, mas que o conservadorismo dos tribunais, que não se vislumbra em

relação ao controle das políticas públicas, e de parte da doutrina impede a plenitude do exercício dos direitos fundamentais, entendidos aqui como “*direitos a prestações positivas*”, tanto de natureza concreta e material, como de natureza normativa” (J.J. Canotilho, 1991, p. 549).

O caso prático exposto no início deste tópico demonstra uma prestação de natureza normativa, qual seja a Resolução nº 624 do CONTRAN, desconexa com a realização das liberdades individuais, tendo em vista a subjetividade que, sob o manto da discricionariedade, pode dar surgimento a inúmeros conflitos de ordem prática. Outro ponto a ser criticado consiste, justamente, na falta de provas objetivas a serem utilizadas quando de uma impugnação à atuação do agente público. Seria, em termos processuais, como a “palavra de um contra a do outro”. É sabido que os atos administrativos são dotados de presunção de legitimidade e veracidade, todavia, consiste em uma presunção relativa, que, no caso analisado, poderia ser facilmente desconstruída tendo em vista a ausência de qualquer parâmetro e prova objetiva.

Ainda na conjuntura de situações conflitantes decorrentes da discricionariedade dos atos administrativos, Emersom Gabardo (2009, p. 217) sugere:

É justamente por conta destas situações que se tem defendido o incremento e a efetividade dos instrumentos processuais de implementação dos direitos fundamentais (inclusive aqueles que decorrem de normas constitucionais não regulamentadas), além, é claro, do próprio controle judicial dos atos administrativos, em todos os seus aspectos, sem que possa ser argüido como obstáculo à intervenção externa seja a identificação de um ato que seria “político”, seja o famoso e tão mal interpretado “princípio da separação dos Poderes”.

Pelo narrado, assenta-se na ideia do aprofundamento do controle judicial sobre os atos administrativos, sem que, diante disso, obstaculize-se a análise de mérito através dos argumentos de “atos políticos” e interferência no princípio da separação dos poderes. O que se busca em uma sociedade democrática é que o Estado, a Administração Pública, atue de forma condizente com a implementação plena dos direitos fundamentais, não havendo, então, o porquê temer o controle pelo Poder Judiciário, este, dotado do “monopólio da função jurisdicional, ou seja, do poder de apreciar, com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos” (Di Pietro, 2010, p. 747).

Outro exemplo de grande relevância prática que se pode citar consiste na realização da Copa do Mundo FIFA 2014 no Brasil, em que houve a necessidade da

edição da Lei Geral da Copa (nº 12.633/2012), regulamentando o exercício de direitos individuais e coletivos, como o direito à locomoção, à propriedade e ao exercício da atividade profissional, tudo isso em prol da realização do referido evento.

É válido ressaltar que a Lei Geral da Copa foi publicada sob o manto da legalidade no que tange aos seus aspectos objetivos, competência e forma, contudo, em relação à finalidade e aos motivos observou-se grave ofensa à juridicidade administrativa e aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Primeiramente, traduzindo-se em atividade típica de polícia administrativa ao restringir e limitar direitos dos particulares, a referida lei deveria ter como finalidade primária o interesse público e se basear em parâmetros como necessidade e adequação.

Ocorre que, como já dito acima, a finalidade implícita da lei consistiu em adequar a rotina dos moradores das cidades que sediaram os jogos à realização da Copa do Mundo FIFA, Federação Internacional de Futebol. Cumpre salientar que a FIFA é uma entidade de natureza privada, criada pra dirigir e supervisionar diversas associações de futebol, e, ainda, realizar eventos de porte internacional, os quais se mantêm pelos patrocínios de diversas empresas multimilionárias.

A Lei Geral da Copa, em seu artigo 11, dispõe acerca do comércio nos locais dos jogos e seus arredores, leia-se:

Art. 11. A União colaborará com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que sediarão os Eventos e com as demais autoridades competentes para assegurar à FIFA e às pessoas por ela indicadas a autorização para, com exclusividade, divulgar suas marcas, distribuir, vender, dar publicidade ou realizar propaganda de produtos e serviços, bem como outras atividades promocionais ou de comércio de rua, nos Locais Oficiais de Competição, nas suas imediações e principais vias de acesso.

O que se pode observar do referido dispositivo é uma restrição abusiva da liberdade do exercício da atividade profissional, garantia fundamental esculpida no art. 5º, XIII da Constituição Federal, que só poderia ser suprimida diante da extrema necessidade de garantir a ordem pública e o bem-estar social. Assim, entende-se inadequada e desproporcional a referida restrição para garantir a realização do evento em questão, concedendo poderes demasiadamente subjetivos aos órgãos públicos para limitar o exercício da atividade profissional.

Outro aspecto de caráter arbitrário da referida lei consistiu na restrição à livre circulação das pessoas em um perímetro de acesso restrito indicado pela FIFA nos locais dos jogos. Os moradores destas imediações necessitaram se cadastrar previamente junto a órgãos indicados pela FIFA para que pudessem ter acesso as suas moradias, contudo, as pessoas que não possuíam a credencial estavam proibidas de circular no perímetro indicado, em prol da realização do evento. Da mesma forma, os veículos não credenciados que se encontrassem nestes locais poderiam ser guinchados, sem qualquer notificação prévia.

Do exposto, percebe-se total incongruência no exercício da discricionariedade administrativa e o bem-estar da coletividade, ao restringir liberdades e direitos dos particulares e os limites aos quais o poder de polícia está adstrito, tendo em vista o princípio da juridicidade, ou seja, a gama de princípios constitucionais expressos e implícitos e, também, a garantia de exercício dos direitos fundamentais em sua plenitude.

Nesse contexto, haveria necessidade extrema de interferência do Poder Judiciário, tanto no que tange à inconstitucionalidade da referida lei quanto da anulação dos atos administrativos locais que delimitaram as áreas de acesso restrito e impediram a circulação de transeuntes, que se revelara abusiva.

Todavia, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4976 proposta pela Procuradoria Geral da República questionou apenas os dispositivos que tratavam da responsabilização da União em face de prejuízos causados por terceiros e por fenômenos da natureza, não se insurgindo contra os dispositivos citados acima. A presente ação foi julgada improcedente, por 10 votos a 1, segundo site do Supremo Tribunal Federal.

Ademais, em consulta processual, não se encontrou qualquer impugnação judicial de atos administrativos restritivos oriundos da Lei Geral da Copa nos tribunais regionais federais.

Passo seguinte, pode-se citar, ainda, o exemplo da Resolução nº 252 do Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA, que dispõe acerca dos limites máximos de ruídos para veículos rodoviários automotores. No exercício da discricionariedade técnica atribuída ao órgão ambiental por meio da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, foram estabelecidos os seguintes limites de ruídos:

Tabela 1 - Limites máximos de ruído emitidos por veículos automotores

CATEGORIA		Posição do Motor	NÍVEL DE RUIDO dB(A)
Veículo de passageiros até nove lugares e		Dianteiro	95
Veículos de uso misto derivado de automóvel		Traseiro	103
Veículo de passageiros com mais de nove lugares	PBT até 2.000 kg	Dianteiro	95
Veículo de carga		Traseiro	103
ou de tração, veículo de uso misto não derivado de automóvel	PBT acima de 2.000 kg e até 3.500 kg	Dianteiro	95
		Traseiro	103
Veículo de passageiros ou de uso misto com mais de 9 lugares e PBT acima de 3.500 kg	Potência máxima abaixo de 150 kW	Dianteiro	92
	(204 CV)	Traseiro e entre eixos	98
	Potência máxima igual ou superior a	Dianteiro	92
	150 kW (204CV)	Traseiro e entre eixos	98
Veículo de carga ou de tração com PBT acima de 3.500 kg	Potência máxima entre 75 e 150 kW (102 a 204 CV)	Todas	101
	Potência máxima igual ou superior a 150 kW (204CV)		
Motocicletas, motonetas, ciclomotores, bicicletas com motor auxiliar e veículos assemelhados		Todas	99

Fonte: Resolução nº 252 CONAMA

Pelo exposto, ainda que desconsiderando parâmetros técnicos, observa-se tamanha desproporcionalidade nos limites de ruídos tolerados para um veículo de passageiros com mais de nove lugares (95 dB) e uma motocicleta (99). Nesta última categoria enquadram-se motos de grande potência, como as famosas Harley-Davidson e, até mesmo, veículos utilizados pelos “motoboys”.

Neste caso, a discricionariedade, ainda que técnica, mostra-se desproporcional, existindo a possibilidade de está mascarando interesses secundários, que não o bem-estar da coletividade. O “lobby” exercido pelas grandes empresas privadas na Administração Pública brasileira ainda se revela forte, de maneira a ensejar o patrocínio de predileções privadas por meio de atos administrativos discricionários. Nestes casos, a necessidade de ingerência e fiscalização por parte do Poder Judiciário se mostra necessária e possível, consistindo em uma profunda reflexão acerca do sopesamento dos interesses públicos e privados.

Esclarecidas as questões acerca dos limites dos atos administrativos discricionários decorrentes do poder de polícia, da desconstrução teórica da intangibilidade do mérito dos atos administrativos, e relatados alguns casos práticos de relevância para o tema, conclui-se pela possibilidade e necessidade de

aprofundamento do controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, quanto maiores forem as restrições ao direito de liberdade dos indivíduos oriundas destes.

Bineboijm (2008, p. 41) preconiza que “o controle judicial será tendencialmente mais denso quanto maior for (ou puder ser) o grau de restrição imposto pela atuação administrativa discricionária sobre os direitos fundamentais”.

Os atos administrativos decorrentes do poder de polícia têm como característica essencial a capacidade de restringir e o condicionar liberdades e direitos individuais em favor do interesse da coletividade. Logo, a medida em que o exercício deste poder, por meio da discricionariedade, se mostrar mais supressivo no tocante à realização dos direitos fundamentais, maior será o controle judicial a que ele estará submetido, inclusive abrindo-se espaço para que o Judiciário sugira parâmetros para uma nova atuação administrativa.

A jurisprudência pátria é perceptivelmente antiquada ao não analisar o mérito dos atos administrativos discricionários, todavia, observa-se um avanço até mesmo demasiado ao examinar as políticas públicas do Estado. Nesses casos, mais do que o mérito do ato administrativo, com base na juridicidade, tem-se examinado questões de ordem política.

As mudanças observadas na jurisprudência pátria, ainda que espaçadas, demonstram a preocupação cada vez maior com o controle sobre a discricionariedade administrativa e as sensíveis alterações rumo à desconstrução da intangibilidade do mérito dos atos administrativos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a extensão da pesquisa e as considerações realizadas, é exequível compendiá-las demonstrando a possibilidade, bem como a necessidade do aprofundamento do controle jurisdicional sobre a discricionariedade inerente ao poder de polícia, diante de situações práticas imensamente subjetivas e desconexas do sistema principiológico constitucional.

A averiguação do aprofundamento do controle judicial dos atos discricionários decorrentes do poder de polícia vai ao encontro do pensamento contemporâneo referente à necessidade de a Administração Pública rever a inabalável prevalência da intangibilidade do mérito dos atos administrativos que, em determinados casos, mascara abusos de poder por parte dos agentes públicos.

Destarte, não considerar como dever do Estado agir de acordo com princípios constitucionais garantidores de uma justiça material, cujo alcance vai muito além do que a simples obediência ao princípio da legalidade, seria distanciar a responsabilidade pelo bem-estar da coletividade, com a redução das desigualdades sociais, conforme disposição constitucional.

Destas constatações, surge a necessidade de se compreender o conceito de ato administrativo, especialmente, em sua modalidade discricionária, o qual se entende por uma manifestação da vontade estatal, sob o regime jurídico de direito público, capaz de gerar efeitos para uma determinada coletividade, posteriormente à análise das razões de conveniência e oportunidade.

No que diz respeito ao poder de polícia, este consiste em uma prerrogativa concedida à Administração Pública para garantir a ordem social e o bem-estar da coletividade, restringindo e/ou condicionando o direito dos indivíduos em favor do interesse público. O referido poder se materializa por meio de atos administrativos, de caráter geral ou individual, preventivos ou repressivos.

Como toda espécie de poder, ele está sujeito a limitações, que, diante de mudanças relevantes por quais passou e ainda vem passando o Direito Administrativo, foram estendidas para além da legalidade em sentido estrito, englobando, assim, o ordenamento jurídico como um todo e, em especial, os princípios constitucionais implícitos ou expressos. Desta feita, o fundamento maior da Administração Pública transmuta-se da legalidade para a juridicidade administrativa, esta incorporando a justiça em sentido material, considerando o exercício dos direitos

fundamentais em sua forma plena, o que dá margem para o aprofundamento do controle jurisdicional no que tange ao mérito dos atos administrativos.

O controle da Administração Pública pode ser classificado, quanto aos órgãos que o exercem, em controles administrativo, legislativo e judiciário. O primeiro deriva do princípio da autotutela, em que a Administração Pública tem o poder de rever os seus próprios atos, anulando-os quando ilegais ou revogando-os quando não mais oportunos e convenientes. É válido frisar que a revogação acontece apenas no caso dos atos administrativos discricionários, ou seja, naqueles em que no momento da sua edição foram analisadas razões de conveniência e oportunidade para a Administração. O controle legislativo, como o próprio nome deixa claro, corresponde a análise dos atos administrativos pelo Poder Legislativo, subdividindo-se em controle político e controle financeiro, ambos trazidos pela Constituição.

O controle judicial sobre os atos administrativos, objeto do presente trabalho, reflete um princípio fundamental do ordenamento pátrio, qual seja, a inafastabilidade da jurisdição diante de lesão ou ameaça de lesão a direito. O controle jurisdicional quanto aos elementos vinculados do ato administrativo é indiscutível, tendo em vista que o seu descumprimento incorreria em ilegalidade, passível de anulação pelo Poder Judiciário.

Contudo, em se tratando da discricionariedade administrativa, doutrina e jurisprudência ainda se mostram receosas, sob o argumento de interferência indevida na separação dos poderes, pois que a análise de conveniência e oportunidades dos atos discricionários seria exclusiva da Administração Pública, não podendo o Judiciário controlá-la.

Com os avanços oriundos do pós-positivismo e a imposição de ajustamento das condutas administrativas com o princípio da juridicidade, a margem de liberdade de atuação da Administração Pública foi restringida, ou mesmo, esvaziada, abrindo-se espaço para o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários no que tange à conformidade com o sistema jurídico constitucional, a exemplo dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante de algumas situações práticas exemplificadas, como a Resolução nº 624 do CONTRAN e a Lei Geral da Copa, averiguou-se a necessidade de aprofundamento do controle jurisdicional, sem que a discricionariedade e o mérito dos atos administrativos pudessem constituir obstáculos para aquele. O controle judicial

torna-se mais denso na medida em que é maior a supressão de direitos fundamentais.

Do exposto, conclui-se que, como instrumento de enorme potencial supressor e condicionador de direitos fundamentais dos indivíduos, a discricionariedade inerente ao poder de polícia gera a necessidade de maior controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, inclusive quanto à análise de mérito, a depender do caso, de forma a garantir a conformidade com a égide constitucional e o exercício das liberdades fundamentais do homem.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 5172 de 25 de outubro de 1966. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em: 14 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 8429 de 02 de junho de 1992. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm> Acesso em: 12 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 9784 de 29 de janeiro de 1999. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm> Acesso em: 20 set. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.663 de 05 de junho de 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12663.htm> Acesso em: 25 de novembro de 2016.

BINEBOIJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BINEBOIJM, Gustavo. **Temas de Direito Administrativo e Constitucional: Artigos e Pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Do Poder de Polícia**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

COUTO E SILVA. Almirodo. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, p. 51-67, jan./fev/ 1990. ISSN 2238-5177. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/46170/44329>. Acesso em: 29 nov. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO. Resolução nº 624 de 19 de outubro de 2016. Disponível em <
http://www.denatran.gov.br/images/Resolucoes/RESOLU%C3%87%C3%83O_624-2016.pdf> Acesso em: 26 de outubro de 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MEIO AMBIENTE. Resolução nº 252 de 01 de fevereiro de 1999. Disponível em <
<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res99/res25299.html>> Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

FRANCO, Marcos Roberto. **O poder de polícia no contexto atual**. 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GABARDO, Emersom. **O Jardim e a Praça para além do Bem e do Mal: uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social**. 2009. 409 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito do Estado, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. **Da regulação como função de direito administrativo**. 2007. 154 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LEONEL, Ricardo de Barros. Supremo Tribunal Federal, políticas públicas e processo coletivo. **Cadernos de Direito**, Piracicaba, v. 12(22): 7-22, jan.-jun. 2012 • ISSN Impresso: 1676-529-X • ISSN Eletrônico: 2238-1228. Disponível em <
<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/.../955>> Acesso em: 25 nov. 2016.

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

MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira et al. **Temas Atuais de Direito Administrativo**. Fortaleza: Fortaleza-abc, 2000.

MOURA, Emersom Affonso da Costa. **Um Fundamento do Regime Administrativo: O princípio da prossecução do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PINTO, Oriana Piske de A. M. **Controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada**. Brasília. 2006. Disponível em < www.tjdft.jus.br > Institucional > Imprensa > Artigos > 2006> Acesso em: 20 nov. 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SILVA, Ana Cristina Monteiro de A. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. **Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 9, n. 1, p. 7-18, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1901/969>> Acesso em: 08 nov. 2016.

RIBAS, Caroline L., CASTRO, Gustavo A. P. de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **RDA – Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015. Disponível em <bibliotecadigital.fgv.br > Página Inicial > v. 268 (2015) > Ribas> Acesso em: 08 nov. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Acórdão n.937567. Brasília. Disponível em <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>> Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MARANHÃO. Agravo de Instrumento 211062008. São Luis. Disponível em <<http://tj-ma.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3634314/agravo-de-instrumento-ag-211062008-ma/inteiro-teor-101504707>> Acesso em: 24 out. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Apelação Cível 10024101659050001. Belo Horizonte. Disponível em <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=3A8861A5255D41544FB0DBE2EF89FD80.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.165905-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar> Acesso em: 17 de out. 2016.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2º REGIÃO. Apelação Cível 2012.50.01.012673-7 Disponível em

<http://www10.trf2.jus.br/consultas/?q=ambiental&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&filter=0&getfields=*&lr=lang_pt&oe=UTF-8&ie=UTF-8&output=xml_no_dtd&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&entsp=a&adv=1&base=JP-TRF&wc=200&wc_mc=0&ud=1&as_q=inmeta%3ADataDecisao%3Adaterange%3A2014-07-09..2014-07-09> Acesso em: 05 de dezembro de 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial 429570 Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=429570&b=ACOR&p=true&l=10&i=9>> Acesso em 29 nov. 2016.