

## O PODER JUDICIÁRIO E O EXERCÍCIO DE PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO

**Kauana Vergínia Prevital**

*Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina – UEL. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR – Campus Londrina. Advogada.*

**Diego Eliziário Romanow**

*Graduando em Direito pela Faculdade Arthur Thomas – FAAT.*

**SUMÁRIO:** 1 Introdução 2 Princípio da Legalidade na Administração Pública. 3 Formas de Exercício de Poder pela Administração Pública. 4 Separação de Poderes. 5 Análise do Poder Judiciário quanto ao exercício do Poder Discricionário. 6 Conclusão. 7. Referências Bibliográficas.

**RESUMO:** A Administração Pública pode exercer seu poder de modo vinculado ou discricionário (conveniência e oportunidade). O poder discricionário, apesar de respeitar o princípio da legalidade, concede ao agente público uma margem de escolha. Este trabalho visou examinar a análise pelo Poder Judiciário quanto ao mérito e a legalidade do poder discricionário com a investigação desta atuação frente à previsão constitucional da separação de poderes, através de uma pesquisa doutrinária e legal. Conclui-se que no que se refere aos aspectos do mérito, o juiz não tem o condão de controlar sob pena de violação da separação de poderes. Entretanto, pode o Poder Judiciário controlar um ato discricionário no que se refere à legalidade.

**PALAVRAS-CHAVE:** Poder Discricionário. Mérito. Princípio da Legalidade. Poder Judiciário. Separação de poderes.

**ABSTRACT:** Public Administration can exercise its binding or discretionary power (convenience and opportunity). Though the discretionary power respects the legality principles, it concedes the public agent a flexibility in choice. This paper aimed at examining the Judiciary power's analysis about the merit and legality of the discretionary power with the investigation of this action faced with the constitutional foresight of separation of the powers through an indoctrinated and legal research. We concluded that in what refers to merit aspects, the judge has no power to control under penalty of violation of the separation of powers. However, the Judiciary can control a discretionary act in what refers to legality.

**KEY WORDS:** Discretionary Power, Merit, Legality principle, Judiciary power, Separation of powers.

## 1. Introdução

O princípio da legalidade possui peculiaridades quando aplicado ao Direito Administrativo, qual seja, o Poder Executivo apenas é permitido proceder nos conformes de autorização legal, não bastando a simples não oposição legal para validar o ato.

Há duas formas de exercício de Poder por meio da Administração Pública: o vinculado e o discricionário.

O exercício do poder vinculado é intimamente atrelado ao disposto nos termos legais, sem que o agente público possa interpretar de alguma forma os conceitos predeterminados.

O poder discricionário, apesar de também observar o princípio da legalidade, atribui ao agente público uma margem de interpretação para conceitos legais – que podem ser determinados ou indeterminados, mediante conveniência e oportunidade.

O presente trabalho tem por finalidade averiguar a análise pelo Poder Judiciário dos atos advindos do poder discricionário – quanto ao mérito e quanto à legalidade – com a investigação desta atuação sob o prisma da previsão constitucional da separação de poderes.

## 2. Princípio da Legalidade na Administração Pública

O princípio da legalidade é expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 5º, inciso II, e estabelece, em apertada síntese, que é permitido tudo o que a lei não proíba.

A legalidade para particulares é ampla, na medida em que o princípio permite a liberdade plena de atuação fora das exceções legais: há liberdade de atuação, a não ser que a lei a limite, de acordo com a autonomia da vontade.

No entanto, em sede da Administração Pública, este princípio deve ser aplicado de modo mais incisivo e rigoroso. O agente público não se vale de sua vontade subjetiva para a realização de qualquer ato que seja.

Impera através deste princípio que a Administração Pública somente é autorizada a proceder conforme os ditames da lei e das demais espécies normativas, não sendo suficiente a não proibição legal. Ou seja, é proibida a atuação no silêncio legal.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>1</sup> “O princípio da legalidade (...) opõe-se a toda forma de poder autoritário. (...) é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da *cidadania*.”

Alexandre de Moraes<sup>2</sup> justifica a necessidade desta vertente do princípio da legalidade no âmbito da Administração Pública: “Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de *executor* do direito, que atua sem a finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”.

Neste sentido, o que se verifica é que no âmbito do direito administrativo, não basta que o ato não seja contrário à lei, mas exige-se que haja uma prévia autorização no ordenamento jurídico, uma subordinação à lei, ou seja, a atuação deve ser pautada nos ditames estabelecidos pelo legislador.

### 3. Formas de Exercício de Poder pela Administração Pública

A Administração Pública pode exercer seu poder de modo vinculado ou discricionário.

Na forma de exercício de poder vinculado, a lei estabelece uma única e específica conduta para solucionar determinado caso concreto.

Para Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup> o Poder vinculado “(...) confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização”. Esta forma de exercício de poder é mais rara do que a que a do poder discricionário.

A atividade da administração é discricionária quando, diante de um caso concreto, a administração possui a possibilidade de, dentro dos limites e condições estabelecidas pela lei, decidir qual será a melhor solução a ser empregada.

No entendimento de José dos Santos Carvalho Filho:<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 103

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 294.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013. p. 125.

<sup>4</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo, Atlas, 2013. p. 51.

“A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração de conduta. Nestes casos, pode o agente avaliar a conveniência e oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. (...) não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade”.

Conceitua também o Poder Discricionário, Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>5</sup>

“Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não pode extrair objetivamente uma solução unívoca para situação vertente”.

Neste sentido, o poder vinculado se caracteriza quando a Administração não possui condão de escolher a forma de proceder, a legislação a impõe contundentemente. Já a discricionariedade se verifica quando a legislação possibilita à Administração, decidir o que é mais oportuno e conveniente no caso concreto.

#### 4. Separação de Poderes

A separação de poderes é prevista na Constituição de 1988 (artigo 2º) a fim de, sobretudo, garantir os direitos fundamentais e evitar os arbítrios estatais.

Para Zulmar Fachin:<sup>6</sup>

“Embora os doutrinadores em geral e, inclusive, a própria Constituição usem o vocábulo *poderes*, melhor seria falar em *funções*: função legislativa, função executiva e função judiciária. A terminologia (função em lugar de poder) encontra consonância na ideia segundo a qual o poder estatal é uno e indivisível. Quem exerce a função legislativa (elaborar a lei), a função

---

<sup>5</sup> MELLO, *op. cit.* p. 988- 989.

<sup>6</sup> FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 203.

executiva (praticar atos de governo) e a função judiciária (julgar) pratica atos que manifestam o poder estatal”.

Apesar da ressalva feita pelo professor, utiliza-se a terminologia “separação de poderes” neste trabalho por estar enraizada na doutrina e legislação brasileira.

A previsão constitucional da separação de poderes estabelece a independência e harmonia entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e cria meios de controles mútuos para oportunizar a continuidade do Estado Democrático de Direito.

A Carta Maior, neste contexto, atribuiu a cada uma destes poderes uma parcela da autoridade soberana do Estado, através de autonomia e independência.

Para José Afonso da Silva:<sup>7</sup>

“A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais (...) A harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutualmente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. (...) A desarmonia, porém se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro”.

A supressão de qualquer uma das funções do poder do Estado acarreta em retorno a arbitrariedade e ao regime ditatorial, portanto, não é sem razão que a separação de poderes do Estado é cláusula pétrea - ou seja, é inconstitucional qualquer proposta de emenda que pretenda o abolir da Constituição Federal (artigo 60, §4º, III).

Certo é que a Constituição Federal não atribuiu funções de exclusividade absoluta para os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. No entanto, é possível verificar uma predominância de função – o que se denomina de função típica.

Neste contexto, as funções típicas do Poder Legislativo são criar normas através do processo legislativo e fiscalizar os atos do Poder Executivo. A função típica do Poder Executivo é a

---

<sup>7</sup> DA SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. Ed. São Paulo, Malheiros: 2014. p. 112.

prática de atos de chefia de estado, de governo e de administração; ou seja, administrar a coisa pública (do latim *res publica*). Já a função típica do Poder Judiciário é o julgamento imparcial de conflitos.

A independência dos poderes é observada quanto ao exercício das próprias atribuições - não obrigatoriedade de consulta ou autorização prévia dos outros poderes, e quanto à organização das atividades - liberdade de atuação, desde que verificadas as disposições constitucionais e infraconstitucionais.

É possível que os Poderes do Estado (seja ele o Executivo, Legislativo ou Judiciário) exerçam atividades atípicas para exercer controles recíprocos visando o necessário equilíbrio da sociedade (sistema de pesos e contrapesos).

Qualquer que seja a atuação de um poder, esta não pode implicar em domínio, ou exclusão de atribuições dos outros, sob pena de verificar a interferência entre poderes, o que é vedado na Constituição Federal.

Portanto, é de suma importância que cada Poder atue nos limites impostos na Constituição, para que sejam assegurados os direitos fundamentais, evite a arbitrariedade, a ditadura e se consagre o Estado Democrático do Direito.

## 5. Análise do Poder Judiciário quanto ao exercício do Poder Discricionário

É possível, sempre em conformidade com o princípio da legalidade, que o legislador atribua ao Poder Executivo, no momento de sua atuação, a escolha de conceitos que podem ser determinados ou indeterminados.

O conceito determinado é aquele que embora admita escolha por parte do agente público, não é passível de emprego de valoração pessoal. Nestes casos, a escolha é quanto uma previsão ou outra. Neste diapasão, as hipóteses de escolha são bem delimitadas em lei, cabendo ao agente a escolha quanto a modalidade a ser empregada. Como por exemplo, a possibilidade de alienação de bens imóveis adquiridos por doação em pagamento ou ação judicial via procedimento licitatório de concorrência ou leilão (conferida através do artigo 19, III da Lei nº 8666/1993).

O conceito indeterminado, entretanto, confere ao agente público uma margem de escolha com maior análise subjetiva. É o caso, por exemplo, da regra contida no artigo 130 da Lei 8.112/1990, a qual prevê a possibilidade de suspensão por até noventa dias em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita

a penalidade de demissão. No caso elucidado, cabe ao agente, no momento da aplicação da penalidade, fazer a escolha do lapso temporal da suspensão, dentro dos limites da lei.

No caso de o Poder Judiciário ser provocado em demanda que tenha em seu cunho analisar o mérito do poder discricionário – de conceito determinado ou indeterminado – não pode o juiz substituir a oportunidade e conveniência empregados pelo Poder Executivo por conceitos de seu próprio juízo.

O mérito do ato, para Celso Antônio Bandeira de Mello:<sup>8</sup>

“(...) é o campo de liberdade suposto da 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 de finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”.

Por exemplo, conforme elucidado acima, a Lei nº 8.112/1990 prevê que o servidor pode ser punido com suspensão em até 90 (noventa dias) dias. No caso de ter sido suspenso por noventa dias, o juiz não pode diminuir o lapso temporal da penalidade a seu bel prazer.

Isto ocorre, pois, o poder discricionário é eminentemente administrativo, e não jurisdicional. Se assim não proceder, o juiz acaba por não exercer a função jurisdicional, mas sim a administrativa, usurpando a separação de poderes.

Destarte, quando há a substituição do mérito do juízo de oportunidade e conveniência pelo Poder Judiciário, ocorre a invasão deste poder na seara do Poder Executivo, o que configura uma violação à cláusula pétrea da separação de poderes.

O administrador foi escolhido pelo povo para representá-lo, e, portanto, possui legitimidade para entender o que é mais oportuno e conveniente à população. Neste sentido, não cabe ao juiz a escolha do que entende ser melhor dentro da estrutura administrativa ou a apreciação do que é mais conveniente e oportuno para a sociedade - margem de escolha definida pela legislação.

Em que pese não poder analisar as questões de mérito da conveniência e oportunidade, o Poder Judiciário tem legitimidade para analisar a legalidade do ato administrativo, podendo, inclusive, controlar um ato discricionário.

---

<sup>8</sup> MELLO, *op. cit.* p. 111.

Cumpra estabelecer que se o ato praticado pelo agente público for ilícito seja por não cumprir os ditames legais seja por abuso de poder (excesso de poder ou por desvio de finalidade) o Poder Judiciário deve declarar a nulidade.

Para o ilustre professor Hely Lopes Meirelles:<sup>9</sup>

“O *abuso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas. (...) O *excesso de poder* ocorre quando a autoridade, embora competente para praticar o ato, vai além do permitido e exorbita no uso de suas faculdades administrativas. Excede, portanto, sua competência legal e, com isso, invalida o ato, porque ninguém pode agir em nome da Administração fora do que a lei permite. (...) O *desvio de finalidade* ou *de poder* verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público ”

O mesmo autor completa o raciocínio:<sup>10</sup>

“O ato administrativo – vinculado ou discricionário – há de ser praticado com observância formal e ideológica da lei. Exato na forma e inexato no conteúdo, nos motivos ou nos fins, é sempre inválido. O discricionarismo não vai ao ponto de encobrir arbitrariedade, capricho, má-fé ou imoralidade administrativa”.

Ademais, cabe ao Judiciário apreciar os limites legais do mérito do poder discricionário, já que, a atuação discricionária não é amplamente livre, sendo que a escolha deve ser concernente aos limites da lei.

Na hipótese de ser o conceito determinado, ou seja, quando a legislação abre margem apenas para a modalidade a ser empregada, oferecendo opções objetivas, e a administração emprega outra modalidade não prevista, ou seja, extrapola os limites do mérito, então é passível de controle pelo Poder Judiciário.

Também é passível de controle de legalidade pelo Poder Judiciário o exercício de escolha concedida por lei ante aos conceitos jurídicos indeterminados. Os conceitos indeterminados são limitados pelo princípio da razoabilidade. Destarte, no caso de o agente público extrapolar o limite

---

<sup>9</sup> MEIRELLES, *op. cit.* p. 117-119.

<sup>10</sup> *Ibid.* p.118.

do razoável, está também extrapolando os limites do mérito, e então o Poder Judiciário pode realizar o controle.

Sobre o princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de Mello elucida:<sup>11</sup> “(...) a Administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida”.

O mesmo autor<sup>12</sup> esclarece:

“Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária”.

O controle por parte do Poder Judiciário nos casos de ilegalidade se dá através de anulação dos atos. Por exemplo, no caso de o servidor ser punido com suspensão por cem dias, em desconformidade com a legislação. O juiz não pode diminuir a penalidade, porque é exercício de juízo de mérito. O juiz apenas pode anular o ato específico.

Nos dizeres de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:<sup>13</sup>

“(...) o ato vinculado é analisado apenas sob o aspecto da legalidade e que o ato discricionário deve ser analisado sob o aspecto da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir”.

Neste sentido, cabe ao Poder Judiciário garantir a legalidade dos atos provenientes do exercício de poder discricionário, no entanto, não pode alterar, substituir ou anular o mérito do entendimento sobre conveniência e oportunidade advindos do Poder Executivo sob pena de ferir a separação de poderes.

---

<sup>11</sup> MELLO, *op. cit.* p. 111.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 995.

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 224.

## 6. Conclusão

No que se refere aos aspectos do mérito, quando realizado obedecendo aos ditames legais e de modo lícito, não verifica a possibilidade de análise do Poder Judiciário sob pena de ser violada a cláusula pétrea da separação de poderes.

O juiz, neste sentido, não pode substituir o mérito (conveniência e oportunidade) do agente público pelo entendimento do que seria mais oportuno para ele. Portanto, o Judiciário não controla o mérito.

Entretanto, pode o Poder Judiciário controlar um ato discricionário no que se refere à legalidade. Neste sentido, pode controlar os limites do mérito que são traçados pela lei. É passível de controle pelo Poder Judiciário quando o administrador extrapola os limites do mérito dos conceitos determinados ou quando extrapola os limites do razoável nos conceitos indeterminados.

Neste sentido, se o agente público agiu lícitamente, não pode o Poder Judiciário revisar este ato ainda que seja provocado. Quando verificado um ato ilícito, no entanto, o julgador tem o condão de anulá-lo.

## 7. Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.212 de 11 de dezembro de 1990. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 10 ago. 2015.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666cons.htm)> Acesso em 13 ago. 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo, Atlas, 2013.

DA SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. Ed. São Paulo, Malheiros: 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26. Ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 6. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 39. Ed. São Paulo: Melhoramentos, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17. Ed. São Paulo: Atlas, 2005.