

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
CURSO: BACHARELADO EM DIREITO

THAÍS SILVA ALVES

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA  
DISCRICIONARIEDADE E DO MÉRITO ADMINISTRATIVOS**

Biblioteca UESPI PHB  
Registro Nº \_\_\_\_\_  
CDD \_\_\_\_\_  
CUTTER \_\_\_\_\_  
V \_\_\_\_\_ EX. \_\_\_\_\_  
Data \_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_/\_\_\_\_\_  
Visto \_\_\_\_\_

PARNAÍBA – PI

2014

428  
—  
—  
—  
—

THAÍS SILVA ALVES

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA  
DISCRICIONARIEDADE E DO MÉRITO ADMINISTRATIVOS**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí – UESPI, *Campus Alexandre Alves de Oliveira*, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

**Orientador:** Victor Emmanuel Cordeiro Lima.

PARNAÍBA – PI

2014

A474p

Alves, Thaís Silva

A possibilidade de controle judicial da discricionariedade e do mérito administrativos / Thaís Silva Alves.- Parnaíba: UESPI, 2014.

47 f. : il.

Orientador: Victor Emmanuel Cordeiro Lima

Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Estadual do Piauí, 2014.

1. Discricionariedade 2. Mérito administrativo 3. Controle judicial  
4. Neoconstitucionalismo I. Lima, Victor Emmanuel Cordeiro II.  
Universidade Estadual do Piauí III. Título

CDD 341.3



GOVERNO DO ESTADO DO PIAUÍ  
FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ  
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ – UESPI  
CAMPUS PROFESSOR ALEXANDRE ALVES DE OLIVEIRA  
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO



**MONOGRAFIA**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DA  
DISCRICIONARIEDADE E DO MÉRITO ADMINISTRATIVOS**

de

THAÍS SILVA ALVES

RESULTADO: \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_  
Orientador

\_\_\_\_\_  
Examinador

\_\_\_\_\_  
Examinador

*"Eu jamais iria para a fogueira por uma opinião minha, afinal, não tenho certeza alguma. Porém, eu iria pelo direito de ter e mudar de opinião, quantas vezes eu quisesse."*

(Friedrich Wilhelm Nietzsche)

## AGRADECIMENTOS

Este trabalho representa o fim de uma longa jornada, a qual não seria possível sem o apoio de pessoas que a tornaram bem mais branda.

Primeiramente, agradeço Àquele que rege todas as forças do Universo, e que nunca deixou eu me sentir sozinha, mesmo nos momentos mais difíceis.

Agradeço, sem encontrar palavras para expressar minha gratidão, aos meus pais, Antônio Augusto Alves Neto e Almira Alice Gomes da Silva, por colocarem os filhos sempre em primeiro lugar, por terem me ensinado todos os valores éticos que possuo. A vocês dedico essa vitória, pois sei que significa bem mais pra vocês do que para qualquer outra pessoa.

Ao meu irmão, Thiago Silva Alves, pelo companheirismo e amizade de sempre.

Ao meu grande amigo e amor, Héerson Luís de Sousa Galvão Rodrigues, por compartilhar comigo todas as conquistas e perdas dessa longa caminhada, e por fazer de mim uma pessoa melhor. Sempre serei grata por tudo que o curso de Direito me proporcionou, mas de tudo, com certeza você foi o melhor.

Ao meu Orientador, Victor Emmanuel Cordeiro Lima, pela paciência e dedicação, com o fim de fazer este trabalho da melhor maneira possível.

Agradeço ao meu colega de curso, Emanuel Pereira Freitas Júnior, por ter, em meio aos debates acadêmicos, me instigado para a importância do tema abordado neste trabalho.

Agradeço à Diretora deste Campus, Rosineide Candeia de Araújo, pela compreensão, incentivo e carinho que me dedicou desde o momento em que nos conhecemos.

Agradeço às minhas amigas e irmãs de coração, Maria de Fátima Veras da Silva Galisa, Thalita Pachêco Cornélio e Denise Mendes, pela amizade constante.

Às minhas amigas e companheiras de trabalho, Karoline Galeno dos Santos, Samara de Carvalho Costa e Maria do Socorro Gomes Pereira Silva, pelo carinho sincero, preocupação constante e apoio incondicional.

À minha colega de curso e amiga, Brenda Ayane da Costa Cardoso Carvalho, pela amizade e apoio nos momentos mais difíceis.

Agradeço, enfim, a todos os que contribuíram para a concretização desse sonho que se realiza. A todos vocês, muito obrigada!

## RESUMO

Este trabalho busca analisar a possibilidade de controle judicial da discricionariedade e do mérito administrativo. A doutrina administrativa clássica não admitia esse controle, com fundamento no princípio da separação dos poderes. O tema é controverso, uma vez que é papel do Judiciário fazer o controle dos atos que causam ou possam causar alguma lesão a direito. Com o surgimento do Estado Democrático de Direito e a influência das ideias do neoconstitucionalismo, percebe-se uma tendência cada vez maior no sentido de aumentar a esfera de controle do Judiciário em relação aos atos discricionários e ao mérito administrativo. O objetivo deste trabalho é fazer um estudo da evolução das teorias a respeito do tema, com o fim de colaborar com a uniformização do mesmo.

**Palavras-Chave:** Discricionariedade. Mérito Administrativo. Controle Judicial. Neoconstitucionalismo.



## **ABSTRACT**

This work analyzes the possibility of judicial review of discretionarity and administrative merit. The classical doctrine did not allow this control, based on the principle of separation of powers. The subject is controversial, since it is judicial role do the control of the acts that cause or may cause any injury to right. With the emergence of democratic rule of law and the influence of neoconstitutionalism ideas, we can see a growing trend towards increasing the judiciary's sphere of control in relation to discretionarity acts and administrative merit. The objective of this work is to make a study of the evolution of the theories on the subject, with the aim of collaborating in the harmonization of it.

**Keywords:** Discretionarity. Administrative Merit. Judicial Control. Neoconstitutionalism.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 01 CONCEITOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO .....	10
1.1 Fato jurídico em sentido amplo .....	10
1.2 Fato Administrativo em sentido amplo.....	10
1.3 Ato Administrativo .....	11
1.4 Poder Discricionário e Poder Vinculado.....	13
1.5 Discricionariedade Administrativa .....	15
1.6 Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa .....	20
1.7 Mérito Administrativo .....	22
CAPÍTULO 02 VISÕES MODERNAS DE DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO ADMINISTRATIVO .....	24
2.1 Neoconstitucionalismo e Discricionariedade Administrativa.....	24
2.2 Visão Moderna de Discricionariedade e do Mérito Administrativos .....	26
2.3 Teoria dos graus de vinculação do ato discricionário.....	29
CAPÍTULO 03 CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO E DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA .....	31
3.1 Controle judicial da discricionariedade .....	32
3.2 Controle Judicial do Mérito Administrativo.....	35
CAPÍTULO 04 ANÁLISE DE JULGADOS .....	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	43
REFERÊNCIAS .....	45
ANEXOS .....	47

## INTRODUÇÃO

O objeto de estudo deste trabalho consiste na análise de um tema controverso: a possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, da discricionariedade e mérito administrativos.

A maior parte da doutrina entende que o Judiciário não tem competência para examinar a discricionariedade administrativa, e menos ainda a oportunidade e conveniência do ato discricionário. Na visão desses doutrinadores, o exame do mérito resultaria na substituição valorativa do administrador pela do julgador.

Não obstante esse entendimento ainda ser majoritário, percebe-se uma tendência, principalmente doutrinária, em ampliar cada vez mais a esfera de controle judicial sobre esses atos. Essa tendência é resultado do advento do Estado Democrático de Direito e das ideias neoconstitucionalistas, que instituíram uma nova maneira de interpretar o ordenamento jurídico e foram determinantes na mudança de pensamento a respeito do tema abordado neste trabalho.

Nesse sentido, o objetivo deste trabalho é investigar se o mérito administrativo pode ser objeto de controle judicial, para que este avalie se a solução escolhida pelo administrador corresponde àquela que melhor se adequa ao caso concreto, à finalidade da norma e ao interesse público.

A técnica de investigação utilizada foi o método indutivo, através da leitura de várias doutrinas, estudo de jurisprudências e estudo das diversas teorias apresentadas.

Com este fim, este trabalho foi dividido em quatro capítulos. O primeiro se destina à exposição de conceitos básicos, porém necessários à exposição do tema, tais como fato jurídico, fato administrativo e ato administrativo, poderes discricionário e vinculado, discricionariedade e mérito. Além disso, neste capítulo é feita uma explanação das teorias clássicas da discricionariedade e mérito administrativo.

No segundo capítulo, busca-se analisar as teorias modernas da discricionariedade e mérito administrativos e a teoria dos graus de vinculação dos atos administrativos, assim como a relação entre o neoconstitucionalismo e discricionariedade administrativa.

O terceiro capítulo destina-se ao estudo da possibilidade de apreciação da discricionariedade e do mérito administrativos pelo judiciário, com base nas teorias apresentadas ao longo do trabalho.

Por fim, o último capítulo é dedicado à análise de três julgados que serão de grande importância para a compreensão evolução do tema no entendimento dos tribunais.

Verifica-se, desde logo, a importância do tema diante do cenário jurídico contemporâneo, no sentido de colaborar com estudo da uniformização da doutrina e jurisprudência a respeito do tema.

## CAPÍTULO 01

### CONCEITOS GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

#### 1.1 Fato jurídico em sentido amplo

Tudo aquilo que produz efeitos no mundo jurídico, de maneira ampla, constitui fato jurídico em sentido amplo. Na concepção de Venosa (2014, p. 345):

São fatos jurídicos todos os acontecimentos, eventos que, de forma direta ou indireta, acarretam efeito jurídico. Nesse contexto, admitimos a existência de fatos jurídicos em geral, em sentido amplo, que compreendem tanto os fatos naturais, sem interferência do homem, como os fatos humanos, relacionados com a vontade humana.

Venosa (2014, p. 345) divide os fatos jurídicos em fatos jurídicos em sentido estrito e atos jurídicos. Fatos naturais ou fatos jurídicos em sentido estrito, na visão do autor, são aqueles que não decorrem da vontade humana, ou dela decorrem apenas indiretamente. São os eventos da natureza que produzem efeitos para o Direito, como a morte, por exemplo.

Atos jurídicos são aqueles que decorrem diretamente da vontade do homem e produzem efeitos no mundo jurídico. Nas palavras de Venosa (2014, p. 346):

Numa classificação de mais estreita, são atos jurídicos (que podem também ser denominados atos humanos ou atos jurídicos) aqueles eventos de uma vontade, quer tenham intenção precipua de ocasionar efeitos jurídicos, quer não.

Os atos jurídicos, por sua vez, podem ser unilaterais ou bilaterais (contratos). São unilaterais quando dependem da declaração de vontade de uma única pessoa, como o testamento, e bilaterais quando há a necessidade de declaração de vontade de mais de uma pessoa, como a celebração de um casamento, por exemplo.

#### 1.2 Fato Administrativo em sentido amplo

São os fatos jurídicos em sentido amplo que repercutem no Direito Administrativo. Di Pietro ensina que quando o ato corresponde à descrição contida na norma, ele é chamado de fato jurídico, e produz efeitos no mundo jurídico. Por sua vez, quando o fato

produz efeitos no âmbito administrativo, ele é um fato administrativo, a exemplo da morte de um funcionário público, a qual produz a vacância de seu cargo (DI PIETRO, 2009, p.190).

No entendimento de Alexandrino e Paulo, os fatos administrativos correspondem à materialização da função administrativa e correspondem aos “atos materiais”<sup>1</sup>. Nesse sentido, em regra, os fatos administrativos resultam de atos administrativos. Esses últimos tem o objetivo de expressar a vontade da Administração e produzir efeitos jurídicos; e os primeiros, de materializar essa vontade. Segundo Alexandrino e Paulo: “os fatos administrativos não tem por fim a produção de efeitos jurídicos, nessa acepção, eles condicionam, tão somente, a implementação material de atos administrativos, de decisões ou de determinações administrativas” (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 449).

Vale ressaltar que a omissão da Administração, quando produz efeitos para a mesma, também é considerada um fato administrativo. Assim entendem Alexandrino e Paulo (2013, p. 449):

Um terceiro conceito de fato administrativo- perfilhado pelo Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello – considera como tal o silêncio (ou a inércia, ou a omissão) da administração, que produza efeitos jurídicos. Por exemplo, quando ocorre a decadência do direito de a administração anular um ato administrativo que contenha vício, a inércia (omissão), da qual resultou a decadência (efeito jurídico), é um fato administrativo, uma omissão da administração (não anular o ato dentro do prazo) que produziu efeitos jurídicos. Observe-se que esse não fazer, essa omissão juridicamente relevante é conceituada como “fato administrativo” independente de a administração ter desejado a produção dos efeitos respectivos. Mesmo numa situação em que a Administração permaneça deliberadamente inerte, exatamente com a finalidade de obter efeitos jurídicos dessa inércia, não se pode falar que tenha sido praticado um ‘ato administrativo’, pela razão singela de que um ‘não fazer’ é o oposto de um ato: é um ‘não ato’.

Assim, nos casos em que o silêncio da Administração resultar em efeitos jurídicos, esse silêncio será considerado fato administrativo. A Administração pode ser responsabilizada caso essa omissão resulte em dano ao administrado.

### 1.3 Ato Administrativo

Ato administrativo é toda manifestação da Administração Pública, cujo fim imediato seja a produção de efeitos jurídicos (criar, modificar, extinguir direito ou relação

---

<sup>1</sup> “Na acepção tradicional, fatos administrativos são descritos como a materialização da função administrativa; consubstanciam o exercício material da atividade administrativa, correspondem aos chamados ‘atos materiais’. São exemplos a apreensão de mercadorias, a construção de uma escola pública pela administração, a limpeza de um logradouro público.” (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 448).

jurídica)<sup>2</sup>. Nas palavras de Mello: “o ato administrativo é um ato jurídico, pois se trata de uma declaração que produz efeitos jurídicos. É uma espécie de ato jurídico, marcado por características que o individualizam no conjunto dos atos jurídicos” (MELLO, 2010, p. 372). Estes atos sujeitam-se ao regime jurídico de direito público, produzem efeitos imediatos e são praticados pela Administração no exercício do interesse público. A doutrina majoritária brasileira, no que se refere à margem de liberdade do administrador, classifica os atos administrativos em vinculados e discricionários.

Atos vinculados ou regrados, para Meirelles, são aqueles nos quais todos os elementos do ato estão disciplinados pela lei, e por isso, não deixam liberdade alguma para o juízo de valor por parte do agente público que realizará o ato. Segundo o autor, a lei estabelece os requisitos e condições da realização do ato, e o administrador fica adstrito aos pressupostos estabelecidos pela lei (MEIRELLES, 2006, p. 166). No entanto, o autor considera que não existem atos totalmente vinculados, uma vez que caberá sempre à Administração certa margem de liberdade na prática dos atos administrativos. Sobre o tema, reflete o Meirelles (2006, p. 118):

Difícilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, porque haverá sempre aspectos sobre os quais a Administração terá opções na sua realização. Mas o que caracteriza o ato *vinculado* é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração.

Júnior, citado por Farias, no mesmo sentido, entende que atualmente não é cabível falar em ato totalmente vinculado. Júnior defende que por mais explícita que seja a norma, é necessário que o administrador, na função de aplicador da lei, faça alguma interpretação diante do caso concreto, para que a finalidade da lei e o interesse público sejam alcançados (FARIA, 2013, p. 159).

Atos discricionários, ou “atos praticados no exercício de competência discricionária”, na concepção de Mello<sup>3</sup>, são aqueles nos quais se encontra presente alguma margem de discricionariedade, seja em relação a algum dos elementos do ato, ou em virtude de omissão legislativa.

---

<sup>2</sup> “A despeito de o ato administrativo ser espécie de ato jurídico que cria, modifica e extingue direito ou relação jurídica, não guarda identidade com o ato jurídico comum.” (FARIA, 2011, p. 86)

<sup>3</sup> “Com efeito, a dicção ‘ato discricionário’ só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção’ e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ato vinculado) é causa de inúmeros equívocos jurídicos.” (MELLO, 2010, p. 430)

O doutrinador entende que discricionário não é o ato administrativo em si, mas a competência conferida pela lei ao agente público para proferir um juízo de valor diante do caso concreto. O autor defende ainda que não há que se falar em atos discricionários, uma vez que pelo menos a competência do ato sempre será vinculada pela lei (MELLO, 2010, p. 431).

Neste trabalho, adota-se o entendimento de que não se pode falar em ato totalmente discricionário, ou totalmente vinculado, uma vez que os atos discricionários são sempre vinculados em relação à competência, e os atos vinculados, apesar de totalmente disciplinados pela lei, necessitam, diante da situação fática *in concreto*, que se faça uma interpretação teleológica da regra aplicada.

#### 1.4 Poder Discricionário e Poder Vinculado

Entendem Alexandrino e Paulo que poderes administrativos são instrumentos que permitem à Administração cumprir suas finalidades (ALEXANDRINO; PAULO, 2013, p. 222). Para Meirelles, os poderes administrativos são instrumentais, pois constituem instrumento de trabalho do Poder Público, para atingir o interesse da coletividade<sup>4</sup>.

Carvalho Filho conceitua poderes administrativos como “o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 45).

Meirelles entende que dentro dessa diversidade, são classificados, conforme a liberdade da Administração para a prática dos atos, em poder vinculado e discricionário (MEIRELLES, 2006, p. 167).

O sentido do poder discricionário, para Carvalho Filho, é que a lei não consegue traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo, e que em muitos casos a própria lei confere ao administrador a possibilidade de valoração da conduta (CARVALHO FILHO, 2014, p. 51). O legislador, no momento da elaboração da lei, não é capaz de prever todas as situações práticas passíveis de acontecer, e por esse motivo, confere ao administrador a competência discricionária. Esta consiste na valoração, feita pelo administrador, da melhor decisão a ser tomada diante das circunstâncias do caso concreto, escolhendo aquela que melhor atende à finalidade da norma e ao interesse público.

---

<sup>4</sup> Segundo o autor, os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam de diversas formas, segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetos a que se dirigem (MEIRELLES, 2006, p. 116).



Segundo o autor, é nessa possibilidade de valoração que reside o poder discricionário (CARVALHO FILHO, 2014, p. 51):

Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público. Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade.

O poder vinculado, por sua vez, existe quando a lei não confere liberdade nenhuma ao agente público, disciplinando todas as possíveis condutas aditáveis pelo poder público, em contraposição ao poder discricionário. No entendimento de Meirelles, poder vinculado ou regrado é aquele que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formação (MEIRELLES, 2006, p. 117). Para o autor, nessa categoria a liberdade do agente público é mínima, pois deve se ater à norma jurídica para realizar o ato eficazmente.

Nesse sentido, Marinela ensina que o poder vinculado é aquele em que o administrador não tem liberdade alguma de escolha, pois não há espaço para a realização de juízo de valor e, por conseguinte, não há análise de conveniência e oportunidade. Uma vez preenchidos os requisitos legais, o ato deve ser praticado (MARINELA, 2012, p. 211).

No entendimento Carvalho Filho, neste caso não é outorgado poder nenhum à Administração, uma vez que sua atuação se encontra vinculada. Para o autor (CARVALHO FILHO, 2014, p. 53):

O que distingue é a liberdade de ação. Ao praticar atos vinculados, o agente limita-se a reproduzir os elementos que da lei os compõem, sem qualquer avaliação sobre a conveniência e oportunidade da conduta. O mesmo já não ocorre quando pratica atos discricionários, como visto anteriormente.

Faria entende que “a discricionariedade é da Administração, e não do ato. Este é o resultado daquela”<sup>5</sup> (FARIA, 2011, p. 141), uma vez que o ato é apenas a exteriorização do poder discricionário.

A partir desse entendimento, ato somente é discricionário porque resulta do exercício da competência discricionária. O ato, por si só, não possui essa característica, a não

---

<sup>5</sup> “A discricionariedade é do agente administrativo. A esse a lei confere o poder para praticar o ato ou de não praticá-lo, dependendo da situação concreta, ou, ainda, de adiar para época que julgar oportuna a emanação do ato.” (FARIA, 2011, p. 160)

ser que seja resultado da competência fornecida ao agente público. Em contrapartida, os atos vinculados resultam da ausência de competência discricionária.

Em sentido oposto, entende Meirelles (2006, p.168):

A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público. Daí a justa observância de Nunes Leal de que só por tolerância se poderá falar em ato discricionário, pois o certo é falar em *poder discricionário* da Administração.

No entendimento de Marinela, no Estado Democrático de Direito, não há que se falar em poder totalmente vinculado ou discricionário (2012, p. 211)

É reconhecido que no Estado de Direito, inexistente um poder que seja absolutamente vinculado ou absolutamente discricionário, mas que na verdade em qualquer deles o que se verifica são atos administrativos com competências vinculadas ou discricionárias, portanto, não sendo essa uma classificação do Poder, mas sim do ato administrativo em seu exercício.

O poder discricionário distingue-se do vinculado, para Meirelles, pela maior liberdade de atuação que é conferida ao administrador. Segundo o autor, se para a prática de um ato vinculado a autoridade pública está adstrita à norma em todos os seus elementos formadores, para praticar um ato discricionário, o agente público é livre, nos limites em que a lei lhe concede essa faculdade (MEIRELLES, 2006, p. 119).

Os poderes discricionário e vinculado correspondem a instrumentos da Administração, para atingir o interesse público. Essa atuação ocorre sempre dentro dos limites estabelecidos pela lei, e será discricionária quando houver possibilidade de juízo de valor pelo agente público, e vinculada quando não houver. Os atos praticados no exercício do poder discricionário são atos administrativos discricionários, e neles existe alguma margem valorativa conferida pela lei, a qual se denomina discricionariedade.

## 1.5 Discricionariedade Administrativa

É a competência que o legislador conferiu à Administração para, diante do caso concreto, agir de acordo com critérios de oportunidade e conveniência, na escolha da melhor decisão. A discricionariedade somente se manifesta diante do caso concreto, quando o administrador se depara com alguma situação que a lei não disciplinou totalmente, ou facultou mais de uma conduta a ser tomada.

Na concepção de Gasparri, citado por Faria, “a discricionariedade pode, portanto, definir-se como a competência, reconhecida a um órgão, de escolher os próprios comportamentos, isto é, decidir se cumpre um ato, ou um antes que outros dos atos a constituírem o conteúdo do seu ofício (poder)” (FARIA, 2011, p.138).

No mesmo sentido, Marinela entende que “a discricionariedade é identificada quando a lei confere, em seu próprio mandamento, uma liberdade decisória que envolve o exame de conveniência e oportunidade, ao invés de estipular um dever de praticar um ato específico” (MARINELA, 2012, p. 263).

A discricionariedade existe em virtude de preceito legal ou omissão legal. Decorre de preceito legal quando a lei usa verbos como “poderá”, “a critério da Administração”, e de omissão legal, quando a lei deixa de disciplinar algum elemento do ato.

Segundo Meirelles, a atividade discricionária justifica-se na impossibilidade de o legislador enumerar na lei todos os atos que a prática administrativa exige. Na visão do autor, o ideal seria que a norma jurídica regulasse minuciosamente a ação administrativa, especificando cada um dos elementos do ato, mas como isso não é possível, em virtude da multiplicidade e diversidade dos fatos que exigem a atuação do Poder Público, o legislador regula a prática dos atos administrativos de maior relevância e deixa as demais a critério do administrador (MEIRELLES, 2006, p. 119).

No entendimento de Mello (MELLO, 2010, p. 433), a lei poderá deixar margem de liberdade para a aplicação do ato quanto:

- a) ao momento da prática do ato;
- b) à forma do ato;
- c) ao motivo do ato;
- d) à finalidade do ato;
- e) ao conteúdo do ato.

Segundo o autor, a liberdade é crescente da primeira para a última hipótese, e será maior ou menor, dependendo de quantos elementos forem discricionários (MELLO, 2010, p. 433).

Há discricionariedade quanto ao momento quando a lei determina o ato, mas deixa a critério do administrador avaliar o momento mais oportuno e conveniente para praticá-lo. Ainda que o legislador estabeleça um prazo, o ato pode ser praticado a qualquer momento, desde que dentro do prazo, cabendo ao poder público escolher aquele que for mais conveniente. Exemplo: a Assembleia Legislativa de um determinado Estado aprova uma lei que determina que todas as universidades estaduais devem possuir um restaurante

universitário, mas não determina o momento em que eles devem ser construídos, deixando a critério do Administrador decidir o melhor momento para praticar o ato.

Quanto à forma do ato, há discricção quando a norma jurídica não descreve uma forma específica, diante do caso concreto, para a exteriorização do ato, ficando a critério do administrador decidir qual a forma mais eficaz.

Pode ocorrer também discricionabilidade quanto ao motivo do ato, situação em que cabe ao administrador fazer um juízo de valor a cerca dos pressupostos fáticos e jurídicos do ato a ser praticado. O professor Mello cita como exemplo uma norma nos seguintes termos: "O Presidente da república poderá mudar a Capital do País". Verifica-se que a lei não normatizou do pressuposto, isto é, do motivo autorizador da prática do ato (MELLO, 2010, p. 434).

O motivo não se confunde com a motivação<sup>6</sup>, pois esta é a exteriorização daquele. O motivo é o pressuposto fático que enseja o ato, enquanto que a motivação é a norma jurídica ou administrativa, exterior ao ato e que o justifica. Pode haver nulidade do motivo, sem que haja da motivação, ou vice-versa. Exemplo disso é a concessão de aposentadoria por tempo de serviço: o motivo do ato consiste no preenchimento dos requisitos por parte daquele que deseja se aposentar, e a motivação é a fundamentação legal que autoriza o ato.

A discricionabilidade quanto à finalidade do ato é questão controversa entre os doutrinadores. Há doutrinadores, que afirmam que a finalidade do ato administrativo é sempre vinculada, uma vez que consiste no interesse público. Nesse sentido, Di Pietro (DI PIETRO, 2009, p. 214):

No que diz respeito à finalidade, também existe vinculação e não discricionabilidade, se bem que a matéria mereça ser analisada com cuidado. Foi visto que em dois sentidos se pode considerar a finalidade do ato: em sentido amplo, ela corresponde sempre ao interesse público; em sentido restrito, corresponde ao resultado específico que decorre, explícita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo

No primeiro caso, a finalidade pode ser discricionária, uma vez que o conceito de interesse público somente pode ser analisado diante do caso concreto, mas na segunda hipótese, a finalidade será sempre vinculada específica do ato.

Na visão de doutrinadores como Mello, diante do caso concreto, podem ocorrer situações em que não seja possível definir com precisão no que consiste o interesse público. Nesses casos, caberá à Administração fazer a adequação do conceito ao caso em questão. Por

---

<sup>6</sup> "Não se deve, contudo, confundir motivo com motivação. A motivação faz parte da forma do ato, isto é, ela integra o elemento forma e não o elemento motivo. Se o ato deve ser motivado para ser válido, e a motivação não é feita o ato é nulo por vício de forma (vício insanável) e não por vício de motivo" (MOYSES, 2014, p. 01).

exemplo: uma lei municipal determina que a utilização das vias públicas somente poderá ser feita mediante autorização do poder competente, desde que vez respeitado o interesse público. Se a norma não definir o que é o interesse público para os fins da mesma, ficará a cargo do administrador, diante da situação fática, ponderar sobre a definição de interesse público (MELLO, 2010, p. 435).

Pode ocorrer discricionariedade também quando o legislador não disciplina completamente o objeto do ato. Ocorre nas situações em que a lei determina mais de uma sanção a ser aplicada diante de uma infração, sem especificar critérios, ou simplesmente não prevê sanção alguma. Nesses casos, o objeto do ato, que corresponde à sanção, fica a critério do administrador, que decidirá de acordo com os princípios da razoabilidade/proporcionalidade, dentre outros.

O único elemento do ato que será sempre vinculado é a competência, razão pela qual não há que se falar em ato administrativo completamente discricionário.

Di Pietro entende que a discricionariedade é poder de ação administrativa, existente quando o regramento não descreve todos os aspectos de atuação administrativa, deixando certa margem de liberdade diante do caso concreto (DI PIETRO, 2009, p. 212).

Para ela, a administração poderá optar por uma dentre as soluções possíveis, mas deve adequar-se às limitações impostas pela própria lei.

Percebe-se, portanto, que a existência de discricionariedade não implica na ausência de lei disciplinadora, nem quer dizer que o administrador pode agir somente segundo sua consciência. A discricionariedade existe em virtude da lei e dentro dos limites impostos por ela, e a atuação do agente público rege-se segundo a moralidade administrativa, na análise da conveniência e oportunidade do ato. Nesse sentido, Di Pietro entende que “a fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta” (2009, p. 212).

Ainda, segundo a autora, normalmente, a discricionariedade existe nos seguintes casos (DI PIETRO, 2009, p. 212):

- a) quando a lei expressamente a confere à Administração;
- b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com os princípios extraídos do ordenamento jurídico;
- c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta ser praticada.

A lei expressamente confere a competência discricionária à Administração nos casos em que deixa claro que o agente público deverá ponderar subjetivamente a cerca da norma. A lei 8.112/91, por exemplo, prevê:

Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

I - de ofício, no interesse da Administração;

II - a pedido, a critério da Administração;

III - a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração;

b) por motivo de saúde do servidor, cônjuge, companheiro ou dependente que viva às suas expensas e conste do seu assentamento funcional, condicionada à comprovação por junta médica oficial;

c) em virtude de processo seletivo promovido, na hipótese em que o número de interessados for superior ao número de vagas, de acordo com normas preestabelecidas pelo órgão ou entidade em que aqueles estejam lotados.

Os incisos I e II conferem expressamente ao administrador a competência de analisar o pedido de remoção do servidor, segundo critérios de conveniência e oportunidade, no interesse e a critério da Administração, respectivamente. O inciso III, por sua vez, vincula os casos em que a Administração não poderá emitir juízo de valor a cerca do ato, pois está obrigada a conceder a remoção.

Nos casos em que a lei é omissa, segundo a professora Di Pietro, o administrador poderá, usando dos princípios extraídos do ordenamento jurídico, decidir qual a melhor decisão a ser tomada (DI PIETRO, 2009, p. 213).

Há casos em que a lei, apesar de estabelecer a competência do ato, não estabelece a conduta a ser adotada, uma vez que não é possível que o legislador, de antemão, preveja todas as condutas a serem adotadas diante das situações do dia-a-dia.

A discricionariedade existe porque o legislador não é capaz de prever todas as situações que podem surgir diante de um caso concreto. Existe tão somente quando não é possível dizer com objetividade a providência mais adequada a ser tomada, cabendo ao administrador fazer tal juízo subjetivo.

No entender de Di Pietro, poderá ainda haver discricionariedade quanto à conveniência e oportunidade de agir ou não agir diante de determinada situação, quando a lei expressamente conferir essa escolha à Administração. É o que ocorre no procedimento licitatório: “realizada uma licitação, a Administração pode ter de optar entre a celebração do

contrato ou a revogação da licitação, segundo razões de interesse público devidamente demonstradas” (DI PIETRO, 2009, p. 214).

Ressalta-se que a Administração somente pode atuar discricionariamente diante da autorização, explícita ou implícita (omissão legislativa), conferida pela lei. Essa situação decorre do princípio da legalidade administrativa, segundo o qual o poder público somente pode atuar quando a lei determinar ou autorizar. Qualquer atuação fora dos limites permitidos pela norma jurídica implica na ilegalidade do ato.

## 1.6 Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa

Conceitos jurídicos indeterminados são aqueles, trazidos pela norma jurídica, por meio de expressões vagas e imprecisas, para que possam se adequar ao tempo e local em que se inserem. São expressões que, no texto legal, possuem significado vazio, mas que diante do caso concreto, permitem seu entendimento.

Entende Carvalho Filho (2014, p. 56):

Conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou o aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo "ordem pública", "bons costumes", "interesse público", "segurança nacional" e outras do gênero.

Para Faria (2011, p. 189):

Os conceitos jurídicos diferem dos demais conceitos em razão do objeto. Enquanto os conceitos comuns têm por objeto coisa, os jurídicos referem-se a determinado significado. Duas características básicas verificam-se nos conceitos jurídicos, que os distinguem claramente dos demais: a sua não correspondência com a realidade; e a mutação que sofre, no tempo e no espaço, no que atine à sua compreensão.

O autor cita como exemplos “relevante interesse “público”, “perigo iminente”, “imperativo de segurança nacional”, “notório saber jurídico”, “necessidade pública”, “interesse social”, “utilidade pública”, além de outros (FARIA, 2011, p. 236).

Helena, citada por Faria, entende que: “no âmbito do Direito, deve-se entender por conceitos jurídicos indeterminados aqueles cuja realidade a que se referem não parece bem definida, cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente” (FARIA, 2011, p. 190).

A ideia de que os conceitos jurídicos indeterminados conferem à Administração competência discricionária surgiu com Bernatizik, em obra publicada em 1886, e influenciou vários outros doutrinadores, dentre eles Mello. Para o autor, a discricionariedade existe também quando a lei utiliza conceitos vagos, imprecisos, que somente adquirem significado diante do caso concreto, e que mesmo diante desses, não é possível extrair deles uma significação una.

Esse entendimento resultou na diminuição do controle judicial em relação a esses conceitos, por se situarem no campo da discricionariedade. A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados surgiu em contraposição a esse pensamento, e defende a ideia de ilimitado controle jurisdicional de sua interpretação, tendo em vista que tais conceitos não ensejam discricionariedade por parte do agente público.

A partir desses pensamentos, surgiram a teoria da multivalência e a teoria da univocidade. A primeira é a adotada por Bernatizik e Mello, segundo a qual a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados permitem várias opções válidas, no campo da discricionariedade. A segunda, adotada por quase toda a doutrina e jurisprudência alemã, entende que os conceitos jurídicos indeterminados comportam apenas uma solução válida, de acordo com a finalidade legal, e por isso, a decisão do administrador seria vinculada, e não discricionária. Esse entendimento permite o controle integral pelo judiciário.

Helena defende que os conceitos jurídicos indeterminados podem ou não conduzir à atribuição de liberdade discricionária, e que tal situação somente se mostra definida diante do caso concreto. Para ela, diante do conceito indeterminado, deve-se procurar reduzir-lhe o núcleo, mediante um processo interpretativo. Caso não seja possível, por esse meio, esclarecer o conceito estudado, caberá um juízo de valor por parte do agente público, para evidenciar e esclarecer a parte obscura. Trata-se, portanto, de uma primeira fase vinculada, e a segunda, discricionária. (FARIA, 2011, p. 194)

No entendimento de Carvalho Filho, a razão pela qual os institutos são confundidos é porque ambos se enquadram na atividade não vinculada da Administração, uma vez que a norma não traz padrões objetivos de atuação. No entanto, há de se considerar, conforme ensina o autor, que discricionariedade não pressupõe imprecisão de sentido, como ocorre nos conceitos jurídicos indeterminados, mas oferece ao administrador a possibilidade de optar por uma das dentre as várias condutas lícitas e possíveis trazidas pela lei (CARVALHO FILHO, 2014, p. 56).

Entende-se, neste trabalho, que discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados correspondem a termos distintos. Conceitos jurídicos indeterminados são



aqueles cujo sentido somente é passível de averiguação diante da situação fática. Em regra, há apenas um conceito a ser escolhido, depois da análise dos elementos fáticos. Discricionariedade, por sua vez, consiste na multiplicidade de escolhas que podem ser adotadas pelo agente público.

Uma das principais características do ato administrativo discricionário é o mérito administrativo (oportunidade e conveniência do ato). Não há, no âmbito dos conceitos jurídicos indeterminados, margem para analisar a oportunidade e conveniência do ato, mas apenas adequação do conceito ao caso concreto.

### 1.7 Mérito Administrativo

O juízo de valor realizado nos atos realizados no exercício do poder discricionário, no que diz respeito à oportunidade e conveniência do ato, é chamado de mérito administrativo. Este surge diante do caso concreto e decorre da presença da discricionariedade. Para Carvalho Filho: “Pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 125).

Mello assim conceitua mérito (2010, p. 965):

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Na concepção de Meirelles: “O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato” (MEIRELLES, 2006, p. 154).

O mérito abrange somente os elementos não vinculados do ato administrativo, uma vez que somente estes podem ser objeto da análise, por parte da Administração, da conveniência e oportunidade de sua aplicação.

Nos atos vinculados não há margem alguma de liberdade para que o administrador faça algum juízo de valor a cerca da conveniência e oportunidade do ato, e, por conseguinte, não há que se falar em mérito em relação a esses atos.

De acordo com Júnior, citado por Faria, no exercício do poder vinculado, o administrador precisa interpretar a norma jurídica diante do caso concreto, para ter certeza de sua aplicação. No entanto, essa interpretação não se confunde com mérito. Não cabe ao administrador, nos atos vinculados, fazer qualquer juízo de conveniência ou oportunidade do ato, mas apenas ter certeza da devida aplicação da norma, levando em consideração sua finalidade e o interesse público (FARIA, 2011, p. 159).

Uma vez que se trata de uma margem de liberdade deixada pelo legislador ao poder público, a doutrina majoritária defende que o mérito somente pode ser analisado pela Administração Pública, no exercício da autotutela, ou quando provocada. Isso porque, segundo Meirelles; por exemplo, o Judiciário não tem competência para decidir o que é conveniente ou oportuno para a Administração Pública, sob pena de desrespeito, dentre outros, ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição Federal. No entendimento de Meirelles, o Judiciário pode analisar, nos atos discricionários, somente aspectos relacionados à legalidade do ato, e, portanto, não pode analisar o mérito do ato (MEIRELLES, 2006, p. 155).

Entretanto, doutrina e jurisprudência modernas, recentemente, vêm admitindo a hipótese de análise do mérito administrativo, com fundamento no princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV da CF/88 e com base nos princípios presentes implícita ou explicitamente no ordenamento jurídico.

O assunto é controverso entre os doutrinadores e a jurisprudência, e será analisado em capítulo específico.

## CAPÍTULO 02

### VISÕES MODERNAS DE DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO ADMINISTRATIVO

#### 2.1 Neoconstitucionalismo e Discricionariedade Administrativa

Os princípios da legalidade e separação dos poderes, que outrora serviram de engrenagem para o desenvolvimento do Direito, hoje representam empecilhos ao mesmo desenvolvimento. A legalidade, resultado do positivismo jurídico, deu lugar à constitucionalização do Direito e ao surgimento de teorias diversas pregando a importância formal e material da constituição. Essas teorias foram amplamente aceitas no novo cenário jurídico e deram origem ao que foi denominado de neoconstitucionalismo.

A constituição deixou de exercer um papel secundário e passou ao centro do cenário jurídico. Barroso explica o fenômeno (2005, p. 15):

[...] o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do direito.

Na visão do autor, uma das principais características dessas transformações é a interpretação de todo o ordenamento jurídico conforme as regras e princípios constitucionais, com a mutação do princípio da legalidade em constitucionalidade, ou mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação, respectivamente, à Constituição e à lei (BARROSO, 2005, p. 40).

O princípio da juridicidade, conforme descreve Oliveira, é um princípio moderno, que abrange de forma mais ampla a totalidade de regras, princípios e valores do Direito. Oliveira entende que em razão da constitucionalização dos princípios, o princípio da juridicidade passa a limitar e legitimar a atuação estatal, uma vez que somente a legalidade já não atende mais aos objetivos do Estado (OLIVEIRA, 2008, p. 40).

No Brasil, a carta política de 1988 reflete as influências dessas novas correntes, uma vez que enumerou uma série de princípios e fundamentos constitucionais, e tratou exaustivamente de inúmeros assuntos por meio de um único documento. Essa sistematização de assuntos, todos reunidos na constituição do Estado, demonstravam a importância que seria dada ao texto magno, norteando todas as normas infraconstitucionais posteriores.

No que diz respeito à discricionariedade administrativa, esta sofreu gradativas modificações na medida em que o neoconstitucionalismo foi se consolidando. Barroso explica que os princípios presentes no ordenamento jurídico permitem o controle da discricionariedade administrativa por parte do Judiciário, desde que se tome cuidado para não substituir a discricionariedade do administrador pela do juiz (BARROSO, 2005, p. 40).

Esse reconhecimento da normatividade dos princípios, segundo Luís Roberto Barroso, é uma das principais características do pós-positivismo. O autor destaca que princípios descrevem condutas específicas, como as regras, mas consagram determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios (BARROSO, 2005, p. 13).

A respeito da relação entre o neoconstitucionalismo e a discricionariedade administrativa, Mota (2008, p. 05):

No Estado Democrático de Direito, contexto no qual se situa a ordem jurídica brasileira por força da Constituição de 1988, são expressamente positivadas normas jurídicas com estrutura de princípios, que se destinam a regular a atuação da administração pública. Com isso, a relação entre legalidade e discricionariedade passa a ser concebida de forma diferenciada, porquanto deve levar em consideração a vinculação da discricionariedade a padrões jurídicos principiológicos, como decorrência da passagem da legalidade estrita para a legalidade em sentido amplo.

Para o autor, a discricionariedade, diante da ordem jurídica vigente, deve vincular-se ao princípio da juridicidade, o que significa que os atos realizados pelo agente público, no exercício da competência discricionária, vinculam-se não somente à lei, mas a todas as regras e princípios do Direito (MOTA, 2008, p. 05).

A ideia de constitucionalização do direito, na visão de Barroso, “está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”. (BARROSO, 2005, p. 16)

Uma vez que os atos discricionários estão vinculados à juridicidade administrativa, deve haver o controle judicial desses atos, sob pena de desrespeito à própria Constituição, que veda a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF/88).

Não é possível conceber, pois, que diante das transformações sofridas pela discricionariedade, em virtude da constitucionalização do direito, ainda se defenda a ideia de que os atos administrativos discricionários não podem ser objeto de controle judicial.

## 2.2 Visão Moderna de Discricionariedade e do Mérito Administrativos

Em virtude da influência das ideias do neoconstitucionalismo, passou-se a ter uma visão mais ampla e harmônica do Direito, dando-se mais importância aos princípios e regras constitucionais.

Como consequência disso, o Direito Administrativo também sofreu importantes influências a partir desse período. As visões clássicas a cerca da discricionariedade e mérito administrativos se tornaram obsoletas diante do novo panorama jurídico, e tiveram que se adequar às regras e princípios constitucionais e ao conceito de juridicidade.

Na visão da doutrina clássica, a discricionariedade era limitada apenas pelo princípio da legalidade, admitindo-se o controle por parte do Judiciário somente quanto aos aspectos legais do ato. A mudança de pensamento decorrente da democratização do direito resultou na ampliação dos mecanismos de controle da atividade discricionária da Administração. Nesse sentido, o princípio da legalidade passou a ser interpretado em consonância com as demais normas (princípios e regras), dando origem ao princípio da juridicidade. Nas palavras de Silva (2010, p. 246):

Entendemos que a discricionariedade é um dever do administrador. E que essas balizas lhe dão a diretriz perante o caso concreto, não é resultado apenas e unicamente à legalidade, como insiste em repetir a doutrina clássica, com respaldo no positivismo clássico. Hoje, com o sistema constitucional em vigor constituído de normas (leia-se: regras e princípios), colocara conduta do administrador cerceada somente pela legalidade "strictu sensu" seria uma transgressão à nossa própria Constituição Federal.

Nesse diapasão, podemos afirmar, com supedâneo na nossa Lei Mãe, que a Administração Pública está adstrita ao princípio da legalidade ampla, devendo obediência não somente à lei, mas aos princípios também.

A concepção moderna de discricionariedade, defendida por Vareschini, entende que mesmo que o agente público tenha a liberdade de escolher dentre as opções trazidas pela lei, sua escolha deve ser norteadada pelo interesse público. Segundo a autora, o intérprete não pode escolher qualquer opção, dentre as propostas pelo ordenamento jurídico, mas deve escolher aquela que mais se adequa ao caso concreto, à luz das normas constitucionais (VARESCHINI, 2010, p. 64).

A visão moderna de discricionariedade, dependida por Vareschini, Faria e Guerra, defende que mesmo nos casos em que a lei é omissa ou faculta ao agente público mais de uma escolha, existe apenas uma que satisfaz completamente a intenção do legislador e o interesse público, diante do caso concreto.

Diante da visão de que todo o ordenamento jurídico deve ser interpretado em consonância com o sistema constitucional, entende-se que, atualmente, não se deve mais pautar a atividade pública apenas com base apenas nas regras, mas também nos princípios do ordenamento jurídico.

Segundo o princípio da juridicidade, a atividade estatal deve reger-se pelo Direito em sentido amplo, de forma a respeitar as regras e princípios do mesmo. Ao contrário do princípio da legalidade, segundo o qual o administrador somente pode atuar conforme a lei, a juridicidade permite que o administrador paute sua conduta no Direito como um todo.

Nesse sentido, Silva cita Binenbojm (SILVA, 2010, p. 246):

Com a constitucionalização do direito administrativo, lei deixa de ser o fundamento único e último da atividade administrativa. A Constituição – entendida como sistema de regras e princípios – passa a constituir o cerne da vinculação administrativa à juridicidade. A legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais. Passa-se, assim, a falar em um princípio da juridicidade administrativa para designar a conformidade da atuação da Administração Pública ao direito como um todo, e não apenas à lei.

O princípio da juridicidade, portanto, é característica essencial da noção clássica de discricionariedade administrativa, segundo a qual, a conduta do agente público, diante de casos em que a lei deixa margem de deliberação ao administrador, não deve ser tomada tão somente com base na conveniência e oportunidade do ato, mas com base em um julgamento objetivo, depois de observadas as regras e princípios constantes no Direito.

Conforme explana Girão (GIRÃO, 2012, p. 94):

O princípio da juridicidade tem fundamento na resignação do ato não só com as leis, decretos, atos normativos inferiores (e. g. regulamentos, portarias), como também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Reunir o princípio da legalidade e acrescenta a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

Essa mudança de pensamento alcançou também o conceito de mérito administrativo, porém de maneira mais tímida. No entendimento de Faria, não é possível verificar se o administrador atendeu ou não aos limites da discricionariedade sem adentrar no

mérito do ato, uma vez que é nele que se encontra o juízo valorativo feito pelo agente público (FARIA, 2011, p. 247).

Para o autor, mesmo que a lei deixe a critério do administrador para, diante do caso concreto, escolher a melhor conduta, o mesmo está vinculado à escolha da melhor decisão. A melhor decisão, na visão de Faria é aquela que atende à finalidade da lei e ao interesse público, sem violar nenhuma regra ou princípio do ordenamento jurídico (FARIA, 2011, p. 247). Para o autor, há somente uma decisão que satisfaz completamente a finalidade pretendida pelo legislador, e esta é a única decisão legítima a ser tomada, pois corresponde àquela que o legislador escolheria se estivesse diante do caso concreto.

Diante dessa concepção, o Judiciário tem competência para verificar se a escolha do administrador corresponde àquela que melhor se adequa ao caso concreto, assim como se a mesma atende ao interesse público.

Esse pensamento corrobora com o papel ocupado pelo Judiciário no Estado Democrático de Direito, que é o de fazer o controle da juridicidade dos atos em geral, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5, XXXV, da CF/88).

Mesmo os elementos formadores do mérito administrativo (conveniência e oportunidade) precisam estar em harmonia com todo o Direito. O administrador, como intérprete e aplicador da norma, não pode agir com base unicamente em seu juízo de valor, deixando de lado os preceitos legais. É necessária uma avaliação objetiva, proporcional e razoável, visando atingir o interesse público e a finalidade da lei.

Caso essa interpretação da oportunidade e conveniência sejam feitas em desacordo com as regras e princípios do Direito, cabe ao Judiciário anular o ato administrativo em questão, em virtude da antijuridicidade do mesmo.

Nesse sentido, Faria (2011, p. 269):

O exame do mérito do ato administrativo pelo Judiciário, com o propósito de verificar a sua conformidade com norma expressa ou com os princípios que norteiam a Administração Pública, compatibiliza-se com o seu dever de exercer o controle de legalidade, que compreende os demais princípios. O argumento sustentado na doutrina pátria dominante, de que o exame do mérito do ato caracteriza invasão de competência, parece desalinhado do contexto sociojurídico contemporâneo. Não se encontra, na Lei Maior e nem nos infraconstitucionais comandos proibitivos do controle em questão.

Verifica-se, portanto, uma crescente mudança de pensamento, no sentido de aumentar cada vez mais a esfera de atuação do controle judicial, no que diz respeito ao mérito

administrativo, que não pode ser excluído desse controle, dando margem a arbitrariedades ou abusos de poder praticados sob o manto da discricionariedade.

### **2.3 Teoria dos graus de vinculação do ato discricionário**

Mendes explica que, segundo a teoria dos graus de vinculação do ato discricionário, não existem tipos puros e absolutos e vinculação de discricionariedade, mas graus de vinculação, que dependem da norma a ser aplicada e do caso concreto (MENDES, 2010, p. 01).

Com a influência do neoconstitucionalismo e a incidência do princípio da juridicidade, a atividade administrativa passa a vincular-se a toda ordem jurídica, e conforme Mendes, impõe-se à Administração Pública uma vinculação direta à Constituição, inclusive aos princípios nela inseridos, de modo que não se fala mais em ato vinculado ou discricionário, mas num sistema de graus de vinculação à juridicidade concreto (MENDES, 2010, p. 01).

Segundo essa teoria, não existem atos administrativos totalmente vinculados ou discricionários, mas graus de vinculação às regras e princípios presentes no ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, explica Mendes que os atos administrativos se classificam conforme o grau de vinculação à juridicidade em: atos vinculados por regras; atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados e atos vinculados diretamente por princípios concreto (MENDES, 2010, p. 01).

Os atos vinculados por regras ocupam o mais alto grau de vinculação da atividade administrativa. Tais atos vinculam-se diretamente a regras, sejam elas constitucionais, legais ou regulamentares. São normas jurídicas que descrevem condutas, com o objetivo de serem aplicadas a casos concretos.

Os atos vinculados são aqueles que não admitem nenhuma valoração por parte do administrador, pois foram completamente descritos pela regra jurídica, e portanto, sua validade está condicionada à obediência dos preceitos legais. Esses atos admitem, no máximo, que seja feita uma interpretação da norma diante do caso concreto, no sentido de melhor aplicá-la.

Sobre os atos vinculados por conceitos jurídicos determinados, discorre Mendes (2010, p. 01):



Abaixo deles, estão os *atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados* (que podem constar em relatos normativos constitucionais, legais ou regulamentares), os quais, por sua vagueza e razoável grau de abstração, exigem valorações e avaliações técnicas dos administradores como condição de sua concretização, representando um grau intermediário de vinculação à juridicidade.

Quanto aos atos vinculados diretamente por princípios, estes são regulamentados por normas jurídicas com alto grau de abstração, e portanto, exigem uma valoração mais complexa do agente público, uma vez que descrevem um estado ideal de coisas a ser alcançado, como destaca a referida autora.

A importância dessa teoria consiste no fato de que, partindo do pressuposto de que todos os atos administrativos estão vinculados à juridicidade, mesmo que em graus diferentes, admite-se a possibilidade de apreciação desses atos pelo Poder Judiciário.

## CAPÍTULO 03

### CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO E DA DISCRETIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública, no exercício de suas funções, limita-se aos princípios e regras do ordenamento jurídico, em especial aos princípios insculpidos no art. 37, caput, da Constituição Federal (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficácia), assim como os demais princípios constitucionais. Limita-se também às regras da Constituição e específicas do Direito Administrativo.

Faria, a cerca desses limites, destaca: “Essas possibilidades de atuação contrariamente aos princípios da legalidade, da impessoalidade e da moralidade é que justificam e norteiam a adoção de meios de controle da Administração Pública, visando a coibir os abusos a anular os atos viciados, dela emanados” (FARIA, 2011, p. 201).

Esse controle, nos Estados Democráticos de Direito, para Faria, consiste no próprio controle da Administração (autocontrole), no controle do Legislativo e no Jurisdicional. Tal situação se justifica em razão da teoria dos freios e contrapesos, segundo a qual os poderes estatais são independentes entre si, mas atuam um no controle do outro, em busca de uma harmonia jurídica e social (FARIA, 2011, p. 201).

O autocontrole é aquele realizado pela própria Administração, no exercício da autotutela. Consiste em prerrogativa da Administração Pública, de rever seus próprios atos quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos.

O controle do Legislativo corresponderá criação de normas jurídicas limitadoras da atividade estatal, enquanto que o controle jurisdicional é aquele que busca auferir a adequação dos atos administrativos às regras e princípios do ordenamento jurídico. Esse controle, em relação aos atos administrativos vinculados, é inquestionável, uma vez que esses atos se sujeitam completamente à lei. Em contrapartida, no que diz respeito aos atos administrativos discricionários, há controvérsias quanto à possibilidade de análise, por parte do Poder Judiciário, da conveniência e oportunidade desses atos.

Diante do panorama jurídico brasileiro, em que se adota a concepção de Estado Social-Democrático, com a supervalorização do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (a lei não excluirá da apreciação judicial lesão ou ameaça a direito), a referida teoria passou a sofrer inúmeras críticas.

Nas palavras de Mendes (MENDES *et al.*, 2009, p. 119):

[...] impõe-se *re-interpretar* esse velho dogma para adaptá-lo ao moderno Estado *constitucional*, que sem deixar de ser *liberal*, tornou-se igualmente *social* e *democrático*, e isso não apenas pela ação legislativa dos Parlamentos, ou pelo intervencionismo igualitarista do Poder Executivo, mas também pela ação *política* do Poder Judiciário, sobretudo da modernas Cortes Constitucionais, crescentemente comprometidas com o *alargamento* da cidadania e a *realização* dos direitos fundamentais.

Concordar com a tese de que o Judiciário não pode examinar o mérito do ato administrativo em razão da competência discricionária não podem ser inteiramente controladas. Essa situação pode ensejar em desvios de poder ou arbitrariedades praticadas sob o manto da discricionariedade.

Fiscalizar/controlar o mérito administrativo não quer dizer substituir a conduta do administrador, o que ensejaria desrespeito à separação dos poderes. O papel do judiciário é fazer o controle dos atos/conduas humanas frente ao ordenamento jurídico, dizer se tais condutas são legais/legítimas e tomar a medida cabível diante do caso concreto.

Não se confunde, pois, a atividade de controle, própria do Poder Judiciário, com a atividade política do Poder Executivo. Não há que se falar em ofensa à independência dos poderes a análise de mérito do ato administrativo discricionário, uma vez que a atividade jurisdicional não busca a substituição do mérito administrativo pelo judiciário, mas tão somente a avaliação desses atos, no que diz respeito à sua adequação com o ordenamento jurídico.

### 3.1 Controle judicial da discricionariedade

Conforme dito anteriormente, há controvérsias quanto à possibilidade de análise, pelo Poder Judiciário, da discricionariedade administrativa.

A Administração, no exercício da autotutela, pode rever seus próprios atos, anulando os atos ilegais e revogando os que julgar inconvenientes ou inoportunos. Nas palavras de Di Pietro: “O controle sobre os órgãos da Administração Direta é um controle interno e decorre do poder de autotutela que permite à Administração Pública rever os próprios atos quando ilegais, inoportunos ou inconvenientes”. (DI PIETRO, 2009, p. 727)

Segundo a doutrina clássica, apenas à Administração é dado fazer a análise da discricionariedade administrativa, pois se trata de exame de mérito. Percebe-se, entretanto, uma mudança no pensamento a cerca do tema, como consequência do advento do Estado

Democrático de Direito e em busca de uma adequação aos princípios do ordenamento jurídico. Em virtude disso, nota-se uma ampliação da competência do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos discricionários.

De acordo com Faria (2011, p. 215):

Com a evolução do Direito e dos mecanismos de sua aplicação, verificou-se que discricionariedade é o poder e não o ato dele decorrente. Verificou-se, também, que o ato administrativo, independente de sua classificação, vincula-se aos seus elementos. O ato editado com a inobservância de um desses elementos nasce viciado. Daí a jurisprudência evoluir para admitir o controle jurisdicional mesmo dos atos chamados discricionários, desde que não se adentrasse o mérito, pois é nele que reside a discricionariedade.

Como destaca o autor, o mérito é elemento do ato administrativo discricionário, que se relaciona com o objeto do ato. (FARIA, 2011, p. 215). Na visão doutrinária e jurisprudencial moderna, existe uma crescente aceitação do controle dos elementos do ato discricionário, mas ainda não se admite a análise do mérito administrativo.

A partir de um trabalho desenvolvido por Stassinopoulos, Faria faz uma análise do desenvolvimento da possibilidade de controle judicial do mérito em vários países. Na Alemanha, o entendimento dos tribunais é no sentido de que, apesar de a lei ter conferido ao administrador a competência discricionária, isso não impede o controle com o fim de verificar se o poder foi exercido conforme a finalidade da Administração, que consiste no interesse público (FARIA, 2011, p. 216).

É possível ainda que o juiz analise se a competência discricionária foi exercida conforme os limites legais e se os motivos justificadores do ato são verdadeiros. A falsidade dos motivos de um ato discricionário resulta em violação evidente da lei, e portanto, passível de apreciação e anulação pelo poder judiciário.

O alemão Jellinek classificou os vícios do poder discricionário em: negligência, ignorância e influência. Explica o autor alemão, citado por Faria (2011, p. 217):

Negligência no exercício do poder discricionário (ex: falta de exposição de motivos determinantes). Ignorância de certas considerações prescritas pela lei (ex: defesa de interesse não foi levado em consideração). Influência dos motivos de parcialidade (ex: omissão de parte de um órgão administrativo de se recusar).

O Conselho de Estado Francês entende que os atos fundados em motivos falsos ou praticados fora dos limites do poder discricionário são anulados e que mesmo a oportunidade e a conveniência podem ser analisadas em busca da legalidade do ato (FARIA, 2011, p. 217).

A doutrina francesa admite que os atos discricionários sujeitam-se a um controle finalístico, uma vez que devem ser praticados em consonância com a finalidade da Administração.

Com base nesse estudo, Stassinopoulos entende que a solução é a análise da legalidade tendo como norteadora a Constituição. Faria (FARIA, 2011, p. 219):

Para Stassinopoulos, as regras que determinam os limites do poder discricionário são de natureza genérica. Decorrem de princípios gerais, que não registrados expressamente por lei, mas que resultam da interpretação das disposições e do espírito das leis administrativas, em geral.

Nota-se, pois, que a discricionariedade está condicionada a regras de sentido amplo, em razão de sua não regulamentação legal, e os atos discricionários devem ser praticados dentro dos limites da lei e do ordenamento jurídico como um todo, sob pena de ilegalidade.

Verifica-se, portanto, que tanto no Brasil como em outros países, a doutrina e jurisprudência caminham no sentido de expandir cada vez mais a esfera de controle, por parte do Poder Judiciário, dos atos realizados no exercício da competência discricionária.

Aceita-se, atualmente, a análise dos elementos do ato administrativo discricionários. Além de competência, que é sempre vinculada, os demais elementos do ato podem estar vinculados pela norma geradora, e mesmo quando assim não o for, a validade do ato está condicionada ao respeito dos limites impostos pelas regras e princípios do ordenamento jurídico. Caso o ato seja praticado em desobediência à finalidade da lei, ou mesmo da Administração Pública, ou com base em motivos falsos, o ato é ilegal, e portanto, anulável pelo judiciário.

Caso o ato discricionário seja praticado com abuso/desvio de poder ou arbitrariamente, não há dúvidas quanto à possibilidade de análise jurisdicional do ato.

Ressalta-se apenas que, conforme já abordado neste trabalho, a Administração não se limita apenas pelo princípio da legalidade, mas por todas as regras e princípios do ordenamento jurídico, por força do princípio da juridicidade.

O papel do Judiciário no panorama jurídico atual, em que vigora a democracia social, com grande importância ao papel do poder judiciário, exerce grande influência no Direito Administrativo, e repercute em limitações, cada vez maiores, à atividade estatal. Nesse sentido, o Judiciário expande sua atuação, e isso justifica a aceitação, cada vez maior, da análise da discricionariedade por este órgão.

Entretanto, o Judiciário, nesses casos, também deve respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

### 3.2 Controle Judicial do Mérito Administrativo

O núcleo do ato administrativo discricionário é o mérito (análise da oportunidade e conveniência do ato), conceito criado pela doutrina e amplamente aceito no cenário administrativo mundial. Para a maioria dos autores, como Meirelles, Mello, Júnior, Carvalho Filho e Di Pietro, não cabe ao poder judiciário fazer a análise desse mérito, a não ser no que diz respeito à observância dos limites impostos pela lei.

Para outros doutrinadores, como Faria e Ferraz, a análise do mérito pelo Judiciário é não apenas possível, como essencial no Estado Democrático de Direito, com o fim de verificar se a finalidade da lei e da Administração Pública foram norteadores do ato.

Para a primeira corrente, é possível a análise judicial dos elementos essenciais do ato administrativo discricionário, a partir do exame da legalidade e da observância dos princípios do ordenamento jurídico. Entretanto, não se admitem conjecturas a respeito do mérito administrativo, uma vez é nele que reside a discricionariedade do ato. Para os referidos autores, é possível que o judiciário analise se os limites impostos pela lei foram respeitados, mas sem questionar os critérios de oportunidade e conveniência utilizados pelo administrador na prática do ato.

Explica Faria (2011, p. 236):

*Essa reflexão evolutiva doutrinária e jurisprudenciária salienta, sem contestação, nos dias atuais, que os atos oriundos do poder discricionário, são vinculados aos motivos determinantes, à razoabilidade, à proporcionalidade, à finalidade e à capacidade. Por isso já se pode concluir que todos os atos administrativo sujeitam-se ao controle do Judiciário, ressalvado, pela maioria dos aplicadores do Direito, o mérito do ato. Esse núcleo, zona de escolha ou valoração, seria livre e, por conseguinte, não sindicável pelo Poder Judiciário.*

Para o referido autor, que se filia ao pensamento de Ferraz, não há como o juiz analisar os limites do mérito administrativo sem adentrar ao exame do mérito administrativo. É imprescindível penetrar no mérito para que se possa descobrir se o ato possui algum vício de desvio de finalidade ou excesso de poder. Tais vícios geram a nulidade do ato administrativo, e por esse motivo, sua investigação por parte do judiciário não é apenas legítima, como necessária, sob pena de desrespeito ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição.

Faria assinala (2011, p. 247):

No nosso entender, esposado na doutrina de Sérgio Ferraz, o agente no exercício da discricionariedade encontra apenas uma conduta que atende plenamente à vontade da lei. Ora, dessa forma, somente se pode afirmar que a autoridade observou os limites de sua competência, se adotou a opção querida pela lei. Verificando que a escolha não foi a melhor, ao Judiciário compete declarar que aquela não é a melhor conduta, portanto, nula. Esse comportamento jurisdicional não configura intromissão de um Poder na área de competência do outro. O Judiciário, para chegar a esse entendimento ou essa conclusão, não atua discricionariamente, mas aplicando a lei segundo a melhor e fiel interpretação. Isso legitima a conduta do juiz de dizer que a escolha adotada pelo agente público não é a que satisfaz a vontade da lei. Todavia, não lhe compete fazer a melhor escolha. Essa função é do Executivo.

No entendimento do autor, é necessária a análise do mérito do ato administrativo discricionário, para que este possa avaliar a legalidade do ato. Não é possível verificar se o ato foi praticado com desvio/excesso de poder sem adentrar ao mérito (FARIA, 2011, p. 247). Mais ainda, existem várias opções a serem consideradas (discricionariedade) porque o legislador, no momento da elaboração da lei, não foi capaz de prever todas as situações fáticas possíveis, e por isso, deixou certa margem de liberdade ao aplicador, mas diante de cada situação, existe apenas uma opção que melhor satisfaz ao interesse público e à finalidade da lei diante do caso em tela.

Para Faria, a liberdade discricionária possui limites, sujeitos a controle. Ainda que a discricionariedade forneça mais de uma opção possível, o administrador deve eleger a mais conveniente e oportuna, e por isso, a oportunidade e a conveniência não são livres, tendo como principal limitador o interesse público.

Diante disso, o Judiciário poderia adentrar no mérito para verificar quanto ao acerto ou não do ato administrativo, segundo critérios de razoabilidade, racionalidade, proporcionalidade e finalidade, dentre outros parâmetros.

Ferraz, citado por Faria, opina sobre o tema (2011, p. 248):

Ora, a avaliação do mérito também é imprescindível para que cheguemos a detectar se há desvio de poder ou não, se há abuso de poder ou não. Um sistema jurídico que configura, tipifica e categoriza as ideias de desvio e abuso de poder e lhe dá o corretivo adequado, não se vai negar a admitir a avaliação do mérito da atividade administrativa.

A partir desse entendimento, Faria chega à conclusão de que a discricionariedade está vinculada à melhor opção, e por esse motivo, é cabível a interferência do Judiciário para verificar quanto ao acerto da escolha.

No entanto, não cabe ao juiz em princípio, dizer qual a escolha correta. Essa competência deve ser devolvida ao agente público, para que adote a opção correta, se a medida for realmente necessária.

Verifica-se, nestes termos, o entendimento de Faria (2011, p. 253):

Por outras palavras, praticar a única escolha que atenda ao interesse público naquela situação fática, pois a “oportunidade e a conveniência”, mérito do ato decorrente da discricionariedade, tão prestigiadas, não são escolhidas pelo agente administrativo. Ao contrário, são declaradas pelo agente competente se elas, de fato, existem. Para a constatação da existência de uma ou de outra, ou de ambas, o administrador terá de, primeiro, descobrir a efetiva vontade da lei; em seguida, identificar os motivos que determinam a edição do ato e a finalidade de alcançar do ato. Por último, constatado que a situação reúne todas as condições jurídicas e administrativas para a adoção de determinada medida, o agente deve promover a motivação do ato que pretende editar.

Percebe-se, da análise dos argumentos apresentados, que o exame do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, com o fim de verificar se a escolha feita pelo administrador foi a que melhor atende à finalidade do ato, assim como verificar se o mesmo foi praticado em conformidade com as normas jurídicas, faz parte das atribuições deste órgão, que o mesmo possui o dever de controlar e anular os atos contrários ao ordenamento jurídico.

Conforme exposto ao longo do trabalho, a doutrina e a jurisprudência evoluem no sentido de aceitar, cada vez mais, a interferência da atividade jurisdicional para harmonizar e controlar a conduta dos demais poderes.



## CAPÍTULO 04

### ANÁLISE DE JULGADOS

Ao longo dos anos, o Judiciário brasileiro tem evoluído no sentido de admitir um controle cada vez maior da discricionariedade. Admite-se, no atual cenário jurídico, a análise dos elementos do ato discricionário, no entanto, ainda é minoritária a jurisprudência que admite a análise do mérito administrativo.

Pretende-se, neste capítulo, fazer a análise de alguns julgados, com o fim de demonstrar a evolução do pensamento quanto ao exame da discricionariedade e do mérito administrativos pelo Judiciário.

O primeiro deles corresponde à um Agravo Regimental em um Mandado de Segurança nº 44.286 – PR (2013/0379262-08), julgado pelo Superior Tribunal de Justiça, cujo Ministro Relator foi o Herman Benjamin:

**PROCESSUAL CIVIL E DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO CONSTANTE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não ocorre nulidade do processo administrativo disciplinar que ensejou a demissão do agente penitenciário sem que houvesse instauração prévia de sindicância ou de processo investigativo, porque o STJ possui entendimento no sentido de que a sindicância é dispensável quando existirem elementos suficientes para a instauração do processo administrativo disciplinar, como ocorre no caso dos autos, em que o agente penitenciário foi flagrado adentrando unidade prisional com aparelho, bateria e carregador de celular, contrariando proibição.

3. Por fim, em relação à proporcionalidade da pena aplicada, a atuação do Poder Judiciário no controle do processo administrativo restringe-se à verificação de vícios capazes de ensejar sua nulidade, sendo-lhe defeso qualquer incursão no mérito administrativo. Assim, considerando que a penalidade de demissão é uma das medidas cabíveis no caso em questão, não se pode, em Mandado de Segurança, rever o acerto ou desacerto da decisão tomada em processo administrativo disciplinar que observou os princípios do contraditório e da ampla defesa.

4. Agravo Regimental não provido.

(STJ. Processo: AgRg no RMS 44286 PR 2013/0379262-8. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgamento: 18/11/2014. Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Publicação: DJe 26/11/2014)

O caso analisado era de um agente penitenciário que, contrariando proibição, foi flagrado adentrando em unidade prisional com um aparelho celular, bateria e carregador. Foi instaurado processo administrativo disciplinar, do qual resultou a penalidade de demissão. O

Agravo Regimental pretendia que o Tribunal verificasse se a pena aplicada foi proporcional ao caso. No entanto, o STJ entendeu negou provimento ao recurso e argumentou que, no que diz respeito à proporcionalidade da pena aplicada, uma vez que a penalidade de demissão é uma das medidas cabíveis no caso em questão, a atuação do Judiciário se restringe à análise dos vícios ensejadores de nulidade, sendo-lhe defeso adentrar no mérito administrativo.

O julgado em questão, apesar de recente, reflete a visão clássica a respeito da possibilidade do controle da do mérito administrativo. Percebe-se que o ato discricionário em si, foi objeto de controle, correspondente à possibilidade do administrador aplicar mais de uma solução ao caso. O Tribunal constatou que realmente se tratava de decisão discricionária, e que a Administração havia escolhido uma dentre as várias opções trazidas pela lei. Contudo, o STJ decidiu não analisar o mérito administrativo, mesmo havendo a possibilidade de lesão a direito.

Com base nas teorias desenvolvidas neste trabalho, entende-se que mesmo que a lei forneça várias opções ao Administrador, apenas uma satisfaz ao caso sub judice. O legislador não é capaz de prever todas as situações posteriores, e por isso, lista várias possíveis soluções. No entanto, diante da situação fática, somente uma das opções satisfaz integralmente a vontade do legislador e a finalidade da Administração, e a esta opção, o agente público está vinculado. Conforme defendido na teoria dos graus de vinculação, este ato ocupa o último grau, que corresponde àquele que deve ser analisado conforme os princípios do ordenamento jurídico.

No entanto, o Tribunal se recusou a verificar se o princípio da proporcionalidade, e conseqüentemente, a melhor escolha, havia sido aplicada. O fato da decisão do administrador corresponder a uma das opções trazidas pela lei, não faz dela a melhor escolha a ser tomada. Se todas as soluções tivessem o mesmo valor, não seria preciso ao legislador enumerar mais de uma, pois o efeito seria o mesmo.

O pensamento de que o controle judicial limita-se ao controle dos vícios ensejadores de nulidade não condiz com as teorias modernas defendidas neste trabalho. O Judiciário é competente para verificar os limites do mérito administrativo, assim como analisar se a decisão tomada foi a melhor diante do contexto fático e do interesse público.

O segundo julgado, citado por Faria, corresponde à Apelação nº 1.422, em Mandado de Segurança emanado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, cujo Relator foi o Desembargador Seabra Fagundes, em 1948 (FARIA, 2011, 238):

**PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO – ABUSO DESSE PODER – MANDADO DE SEGURANÇA – DIREITO LÍQUIDO E CERTO –**  
No que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. O ato que, encobrando fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais poderá cair na apreciação do Poder Judiciário, não obstante originário do exercício de competência livre. O “fim legal” dos atos da Administração pode vir expresso ou apenas subentendido na lei. O direito, que resulta não da letra da lei, mas do seu espírito, exurgindo implicitamente do texto, também pode apresentar a liquidz e certeza que se exigem para concessão do mandado de segurança.

O caso em questão era de um Mandado de Segurança impetrado pela Empresa de Transporte Potiquar Ltda., contra ato de um inspetor de trânsito do Estado do Rio Grande do Norte. A Inspetoria de Trânsito do Estado do Rio Grande do Norte estabeleceu horário determinado para a saída de quatro ônibus da cidade de São José do Mipibu para a Capital. No entanto, segundo a apelante, o horário estabelecido não atendia ao interesse de muitos moradores da cidade, que trabalhavam na Capital.

Nesse sentido, a apelante havia solicitado autorização para fazer circular mais um ônibus, em horário diferente dos demais, que melhor atendia às necessidades da população. Apesar de ter sido deferida a autorização à apelante, o horário não atendia aos interesses dos moradores, pois foi deferido em horário diferente do requerido. Segundo o teor do Acórdão, essa decisão foi tomada para beneficiar outra empresa concorrente.

No julgamento da Apelação, o Tribunal entendeu que o horário solicitado pela Empresa de Transporte Potiquar Ltda. era aquele que melhor correspondia aos anseios da população, e por isso, concedeu a segurança para que a empresa circulasse nos horários pleiteados.

Verifica-se, pois, que a decisão do Tribunal coaduna-se com o entendimento dos doutrinadores modernos, no sentido de que, diante de atos discricionários, há uma solução que representa a melhor escolha diante do caso concreto. No caso analisado, o horário que melhor atendia as necessidades da população foi aquele pleiteado pela empresa apelante.

A decisão da Administração de conceder a autorização em horário diferente do pleiteado mostrou-se arbitrária. Diante disso, o Judiciário precisou adentrar no mérito do ato, para que pudesse visualizar o desvio de finalidade presente na escolha. Ao fazer a análise do mérito, verificou-se a ilegalidade da conduta do administrador, a qual continha vício de finalidade, uma vez que este visava beneficiar uma outra empresa de ônibus.

Ao constatar que houve ilegalidade na escolha do administrador, o poder judiciário anulou a mesma e proferiu nova decisão, correspondente à melhor decisão diante da situação fática.

Sobre o caso, analisa Faria (FARIA, 2011, p. 240):

Essa decisão proferida pelo Colendo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte é, repita-se, irrefutável prova de sindicabilidade do mérito administrativo, pelo Judiciário. Somente com esse comportamento é que se pode descobrir o desvio de finalidade, o excesso de poder e a arbitrariedade. Veja-se que o Tribunal foi mais longe, não só anulou o ato decorrente da solução escolhida pelo administrador, como fez a escolha que julgou ser a melhor, autorizando o impetrante a circular com seu ônibus, nos horários pleiteados. O que o Tribunal efetivamente fez foi dizer que a opção adotada pela Administração não era a que atendia à vontade da lei e, ao mesmo tempo, indicar a que entendeu ser a melhor, na situação. A decisão foi avançadíssima, para a época em que foi proferida.

O último caso a ser analisado refere-se a uma decisão de primeiro grau, proferida em 2012 pelo juízo da 4ª Vara Cível de Parnaíba, em Ação Civil Pública de nº 0002173-43.2011.8.18.0031 (sentença em anexo), ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Piauí. Na cidade de Parnaíba/PI, os exames de corpo de delito e as perícias médicas em pessoas vivas eram feitas no Hospital Estadual Dirceu Arcoverde, pois a cidade não dispunha de Instituto Médico Legal (IML). Devido à falta de instalações adequadas, o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública, requerendo a construção do IML.

Em decisão de primeiro grau, o juiz determinou que a Prefeitura de Parnaíba fizesse a doação de um terreno, no prazo de 30 (trinta) dias, e o Governo do Estado do Piauí deveria construir o edifício no mencionado terreno, no prazo de 150 (cento e cinquenta) dias, sob pena de multa.

Tomando por base as teorias expostas ao longo desse trabalho, percebe-se que o Judiciário extrapolou a competência constitucional a ele imposta. Não havia, para ser analisado, nenhum ato administrativo passível de anulação. Conforme o pensamento de Alexandrino e Vicente Paulo, supramencionado, a omissão da Administração Pública corresponde ao contrário de um ato: “é um não ato”, e portanto, não pode ser objeto de controle judicial.

O Judiciário, neste caso, não apenas adentrou no mérito administrativo, como o fez de forma incorreta, pois agiu antes do poder executivo, e tomou uma decisão política em meio a um processo judicial. O mérito administrativo pode ser objeto de controle pelo poder judiciário quando extrapola os limites da competência discricionária ou quando fere algum dos princípios do Direito. Não é o caso da situação apresentada.

Não havia como dizer qual a melhor decisão a ser tomada pela Administração, uma vez que a mesma não tomou decisão alguma passível de controle. Entende-se, por fim, que o Judiciário foi além dos limites fornecidos a ele pelo ordenamento jurídico, substituindo

o mérito administrativo pelo mérito judiciário, ferindo sobremaneira o princípio os princípios constitucionais a administrativos da separação dos poderes, razoabilidade e finalidade administrativa.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das teorias e doutrinas que envolvem o assunto abordado neste trabalho está longe de esgotar as discussões e contradições a respeito do tema. Contudo, buscou-se demonstrar os pontos mais relevantes da matéria.

Com base na visão dos doutrinadores e nas teorias enumeradas, pode-se verificar que, depois de várias transformações na visão sobre o tema, a doutrina e jurisprudências modernas aceitam o controle judicial da discricionariedade, não apenas no que diz respeito à legalidade, mas também à obediência aos princípios do ordenamento jurídico.

No que diz respeito ao mérito administrativo, ainda existe certa relutância em deixar de lado o pensamento clássico e admitir seu controle por parte do poder judiciário. Em contrapartida, percebe-se que assim como ocorreu com a teoria da discricionariedade, existe uma aceitação cada vez maior do controle judicial do mérito administrativo.

A partir das pesquisas feitas para a elaboração deste trabalho, chega-se à conclusão de que o mérito deve ser objeto de análise judicial, para que se verifique se a decisão tomada pelo administrador foi aquela pretendida pelo legislador.

Seguindo a melhor doutrina clássica, admite-se que mesmo que a lei enumere várias soluções para determinada situação, somente uma será plenamente capaz de se adequar ao caso concreto. O legislador estabeleceu mais de uma conduta, pois não era possível, no momento em que elaborou a regra, prever todas as situações que poderiam acontecer. No entanto, uma vez diante do caso concreto, é possível que o administrador perceba qual dentre as soluções seria escolhida pelo legislador, caso tivesse conhecimento da situação fática quando elaborou a lei.

Logo, existe somente uma escolha que satisfaz cada situação fática vivida pelo agente público, e a ela está vinculado. Somente uma escolha é capaz de atender à finalidade da lei e ao interesse público, e portanto, caso seja diversa a escolha do administrador, haverá desvio de finalidade, e conseqüentemente, o ato será passível de anulação pelo judiciário.

Não há como analisar o cabimento da decisão tomada pelo administrador, sem que, para isso, se adentre no exame da oportunidade e conveniência do ato. O judiciário deve ter livre acesso ao mérito para que possa identificar possíveis vícios ensejadores na nulidade do ato discricionário.

Em contrapartida, apesar de ser competente para anular o ato discricionário que contenha vícios no mérito, entende-se que o Judiciário deve determinar que a própria Administração adote a conduta que julga ser a melhor.

Não se trata, portanto, de substituição da vontade do administrador pela do juiz, mas de declaração de nulidade ou invalidade de uma conduta que não representa a melhor, segundo a lei e o interesse público.

Cabe ao Judiciário, por meio do controle que lhe é competente fazer, cooperar na construção de uma sociedade que busca alcançar o interesse público, sem desrespeitar as normas (regras e princípios) constitucionais. Esse controle não deve ser limitado por teorias ultrapassadas, que representam um momento social e jurídico completamente diferente. O Direito se transforma na medida em que a sociedade na qual se insere se modifica, sob pena de se tornar ineficaz.

A visão clássica de que o mérito não pode ser analisado pelo judiciário tornou-se ineficaz diante das ideias trazidas pelo Estado Democrático de Direito e ainda é tímida a atuação dos magistrados no sentido de reconhecer e efetivar esse controle. No entanto, conforme enfatizado neste trabalho, doutrina e jurisprudências se mostram cada vez mais receptivos às teorias modernas, e aos poucos, o controle judicial da discricionariedade e do mérito administrativos será adequados às teorias modernas.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 21. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Disponível em: <[http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo\\_e\\_constitucionalizacao\\_do\\_direito\\_pt.pdf](http://www.luistrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso de Mandado de Segurança n. 44.286/PR. Relator: HERMMAN, Benjamin. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/153381971/agrg-no-recurso-em-mandado-de-seguranca-n-44286-pr-do-dia-26-11-2014-do-stj>>. Acesso em: 02. dez. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Piauí**. Ação Civil Pública n.0002173-43.2011.8.18.0031. Disponível em: <<http://www.tjpi.jus.br/themisconsulta/view/786951>>. Acesso em: 02. dez. 2014.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte**. Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1.422. Relator: FAGUNDES, Seabra. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/10789/9778>>. Acesso em: 02. dez. 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27. ed. rev., ampl. e atual. Até 31-12-2013. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Controle do Mérito do Administrativo pelo Judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

GIRÃO, Daniel Bezerra Monteiro. **Paradigma da Juridicidade versus legalidade no processo administrativo Tributário**. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/fo/ojs/index.php/fadir/article/view/10069/8125>>. Acesso em: 02. dez. 2014.

GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade Administrativa: críticas e propostas**. Disponível em: <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/SGuerrad.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/SGuerrad.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2014.

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

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editora, 2010.



MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártines; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. Por uma proposta de superação da classificação em ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário. Da teoria dos graus de vinculação. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2724, 16 dez. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18043>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

MOTA, Marcel Moraes. **Racionalidade e Discricionariedade Administrativa**. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12\\_178.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_178.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2014.

MOYSES, Natalia Hallit. **O motivo, a motivação dos atos administrativos e a teoria dos motivos determinantes à luz da jurisprudência do STJ**. Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/27617>>. Acesso em: 02. Dez. 2014.

OLIVEIRA, Clarissa Angélica Santos. **O controle do mérito dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário**. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1\\_2008/Discentes/Clarissa.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2008/Discentes/Clarissa.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2014.

SILVA, Mário Henrique Malaquias da. **O princípio da proporcionalidade como limitador da discricionariedade administrativa**. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/viewFile/7578/6663>>. Acesso em: 02 dez. 2014.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **O controle da discricionariedade administrativa no contexto da constitucionalização do direito brasileiro: uma leitura desde a hermenêutica filosófica**. Disponível em: <[http://www.facbrasil.edu.br/sitemestrado/\\_pdf/julieta.pdf](http://www.facbrasil.edu.br/sitemestrado/_pdf/julieta.pdf)>. Acesso em: 02 dez. 2014.

VENOSA, Sílvio de Sávio. **Direito Civil**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

## ANEXO

SENTENÇA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA N. 0002173-43.2011.8.18.0031

**PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO PIAUÍ**  
**COMARCA DE PARNAÍBA**  
**SENTENÇA**

**Vistos, etc.**

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PIAUÍ** através da **1ª Promotoria de Justiça Civil dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos de Parnaíba-PI**, devidamente qualificado, ingressou neste juízo com **AÇÃO CIVIL PÚBLICA COM PEDIDOS LIMINARES E PRECETO COMINATÓRIO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER** contra o **ESTADO DO PIAUÍ** e o **MUNICÍPIO DE PARNAÍBA-PI**, também qualificados, conforme este **processo nº 0002173-43.2011.8.18.0031** — 4ª Vara Cível.

Num resumo prático, diz o autor que neste município de Parnaíba-PI não existe repartição própria, específica do **INSTITUTO MÉDICO LEGAL**, e que os serviços relativos a esse órgão são executados de forma improvisada, precária e vexatória em uma dependência no interior do **HOSPITAL ESTADUAL DIRCEU ARCOVERDE — HEDA**, onde se constata sérias irregularidades de ordem sanitária, de segurança e de estrutura do local reservado aos corpos sem vida.

Carlos Eugênio Macêdo de Santiago  
 Juiz 4ª Vara Cível  
 Parnaíba - PI

Pondera que esta realidade indica o comprometimento da ética, da saúde, da educação, da moral e da legalidade, pois os cadáveres devem ser vistos como *res humana* e não objetos quaisquer expostos ao desleixo e à imundície, — em respeito ao significado afetivo da memória de um ser humano e ao próprio sentimento ou significado de cidadania.

No curso de sua petição inicial, o digno representante do Ministério Público expõe todas as providências que tomou na esfera administrativa com o objetivo de sanar as referidas irregularidades, noticiando as infrutíferas instâncias que fez junto às autoridades responsáveis e ainda mostrando extensa lista de anomalias funcionais e estruturais constatadas a partir de inspeções efetivadas pelo **Corpo de Bombeiros** e pela **Vigilância Sanitária do Município**.

É diz: ***O desinteresse demonstrado pelos gestores estaduais e municipais, ao longo dos anos, permite entrever que o intuito sempre foi de se furtar às suas responsabilidades e de adotarem as medidas destinadas à garantia da segurança dos usuários e funcionários do HEDA. A acintosa desídia secular dos homens públicos, certamente inviabilizou uma solução extrajudicial da questão, então, (...), não restou alternativa outra senão intentar a vindicação pontual do Poder Judiciário, a mais eficiente medida destinada a assegurar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos: a interdição do HEDA nas funções de IML, e a criação imediata do Instituto Médico legal de Parnaíba.***

Na forma do artigo 12 da Lei nº 7.347/85, requer medidas cautelares para (i) – a imediata suspensão de realização de todo e qualquer exame pericial em pessoas vivas ou mortas naquele local; (ii) – que seja alugado, em caráter provisório, prédio longe do **HEDA** com as condições mínimas de serem exercidas as funções do **IML** para funcionar até a construção e instalação do edifício definitivo, e (iii) – que decorridos 30 (trinta) dias da intimação dos requerido, se não houver a adequação das normas de proteção à vida e à saúde dos trabalhadores que lá se encontram, interdição total das instalações do **HEDA/IML** em Parnaíba, impedindo-se, assim, a entrada e permanência de qualquer usuário em suas dependências, até julgamento do pedido principal.

E no tocante ao pedido principal, requer a interdição definitiva dos trabalhos periciais nas dependências do **HEDA** e que o **MUNICÍPIO DE PARNAÍBA** disponibilize um terreno para que o **ESTADO DO PIAUÍ** efetive a construção do **IML** com características essenciais e completo aparelhamento.

Juntou os documentos de fls. 50/209.

Em despacho de fls. 211/230, deferi parcialmente os pedidos de ordem cautelar, no que determinei a suspensão imediata de realização de exames de corpo de delito e perícias médicas em pessoas vivas no **IML** instalado no **HEDA**, e ainda que os promovidos realizassem no prazo de 30 (trinta) dias as adequações recomendadas pelo **Corpo de Bombeiros** e **Vigilância Sanitária** nas instalações provisórias do **IML** em uso.

Caras Duques Magalhães de Santana,  
Jur. 1º Grau Cível  
Parnaíba - PI

A referida ordem liminar foi suspensa pelo prazo de 180 dias por ordem do **Excelentíssimo Senhor Desembargador Edvaldo Pereira de Moura** nos autos do **Agravo de Instrumento nº 2011.0001.004416-5/Parnaíba** interposto pelo **ESTADO DO PIAUÍ**, conforme consta às fls. 350 e 370/372.

O **ESTADO DO PIAUÍ** contestou às fls. 278/300, questionando em preliminar sobre a incompetência absoluta deste juízo e sobre a impossibilidade de concessão de tutela antecipada.

Em mérito, defendendo o princípio da separação dos poderes, alega que o Poder Judiciário não pode ir além do exame de legalidade e substituir o juízo de mérito da administração. Disse ainda que para a concretização de suas obras necessita de previsão orçamentária e que também é de ser observado o princípio relativo à **reserva do possível**.

Às fls. 303/304 juntou petição apresentando a cópia do relatório de Audiência Pública ocorrida na **Câmara Municipal de Parnaíba**, conforme fls. 305/322, que tratou sobre as providências para a solução dos problemas que envolvem o **IML** de Parnaíba. O mesmo relatório se encontra às fls. 325/342.

O **MUNICÍPIO DE PARNAÍBA**, citado às fls. 235, apresentou uma manifestação às fls. 271/272, com documentos em anexo, informando sobre as providências tomadas quanto à ordem liminar. Quanto ao mérito da demanda, não contestou.

O Ministério Público replicou às fls. 406/412, juntando os documentos de fls. 413/448.

Às fls. 450/452 consta o despacho saneador, onde foi decidida a questão da competência deste juízo, não havendo recurso sobre a referida decisão.

Cartão Engenheiro Município de Santarém  
Júri 1ª Vara Cível  
Parnaíba - PI

Às fls. 499/500 consta termo de registro da primeira audiência que foi suspensa em face da necessidade de diligência a ser feita pelo **ESTADO DO PIAUÍ**.

Às fls. 513 consta a audiência final, oportunidade em que as partes pediram o julgamento da lide.

Cumprе esclarecer que todas as partes interessadas tiveram acesso e oportunidade de manifestação sobre todos os documentos juntados.

**É o relatório. Decido.**

O direito pleiteado na presente demanda é inquestionável na medida em que é fato notório que neste município de Parnaíba-PI — conhecido no mundo inteiro pelo potencial turístico em seu entorno — **não existe INSTITUTO MÉDICO LEGAL**. Trata-se da segunda cidade do Piauí, o portal do **DELTA DAS AMÉRICAS**.

Em face desta realidade, os procedimentos periciais concernentes ao corpo humano — nesta cidade — são realizados de forma precária — quando possível — em um **lugar improvisado** nas dependências de um hospital público.

A respeito, ao tecer considerações sobre a ordem liminar concedida neste feito, o **Eminente Desembargador Edvaldo Pereira de Moura** in decisão posta no **Agravo de Instrumento** (fls. 370/372), disse: “Com efeito, a decisão do magistrado *a quo* objetivou precipuamente proteger o interesse público local, resguardando a saúde dos trabalhadores do Instituto Médico Legal de Parnaíba, e de toda a população, uma vez que o referido órgão funciona comprovadamente em condições precárias, ocasionando risco à saúde das pessoas que frequentam o local.”

nos lugares liberados do Surtimento  
da 4ª Vara Cível  
Parnaíba - PI

O **MUNICÍPIO DE PARNAÍBA** sequer contestou a inicial. Em sua petição de fls. 271/272, com documento em anexo, ratificou as palavras do douto representante do Ministério Público, confessando espontaneamente a precária condição do **IML improvisado** que funciona nas dependências do **Hospital Estadual Dirceu Arcoverde — HEDA**.

De seu lado, o **ESTADO DO PIAUÍ**, apesar de ter ingressado com **Agravo de Instrumento** questionando a ordem liminar e de ter apresentado contestação quanto ao mérito, também reconheceu e — tecnicamente — confessou no curso da demanda que neste município de Parnaíba não existe **INSTITUTO MÉDICO LEGAL**.

Daí é que em documento datado de 05.09.2011 (fls. 303/304) apresentou cópias de **Relatório Circunstanciado de Audiência Pública na Câmara Municipal de Parnaíba-PI**, onde autoridades da **Secretaria de Segurança Pública do Estado** demonstravam interesse na construção e instalação de um **IML** nesta cidade, conforme fls. 305/322 e 325/342.

O mesmo **ESTADO DO PIAUÍ** apresentou também os documentos de fls. 502/512 onde mostra que na data de 30.11.2011 já estava em curso providências atinentes a processo licitatório para construção do **IML** e informando que a cessão do terreno para a construção do prédio já fora concretizada.

Em outro ponto, o Ministério Público juntou documentos obtidos na imprensa e na Câmara Municipal em que se noticia sobre o interesse do vice-governador do Estado e dos vereadores locais em concretizar a construção e instalação do **IML** neste município conforme fls. 406/408.

Vejo neste contexto que a iniciativa do Ministério Público em propor a presente demanda, acordou as autoridades municipais e estaduais, e estas se deram conta da imperial necessidade de adequar Parnaíba à realidade. Trata-se da segunda cidade do Estado.

Nesse forte, vê-se em primeiro plano que o silêncio do **MUNICÍPIO DE PARNAÍBA** caracteriza-se como revelia (artigo 319 e 330, II, do CPC), cujos efeitos deverão ser postos em conjunto com a sua confissão (artigo 348, e seguintes, do CPC) devendo o referido ente público ser condenado na medida de sua responsabilidade a ceder um terreno.

No que é pertinente ao **ESTADO DO PIAUÍ**, considerando que este também confessou na forma do artigo 348 do CPC, deverá concretizar a construção e instalação do **INSTITUTO MÉDICO LEGAL DE PARNAÍBA**.

Válido é expressar, no entanto, que os requeridos necessitam, respectivamente, de prazo razoável para que executem a cessão do terreno e a consequente construção da obra e, por este motivo vejo-me impossibilitado de ordenar a execução imediata logo após o trânsito em julgado desta sentença.

Pelo exposto, com fundamento nos artigos 37, § 3º, 175 196, 197 e 216, § 3º, da CF, c/c o artigo 22 do CDC, e ainda artigo 6º, § 1º e 7º, I, da lei federal nº 8.987/95 e ainda na Lei nº 7.347/85, julgo procedente a presente ação, no que (i) – determino a interdição definitiva dos trabalhos periciais nas dependências do **HEDA**; (ii) - condeno o **MUNICÍPIO DE PARNAÍBA** a disponibilizar um terreno apropriado no território deste município, distante do **HOSPITAL ESTADUAL DIRCEU ARCOVERDE — HEDA — para a construção do prédio definitivo do **INSTITUTO MÉDICO LEGAL DE PARNAÍBA**, no**

Luizec Eugênio Menezes de Santiago  
Juiz 4ª Vara Cível  
Parnaíba - PI



prazo de 30 (trinta) dias, observado o trânsito em julgado da presente decisão, quando será intimado para a devida execução, sob pena de multa de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A referida multa será aplicada em favor do **Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor de Parnaíba (artigo 461, § 5º, do CPC)**; (iii) – condeno o **ESTADO DO PIAUÍ** a construir o edifício no mencionado terreno, devendo respeitar as características essenciais de um **INSTITUTO MÉDICO LEGAL** e instalar completo e necessário aparelhamento, com segurança e higiene adequada e ainda pessoal contratado por meio de concurso público. Isto no prazo de 150 dias, observado o trânsito em julgado da presente decisão, quando será intimado para a devida execução, sob pena de multa de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais) A referida multa será aplicada em favor do **Fundo Municipal de Proteção e Defesa do Consumidor de Parnaíba (artigo 461, § 5º, do CPC)**.

Considerando que a suspensão da liminar (fls. 211/230 e 370/372) foi concedida pelo Desembargador Relator somente pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, mantenho-a até o trânsito em julgado da presente decisão. Sem condenação em custas e honorários. Submeto esta decisão a reexame necessário.

**Publique-se. Registre-se. Intimem-se.**

**Parnaíba, 1º de março de 2012.**

**Carlos Eugênio Macedo de Santiago**

**Juiz da 4ª Vara Cível**

Carlos Eugênio Macedo de Santiago  
Juiz da 4ª Vara Cível  
Parnaíba - PI