

**CONTROLE DA LEGALIDADE DOS ATO ADMINISTRATIVOS PELO
PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO**
LEGALITY CONTROL BY THE JUDICIARY OVER THE
ADMINISTRATION'S ACTS

Izabela Medeiros Serafim
Felipe Luiz Faria Oliveira Carmona

RESUMO

Este trabalho pretende analisar, sob uma perspectiva crítica, os principais aspectos e consequências da crescente interferência do poder judiciário nos atos administrativos.

Palavras chave: Interferência, Ato Administrativo, Controle Judiciário.

ABSTRACT

This essay intends to analyse, underneath a critical perspective, the most relevant aspects e consequences of the growing interference of the judiciary in the administration's acts.

Keywords: Interference, Administration's Act, Legality Control.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos, que por sua vez são chamados de atos administrativos.

Todo ato administrativo deve atender a cinco requisitos, quais sejam: (i) competência; (ii) finalidade; (iii) forma; (iv) objeto; e (v) motivo. Os atos que não observarem simultaneamente estes requisitos devem ser invalidados ou anulados, seja pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Como é notório, a Administração conta com um poder de autotutela de seus próprios atos, inclusive reforçado pela Súmula 346 do STF, mas na prática o Poder Judiciário vem sendo recorrentemente incitado a decidir lides que versem sobre a (i) legitimidade desses atos administrativos.

Passaremos a analisar agora quais impactos esta atuação deficiente da Administração em anular seus próprios atos causa no sistema judiciário brasileiro.

2. ATOS ADMINISTRATIVOS X ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Para iniciarmos o presente trabalho, se faz necessário demarcar a distinção entre ato administrativo, tema central deste estudo, de ato da administração, com o qual o primeiro é frequentemente confundido.

Ensina-nos Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 412) sobre atos da administração:

“(...) que uma vez que seu conteúdo não é regido pelo Direito Administrativo e que não é acompanhado pela força jurídica inerente aos atos administrativos, reputamos mais adequados excluí-los dessa categoria.”

Já o ato administrativo, de acordo com o Diego de Figueiredo Moreira Neto (2009, p. 152) caracteriza-se pela:

“(...) manifestação unilateral de vontade da administração pública, que tem por objeto constituir, declarar, confirmar, alterar ou desconstituir uma relação jurídica, entre ela e os administrados, ou entre seus próprios entes, órgãos e agentes”.

Nota-se pelas passagens acima, que todos os atos advindos do Poder Público podem ser caracterizados como atos da administração, até mesmo aqueles praticados sob a égide do direito privado, tais como locação,

doação, compra e venda, e etc. O ato administrativo, por sua vez, se caracteriza quando dotado de verticalidade, imperatividade, unilateralidade e vontade do agente público, ou em algumas exceções, por particulares, como tabeliões e registradores públicos.

Em linha, conclui Celso Antônio Bandeira de Melo (2006, p. 358), que:

“a noção de ato administrativo não deve depender da noção de Administração Pública, porque, de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública.”

Portanto, feitas as devidas diferenciações, passamos à análise dos atos administrativos.

3. CONCEITUALIZAÇÃO BÁSICA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

3.1 Atos Administrativos Vinculados

Para distinguir atos vinculados de atos discricionários, devemos fixar o entendimento que todo ato administrativo necessita atender aos cinco requisitos de validade (competência, forma, motivo, finalidade e objeto).

No ato vinculado, todos os elementos que compõem o ato administrativo estão expressos e evidentemente previstos em lei, ou seja, não contemplam para a sua realização, qualquer influência das vontades e anseios do agente da administração pública.

De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro (2016, pg. 254), atos vinculados podem ser definidos como “regrados pelo sistema jurídico vigente”, desta forma, “não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade”.

Ainda sobre os atos vinculados, aduz a autora que “esse regramento pode atingir aos vários aspectos de uma atividade determinada; neste caso se diz que o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções [...]”.

3.2 Atos Administrativos Discricionários

Já os atos discricionários, seguindo o entendimento de Hely Lopes Meirelles (2018, p. 197) “são os que a Administração, autorizada pela lei, pode

praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e de seu modo de realização”.

Nesse sentido, para que se justifique a existência da discricionariedade, a Administração se vale de dois critérios: o jurídico e o prático.

O jurídico pode ser resumido com a incorporação de novos elementos, como leis e regulamentos, viabilizando a aplicação da norma superior, acrescentando-se de elementos inovadores, até o ato final de sua aplicação ao caso concreto.

Neste passo, podemos sintetizar que esses acréscimos são inseridos a partir da discricionariedade advinda da própria administração, tornando possível a aplicação da legislação hierarquicamente superiora.

Quanto ao quesito prático, conforme leciona Maria Sylvia di Pietro (2016, p. 255):

“(…) a discricionariedade justifica-se, quer para **evitar o automatismo** que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas.”(grifo nosso)

Desta forma, temos que a fonte da discricionariedade é a própria lei, ao deixar espaço para o administrador agir de acordo com seu próprio convencimento.

Por exemplo, nos atos administrativos comumente encontramos a discricionariedade nos elementos (i) motivo e/ou (ii) conteúdo do ato. Para o motivo, temos que o ato será considerado discricionário quando a lei não o definir ou quando o fizer de maneira vaga, deixando ao critério da Administração a possibilidade de escolha do seu ato, de acordo com a oportunidade e conveniência. Quanto ao conteúdo, o ato será discricionário quando houver vários objetos passíveis de atender a mesma finalidade, cabendo ao administrador, portanto, a discricionariedade de escolher um dos objetos a ser aplicado.

4. LEGALIDADE, MOTIVAÇÃO E RAZOABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Seguindo o entendimento de que a discricionariedade advém da lei, nenhum ato administrativo poderia ser completamente discricionário. No entanto, a Administração comumente ultrapassa os limites aos quais deveria estar vinculada e, muitas vezes, acaba prejudicando o particular ou agindo de forma adversa ao disposto na lei.

Por isso mesmo é comum que o mérito do ato administrativo seja questionado tanto na esfera administrativa quanto na esfera judicial, sendo que, para uma adequada análise da validade do ato, é necessário atentar ao princípio da legalidade (nos sentidos estrito e amplo), razoabilidade e motivação.

Como bem sabido, o princípio da legalidade é um dos princípios mais importantes no Estado de Direito, protegido constitucionalmente e imposto à Administração Pública em todas as esferas federativas, através do artigo 37 da Magna Carta.

Hely Lopes Meirelles (2018, p. 91) conceitua legalidade como:

“(...) princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Ainda, segundo o autor, motivação é “*a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato.*” Essa definição tem esteio na Lei Federal 9.784, de 29.01.1999, de acordo com a qual a atuação da Administração Pública deve obedecer, dentre outros princípios, ao da motivação, assim como as decisões administrativas devem ser devidamente motivadas. É o que estabelecem os artigos 2º e 50 dessa norma, *in verbis*:

“Art. 2º. A **Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**” (grifou-se)

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesse;

[...]

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões, propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”
(grifou-se)

Outrossim, o artigo 125 do Decreto Federal 6.514/2008, determina-se que:

“A decisão deverá ser motivada, com a indicação dos fatos e fundamentos jurídicos em que se baseia.

Parágrafo único. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações ou decisões, que, neste caso, serão parte integrante do ato decisório.” (grifou-se)

Nota-se pelo trecho acima, que a ausência de análise de todos os aspectos relevantes ao ato administrativo implica na violação aos princípios a que a Administração Pública está vinculada, o que, conseqüentemente, enseja na invalidade do ato.

Portanto, ao imperar um ato administrativo de pura (lacuna da lei) ou parcial (lei vaga) discricionariedade, o administrador obrigatoriamente, sob pena de ofensa ao princípio da motivação, deverá fundamentar a razão pela qual praticou referido ato, pois “a ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo” (DI PIETRO, 2016, p. 262).

De tal necessidade de vincular a validade do ato administrativo aos motivos que levaram o administrador a proferi-lo, nasceu a teoria dos motivos determinantes, que nada mais é, que a compatibilidade e veracidade da motivação do ato administrativo emanado, com o resultado que se pretende produzir, buscando, de toda forma, o melhor para o interesse público.

Destarte, para que haja um rigoroso controle da validade dos atos administrativos, imprescindível se faz a existência de instituições, instrumentos e procedimentos para tanto. Logo, passamos a analisá-los.

5. CONTROLE INTERNO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS EXERCIDO PELA PRÓPRIA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como uma das formas de controle, insurge a própria Administração Pública. A ela é conferido o poder de invalidar seus próprios atos, pautando-se na

conveniência, oportunidade e legitimidade de cada um deles. Dessa maneira, como a Administração Pública foi planejada para “realizar o Direito e propiciar o bem comum” (MEIRELLES, 2018, p. 230), quando constatado erro, dolo ou culpa na atividade do administrador, que o desviaria da lei e dos princípios que o regem, a lei lhe confere a faculdade de invalidar seu próprio ato, como podemos ver a seguir:

“LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999.

Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

Art. 14. **O ato de delegação e sua revogação** deverão ser publicados no meio oficial. (...)

§ 2º **O ato de delegação é revogável a qualquer tempo pela autoridade delegante.**

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

Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.” (grifou-se)

A faculdade do controle interno – autotutela - é notoriamente mais ampla que a concedida ao controle externo, na medida que à Administração Pública é conferido o poder de *revogar* ou *anular* seus próprios atos, por considerações de mérito, forma, finalidade, conveniência, moralidade e legalidade, enquanto ao Judiciário cabe apenas examinar a conformidade do ato para com o ordenamento jurídico.

Tal entendimento está consolidado na Súmula 473 do STF, a qual podemos conferir a seguir:

Súmula 473

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

Nota-se por tanto que foi conferido à Administração Pública tamanho poder, que esta possui o condão de *revogar* o próprio “ato discricionário legítimo e eficaz, por não mais lhe convir sua existência” (MEIRELLES, 2018, 232), ou ainda, *anular* o quanto antes o ato ilegal praticado, com o intuito de reestabelecer a sua legalidade administrativa,¹ que havia se perdido no momento em que se originou tal ato eivado de ilegalidade.

¹ STJ, RT 655/173.

6. CONTROLE EXTERNO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS:

6.1 Judiciário

Passamos agora à análise do cerne do presente trabalho.

Ao Judiciário, um dos agentes passíveis de realizar o controle externo dos atos administrativos, ao contrário da Administração Pública (como vimos anteriormente), é vedado adentrar ao mérito quando provocado a verificar eventual vício de um ato administrativo, devendo cingir-se apenas à regularidade formal de referido ato, não sendo permitida qualquer ingerência nos critérios de conveniência, oportunidade ou justiça, sendo tais prerrogativas de alçada exclusiva da Administração.

Neste ponto, vale destacar os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2018, p. 880):

“O controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza uma atividade administrativa. É um controle a posteriori, unicamente de legalidade, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas sobretudo é um meio de preservação de direitos individuais, porque visa impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários.”

O controle externo, portanto, restringe-se em anular os atos ilegais praticados pela Administração Pública, não cabendo ao Poder Judiciário, a revogação dos atos considerados inoportunos ou inconvenientes, se estes estiverem de acordo com o disposto na lei que os rege.

Neste sentido, nos ensina Hely Lopes Meirelles (2018, p. 883), que:

“A competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade do ato impugnado. Mas por legalidade ou legitimidade se entende, não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo, indissociáveis de toda a atividade pública. Tanto é ato ilegal ou ilegítimo o que desatende a lei, como o que violenta a moral da instituição, ou se desvia do interesse público, para servir a interesses privados de pessoas, grupos, ou partidos favoritos da Administração. Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legitimidade, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra.”

E mais:

“Não há confundir, entretanto, o mérito administrativo do ato infenso à revisão judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em Juízo. Exemplificando: o Judiciário não poderá dizer da conveniência, oportunidade e justiça

da aplicação de uma penalidade administrativa, mas poderá e deverá sempre examinar o seu cabimento a regularidade formal de sua imposição.

Nesse sentido já decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo, com inteira razão: 'Para que o Judiciário bem possa verificar se houve exata aplicação da lei, força é que examine o mérito da sindicância ou processo administrativo, que encerra o fundamento legal do ato'

Em complementação ao disposto acima, cumpre elencar a orientação do STF, no sentido de que:

"a legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei, como vinculadores do ato administrativo" (STF, RDA 42/227).

Nota-se pelo disposto acima, que nem tudo que está na lei é de fato aceitável pelo regramento jurídico (*"non omne quod licet honestum"*), motivo pelo qual nossa carta magna, em seu artigo 37, prevê:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]

Após a positivação dos princípios norteadores da Administração Pública, a análise da legalidade de um ato administrativo, não se esgota, apenas, na simples verificação da previsão legal de tal ato, mas também se a administração procedeu, em relação aos administrados, "com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzindo de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos". (FGV apud Celso Antônio Bandeira de Mello, 1992, p. 40).

Seguindo nessa linha, é possível identificar que para exercer o controle de legalidade, não basta o Judiciário apenas verificar a lei, mas também analisar os motivos que levaram o praticante do ato a fazê-lo.

A título exemplificativo, trazemos a Súmula Vinculante 13 do STF. Vejamos:

"A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal."

Trata-se de Súmula Vinculante advinda da seguinte:

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE, AJUIZADA EM PROL DA RESOLUÇÃO 7, DE 18-10-2005, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATO NORMATIVO QUE “DISCIPLINA O EXERCÍCIO DE CARGOS, EMPREGOS E FUNÇÕES POR PARENTES, CÔNJUGES E COMPANHEIROS DE MAGISTRADOS E DE SERVIDORES INVESTIDOS EM CARGOS DE DIREÇÃO E ASSESSORAMENTO, NO ÂMBITO DOS ÓRGÃOS DO PODER JUDICIÁRIO E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS”. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. 1. Os condicionamentos impostos pela Resolução 7/2005 do CNJ não atentam contra a liberdade de prover e desprover cargos em comissão e funções de confiança. **As restrições constantes do ato resolutivo são, no rigor dos termos, as mesmas já impostas pela CF/1988, dedutíveis dos republicanos princípios da impessoalidade, da eficiência, da igualdade e da moralidade.** (...) 3. Ação julgada procedente para: a) emprestar interpretação conforme à Constituição para deduzir a função de chefia do substantivo “direção” nos incisos II, III, IV, V do art. 2º do ato normativo em foco; b) declarar a constitucionalidade da Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça. [ADC 12, rel. min. Ayres Britto, P, j. 20-8-2008, DJE 237 de 18-12-2008.]

O Nepotismo é um dos casos clássicos de que nem sempre tudo que é legal, é moral e, dada a sua recorrência no Judiciário, decidiu o STF que cada caso deveria ser analisado não só se o ato é vedado ou não pela legislação, mas também se que praticou tal ato o fez em observância aos princípios da Administração Pública, como podemos verificar nos julgados a seguir:

I — Embora restrita ao âmbito do Judiciário a Resolução 7/2005 do Conselho Nacional de Justiça, a prática do nepotismo nos demais Poderes é ilícita. **II — A vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática. III — Proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da CF/1988.**

[RE 579.951, rel. min. Ricardo Lewandowski, P, j. 20-8-2008, DJE 202 de 24-10-2008.]

II - Os cargos políticos são caracterizados não apenas por serem de livre nomeação ou exoneração, fundadas na *fidúcia*, mas também por seus titulares serem detentores de um *múnus* governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de “agentes administrativos”. 2. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisada caso a caso, a fim de se verificar eventual “troca de favores” ou fraude a lei. 3. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da Federação, diverge do entendimento da Suprema Corte consubstanciado na Súmula Vinculante 13. [Rcl 7.590, rel. min. **Dias Toffoli**, 1ª T, j. 30-9-2014, DJE 224 de 14-11-2014.]

III - Com efeito, a doutrina, de um modo geral, repele o enquadramento dos Conselheiros dos Tribunais de Contas na categoria de agentes políticos, os quais, como regra, estão fora do alcance da Súmula Vinculante 13, salvo nas exceções acima assinaladas, quais sejam, as hipóteses de nepotismo cruzado ou de fraude à lei. (...) Convém assinalar, ainda, que se afigura de duvidosa constitucionalidade, à luz do princípio da simetria, a escolha de membros do Tribunal de Contas pela Assembleia Legislativa por votação aberta, quando o art. 52, III, *b*, da CF/1988 determina que seja fechada em casos análogos, instituída para a proteção dos próprios parlamentares. Não fosse tudo isso, a nomeação do irmão, pelo governador do Estado, para ocupar o cargo de Conselheiro do TCE, agente incumbido pela CF/1988 de fiscalizar as contas do nomeante, está a sugerir, ao menos neste exame preliminar da matéria, afronta direta aos mais elementares princípios republicanos. [Rcl 6.702 MC-AgR, voto do rel. min. **Ricardo Lewandowski**, P, j. 4-3-2009, *DJE* 79 de 30-4-2009.]

Nota-se em todos os julgados acima que, para realizar o controle de legalidade de nomeação de cargo de confiança ou comissionado, ato que depende única e exclusivamente da discricionariedade do administrador, o judiciário não pode se aquietar com a mera análise da legislação, mas também teve que analisar se referido ato foi praticado de maneira íntegra, honesta e visando, acima de tudo, o bem comum.

Com efeito, fica nítido os dizeres de Carvalho Filho (2012. p. 52), que nos ensina que:

“[...] se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará, para o controle de legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; se não houver, haverá vício de legalidade(...) No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados(...), se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com o objeto dissonante do motivo, etc.”

6.2 Controle dos atos administrativos das Agências Reguladoras

Outro meio de controle de legalidade dos atos administrativos se resguardam com as Agências Reguladoras. Essas, também possuem a missão de regular os atos administrativos praticados pela Administração Pública, porém, suas decisões podem (e devem) ser analisadas pelo judiciário sempre que se verifique que a finalidade almejada aos atos advindos da administração não foi alcançada pelas decisões que estão sendo tomadas.

Neste contexto, a postura que se espera do judiciário ao identificar uma ilegalidade nos atos administrativos é de reenviar o assunto à agência reguladora, com o apontamento das regras procedimentais que foram violadas, e não assumir o lugar da autoridade reguladora.

É o que ensina Fernando Quadros da Silva (2014. p. 253):

“A preservação das atribuições das agências permite uma decisão estatal com base na expertise acumulada pela agência, contribuindo também para fortalecer a legitimidade das decisões judiciais que não devem interferir em setores nos quais as complexidades não podem ser trazidas para o processo.”

O ativismo judicial é questão que se mostra cada vez mais presente e tem gerado um incansável debate. Para justificar tal postura, é imprescindível que a intervenção se dê para garantir o cumprimento dos direitos fundamentais e que deixaram foram atendidos por negligência e omissão da Administração, jamais deixando de observar a possibilidade da ponderação e modulação, como tem adotado o Supremo Tribunal Federal ao proclamar uma inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Valiosíssimo o ensinamento de Eduardo Appio sobre o tema:

“A intervenção do Poder Judiciário não pode ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias de democracia participativa.

(...)

A substituição do legislador/administrador público pela figura do juiz não se mostraria politicamente legítima na medida em que (1) o administrador público (Executivo) e o legislador foram eleitos, através do sufrágio universal, para estabelecer uma pauta de prioridades na implementação das políticas sociais e econômicas. Ademais, (2) o Judiciário não possui o aparato técnico para a identificação das reais prioridades sociais, tendo de contar, nestes casos, com as informações prestadas pela própria Administração Pública. Também (3) o fato de que a atividade-fim do Poder Judiciário é a de revisão dos atos praticados pelos demais Poderes e não sua substituição, enquanto que a atividade-fim da Administração é estabelecer uma pauta de prioridades na execução de sua política social, executando-a consoante critérios políticos, gozando de discricionariedade, existindo verdadeira “reserva especial de administração”. A discricionariedade do administrador não pode ser substituída pela do juiz. Ainda (4) com a indevida substituição a tendência natural seria a de um grande desgaste do Judiciário, enquanto Poder político, na medida em que teria de suportar as críticas decorrentes da adoção de medidas equivocadas

e (5) o mais importante, imunes a uma revisão por parte dos demais Poderes. Portanto, o Poder Judiciário, como responsável pela fiscalização dos demais Poderes exercentes das funções de governo, não pode substituir essa atividade, a título de fiscalizar sua escoreta execução, sob pena de autorizar a intervenção dos Poderes Legislativo e Executivo na atividade judicial. Finalmente (6) a invasão da atividade de governo representaria uma autorização para um maior controle político do próprio Poder Judiciário, abrindo-se a possibilidade de interferência direta nas funções judiciais, através de leis aprovadas pelo Congresso que disponham sobre casos julgados ou ainda pela intervenção política do Executivo na escolha dos membros do Supremo Tribunal Federal”

7. JURISPRUDÊNCIA

Conforme já mencionado anteriormente, apesar de sua interferência, não cabe ao judiciário adentrar no mérito do ato administrativo. Isso significa dizer que o exercício do controle judicial não implica o afastamento da competência originária do administrador, cabendo ao juiz evitar a simples adoção de uma medida em substituição à anulada.

Assim sendo, a observância da **teoria dos motivos determinantes** é fundamental neste momento. Inclusive, os Tribunais Superiores pautam-se nessa teoria, seja para determinar a necessidade de sua atuação ou para fundamentá-la em casos em que se verifica sua inobservância, vejamos:

ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO POR PRÁTICA DE NEPOTISMO. INEXISTÊNCIA. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

1. **A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido.**

2. Constatada a inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos que determinaram o ato impugnado, este deve ser anulado, com a conseqüente reintegração do impetrante. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental não provido. [STJ, AgRg no RMS 32437 MG 2010/0118191-3, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 16/03/2011, grifos nossos]

RECURSO ESPECIAL Nº 1.585.740 - AM (2016/0043488-9)
RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA RECORRENTE :
UNIÃO RECORRIDO : MAURO FERREIRA DOS ANJOS
ADVOGADO : CRISTIANE DAHIA DUCOS E OUTRO (S) -
RJ119283 DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto pela

UNIÃO, com respaldo na alínea a do permissivo constitucional e que desafia acórdão assim ementado (e-STJ fl. 515): ADMINISTRATIVO. MILITAR. PROMOÇÃO. QUADRO DE ACESSO. EXCLUSÃO POR PARECER DA COMISSÃO DE PROMOÇÃO DE GRADUADOS. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. FATOS DESABONADORES OCORRIDOS HÁ MAIS DE CINCO ANOS. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO PEDIDO. 1. A promoção do militar, graduado da Força Aérea Brasileira, é condicionada ao cumprimento de requisitos objetivos e subjetivos previstos no Estatuto dos Militares (Lei 6880/1980), Regulamento de Promoção de Graduados (Decreto 883/1993) e Regulamento do Corpo de Pessoal Graduado da Aeronáutica (Decreto 3.690/2000), dentre eles, parecer favorável da Comissão de Promoção de Graduados (CPG). 2. O autor, punido disciplinarmente em 1999 e 2000, mereceu qualificação de insuficiente comportamento, somente retornando ao bom comportamento em 2004. Desde então, teve sua matrícula no Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos (CAS) desaconselhada pela CPG, sendo, por isso, excluído do Quadro de Acesso à promoção de Suboficial. **3. Pela teoria dos motivos determinantes, a Administração fica vinculada à veracidade dos motivos que declarou na emissão do ato, ou seja, a validade do ato é vinculada à existência e à veracidade dos motivos apontados como fundamentos para a sua adoção, sujeitando o ente público aos seus termos, sob pena de nulidade do ato.** (AMS 1998.01.00.029662-8/PA, Rel. Juiz Federal Mark Yshida Brandão, 1ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.165 de 03/04/2012).

(...)

Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (Enunciado Administrativo n. 2). Feita essa consideração, **observa-se que a irresignação recursal não merece prosperar. Em relação à alegada ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, cumpre destacar que, ainda que o recorrente considere insubsistente ou incorreta a fundamentação utilizada pelo Tribunal nos julgamentos realizados, não há necessariamente ausência de manifestação. Não há como confundir o resultado desfavorável ao litigante com a falta de fundamentação, motivo pelo qual não se vislumbra violação ao preceito apontado.** Consoante entendimento desta Corte, o magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações das partes nem tampouco a rebater um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como ocorre na espécie.

(...)

Ante o exposto, com base no art. 255, § 4º, I e II, do RISTJ, CONHEÇO PARCIALMENTE do recurso especial e, nessa extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 28 de junho de 2018. MINISTRO GURGEL DE FARIA Relator (STJ, REsp 1585740 AM 2016/0043488-9, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, DJe 03/08/2018)

No entanto, mesmo possuindo incontáveis precedentes jurisprudências nesse sentido, encontramos hipóteses em que se abre uma exceção a esta

máxima, como é o caso do Recurso Especial nº 1176552/PR transcrito a seguir:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA. REGIÃO METROPOLITANA. ÁREAS CONURBADAS. RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA LEGITIMIDADE PASSIVA DA ANATEL. MÉRITO ADMINISTRATIVO. ACÓRDÃO QUE RECONHECE A CONURBANIDADE, AMPARANDO-SE NA PROVA DOS AUTOS. SÚMULA

7/STJ. ALEGAÇÕES DE CERCEAMENTO DE DEFESA, DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO E DEVER DE INDENIZAR NÃO CONHECIDAS POR ÔBICES SUMULARES.1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Nas ações judiciais em que se discute delimitação de área urbana que autorize a cobrança de tarifa interurbana, deve a Anatel atuar como litisconsorte passiva necessária. Precedentes do STJ.

3. Ao Poder Judiciário não é vedado debater o mérito administrativo. Se a Administração deixar de se valer da regulação para promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o "funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor/usuário", haverá vício ou flagrante ilegalidade a justificar a intervenção judicial.

4. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu, com base na prova dos autos, que o Município da Lapa pertence à Região Metropolitana de Curitiba em virtude de conurbanidade, "não apenas em termos urbanísticos mas também administrativos e sobretudo econômicos, comungando da movimentação regional". A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.

5. A mesma orientação deve ser aplicada em relação à análise do cerceamento de defesa.

6. Veda-se a apuração de eventual desequilíbrio econômico-financeiro, em razão da Súmula 5/STJ.

7. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão inapreciada pelo Tribunal a quo, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios. Incidência da Súmula 211/STJ.

8. Recursos Especiais não conhecidos.”

Nota-se pelo excerto acima, que o Superior Tribunal de Justiça, entendeu ser viável o ingresso no mérito administrativo, em casos em que resta demonstrado que a regulação não foi utilizada adequadamente pela agência para *‘promover políticas públicas, proteger hipossuficientes, garantir a otimização do funcionamento do serviço concedido ou mesmo assegurar o funcionamento em condições de excelência tanto para o fornecedor/produzidor como principalmente para o consumidor usuário’*.

8. CONCLUSÃO

Diante do estudo aqui exposto, a conclusão a que se chega é que a intervenção judicial deve ser cautelosa, ou ao contrário se torna duvidosa (e questionável sob o ponto de vista da legitimidade), uma vez que pode gerar eventuais desequilíbrios oriundos das limitações técnicas do processo judicial e a falta de *expertise* sobre alguns temas, necessários para a tomada de decisão adequada.

O papel do judiciário é garantir que as leis e as ações tomadas pela Administração Pública vão de encontro com as duas medidas básicas de justiça distributiva e igualdade formal². Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade impõem deveres sobre como os eleitos (representantes do Estado) devem agir quando forem transformar sua plataforma política em lei; não sobre o que sua plataforma e seus programas dever ser.

² BEATTY, David. Human rights and judicial review: a comparative perspective., 1994, p. 349

REFERÊNCIAS

1. BEATTY, David. *Human rights and judicial review: a comparative perspective*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 1994.
2. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 29ª edição.Rev, atual. e ampl., Rio de Janeiro: Forense, 2016.
3. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, 20ª Edição, São Paulo: Malheiros, 2006.
4. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2007.
5. NETO, Diego de Figueiredo Moreira. *Curso de Direito Administrativo*, 15ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2009.
6. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 43ª edição, São Paulo: Malheiros, 2018.
7. SILVA, Fernando Quadros da. *Controle Judicial das Agências Reguladoras: Aspectos Doutrinários e jurisprudenciais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.