

AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: OUTROS ARGUMENTOS

José Henrique Mouta Araújo, mestre e doutor em direito (UFPA), professor titular e pesquisador da UNAMA, professor do CESUPA e FACI/Pa, procurador do estado do Pará e advogado.

1- Aspectos introdutórios

Tema interessante no estudo da ação civil pública é a análise de sua base constitucional e a utilização como forma de controle dos atos administrativos praticados pelo Poder Público.

É claro que seus objetos ultrapassam tal temática, eis que a enquadram como instrumento de tutela dos bens jurídicos previstos no art. 1º da Lei 7.347/85. Contudo, no âmbito da atuação do poder público tem-se verificado muitas controvérsias quanto ao cabimento e os limites desta ação constitucional.

Aliás, não só a ACP serve de instrumento de controle. Ela se enquadra num contexto constitucional ainda maior, que engloba outras ações constitucionais como a ação popular, mandado de segurança (individual e coletivo), etc.

Outrossim, além desses instrumentos de controle, não se deve olvidar que o controle dos atos deve ser feito pela própria administração, que detém o poder de rever seus atos eivados de vícios.¹ O administrador, nesse particular, mais do que ninguém analisa, revisa e controla seu ato e sua atividade, visando adequá-los à legalidade, sem prejuízo de controle posterior a ser feito pelo Poder Judiciário.

Nesse particular, o sistema de controle dos atos administrativos pode ser feito interna (pelo próprio administrador) e externamente, através de vários instrumentos processuais, inclusive mediante ação civil pública. Contudo, nada impede o controle simultâneo (interno e externo), vindo a decretação de nulidade do ato pelo próprio administrador refletir em demanda já em curso como ocorre, v.g, nos casos de aplicação da súmula 346 do STF, com a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito por perda de objeto.

¹ Sobre o tema *poder da Administração de rever seus próprios atos*, ver as Súmulas 346 e 473 do STF, além, dentre outros, os seguintes precedentes: STF - RE 247399/SC, RMS 21529/DF; STJ - [RMS 12815-TO](#), [RMS 16431-RJ](#), [RMS 12887-SC](#), [RMS 10373-PE](#) e [RMS 9286-RO](#).

2- Ação civil pública e o controle do ato administrativo (legalidade ou mérito?)

Como já mencionado, a ação civil pública é importante instrumento de controle de ato administrativo, visando resguardar os direitos consagrados na própria Lei n. 7.347/85.

No que respeita aos atos vinculados o controle tende a ser menos discutível, exatamente pela inexistência de margem *subjetiva* de criatividade ao agente. Com Arruda Alvim, é mister afirmar que “é evidente que em relação a este ato vinculado não se pode sequer vislumbrar a idéia de mérito, vale dizer, a idéia de uma avaliação pessoal, de um juízo pessoal do administrador quanto à conveniência e/ou oportunidade da prática do ato. E não podemos surpreender esta realidade porque, em verdade, ela não existe, uma vez que tudo aquilo que o administrador deve fazer, quando deve fazer e o que deve fazer, já se encontra plenamente definido na regra jurídica”.²

Ainda no tema, vale destacar as lições de Maria Sílvia Zanella Di Pietro: “quando a Administração exerce atividade vinculada, o controle judicial pode exercer-se sem restrições, com o fim de verificar a conformidade do ato com a lei e decretar sua nulidade, se reconhecer que essa conformidade inexistiu”. Em seguida, conclui: “No entanto, quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei”.³

Não se deve esquecer, todavia, que na administração pública há também a prática de atos discricionários que provocam novos contornos na análise do controle judicial. O Judiciário, em muitos casos, é provocado mediante ação civil pública, aspecto que merece maior atenção.

Aliás, visando uma melhor análise dos casos envolvendo a ação civil pública impugnando aspectos de legalidade e por vezes de mérito (conveniência e oportunidade) do ato administrativo (vinculado e também discricionário⁴), vale tecer algumas diretrizes de trabalho.

Com efeito, a discricionariedade administrativa acaba por abarcar alguma margem de liberdade ao administrador⁵, podendo o judiciário, contudo, controlar se houve

² *Discricionariedade administrativa e controle judicial*. In Direito processual público – A fazenda pública em juízo. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coords). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 232-233.

³ *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição, São Paulo : Atlas, 2001, p.133.

⁴ Maria Sylvania Zanella Di Pietro ensina que: “por isso se diz que 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”. *Direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo : Atlas, 2004, p. 210.

⁵ Como aponta Celso Antônio Bandeira de Mello, “atos ‘discricionários’, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de *avaliação* ou *decisão* segundo critérios de

excesso. De fato, como se costuma aduzir, *a discricionariedade acaba sendo vinculada*, ficando sujeito ao controle judicial o abuso, o excesso, a verificação do fim e da competência⁶.

Mais uma vez com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é possível aduzir que : “a partir da idéia de que certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), pode-se afirmar que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência”⁷.

Realmente, mesmo sendo discricionário, não se deve esquecer que a atividade do administrador *competente* está pautada na finalidade do ato, com a conseqüente proporcionalidade entre os fatos ocorridos e o enquadramento da norma, evitando-se excessos e abusividades sob o pretexto de conveniência / oportunidade.

Nesse particular, em que pese realmente ser discutível o controle do mérito do ato (aspectos ligados a conveniência e oportunidade⁸), sob o risco de invasão da

conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, *ainda que adstrita à lê reguladora da expedição deles*”. Em seguida, conclui, ao enfrentar os atos vinculados e discricionários, afirmando que: “a diferença nuclear entre ambos residia em que nos primeiros a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos segundos a disciplina legal deixa ao administrador certa liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar”. *Curso de direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 394.

⁶ “São passíveis de invalidação os atos discricionários, quando editados sem levar em consideração as circunstâncias fáticas condicionantes de sua prática ou com desrespeito às limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade, designadamente aos parâmetros traçados pelos princípios jurídicos”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição, São Paulo : Dialética, 2004, p. 165.

⁷ *Direito administrativo*. 17ª edição. São Paulo : Atlas, 2004, p. 209.

⁸ Sobre o assunto, vale citar precedentes do STJ: “Administrativo. Servidor público. Concessão de horário especial. Ato discricionário. Ilegalidade ou abuso. Inexistência. Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. - Recurso ordinário desprovido” (RMS 14967/SP -6ª T- Rel. Min. Vicente Leal. J. em 25/03/2003, DJ de 22.04.2003, p. 272). “Administrativo. Policial militar. Promoção por ato de bravura. Ato discricionário da administração pública. Impossibilidade do poder judiciário analisar o mérito administrativo. Correção de ilegalidade. Poder-dever da administração. Súmula 473/STF. Ausência de direito líquido e certo. Recurso desprovido. I - A concessão da promoção por ato de bravura está adstrita à discricionariedade do administrador, estando o ato administrativo submetido exclusivamente à conveniência e oportunidade da autoridade pública, tendo em vista que a valoração dos atos de bravura não ocorrem por meio de elementos meramente objetivos. Precedentes. II - Consoante entendimento desta Corte, é defeso ao Poder Judiciário adentrar ao mérito administrativo de ato discricionário, a fim de aferir sua motivação, somente sendo permitida a análise de eventual transgressão de diploma legal. III - Tratando-se de revisão de ato ilegal, ancorada no poder de autotutela, poderia a Administração alterar o entendimento anteriormente proferido, denegando a promoção por ato de bravura. Aplica-se, à espécie, o entendimento consolidado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos." IV - Recurso conhecido e desprovido” (RMS 19829 / PR - 5ª Turma – Rel Min. Gilson Dipp – J. em 03/10/2006 – DJ de 30.10.2006 p. 335). “Administrativo - Controle judicial

competência de outro Poder, a motivação torna-se instrumento de garantia contra os excessos e utilização dos conceitos indeterminados para prática de atos abusivos e com desvio de finalidade.

De mais a mais, a discricionariedade também deve pautar-se na lei, devendo o administrador, nesse âmbito, atuar nos exatos termos da previsão legal, sob pena de prática de ato arbitrário⁹.

No âmbito da ação civil pública essa discussão ganha maior dimensão. Seria possível, *v.g.*, a utilização desta demanda para buscar obrigação de fazer - construção de hospital, estrada ou obras de infra-estrutura - quando a falta do serviço gera danos metaindividuais?

Sobre o tema, inicialmente, vale citar decisão oriunda do STJ:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O Ministério Público está legitimado para propor ação civil pública para proteger interesses coletivos. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando que obras de infra-estrutura sejam realizadas em conjunto habitacional. Do mesmo modo, que desfaça construções já realizadas para atender projetos de proteção ao parcelamento do solo urbano. 3. Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. 5. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência

do ato discricionário - Exame do mérito do ato administrativo - Impossibilidade. Compete à Administração Estadual o poder discricionário de decidir sobre o deferimento ou não do pedido de adesão ao PDV. Não pode o Poder Judiciário substituir o administrador, decidindo sobre a conveniência e oportunidade do ato discricionário. Recurso improvido” (RMS 9319/MG – 1ª Turma – Rel. Min. Garcia Vieira – J. em 09/02/1999 – DJ de 12.04.1999 p. 99). Ainda sobre o assunto, ver, dentre outros, o [RMS 18151-RJ](#), [RMS 15734-PR](#), [MS 9181-DF](#).

⁹ Leonardo Cunha assenta que: “eis que exsurge o primeiro limite do exercício do poder discricionário: a própria lei. Ora, se a discricção outorgada à autoridade pública decorre da lei, aquela mesma discricção deve ser exercida nos precisos limites definidos no texto legal. Fora daí, a atuação administrativa será tisonada de ilegalidade”. Em seguida, conclui, aduzindo que: “ultrapassados os limites da discricionariedade de molde a sobrepor-se ao espaço livre deixado pela lei, terá a Administração invadido o campo da legalidade, atingindo os confins do arbítrio. Significa que, ao exercer o poder discricionário, não deve a autoridade pública desbordar dos traçados delimitados pela lei”. CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 5ª edição. São Paulo : Dialética, 2007, p. 480.

aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito. 6. As atividades de realização dos fatos concretos pela administração depende de dotações orçamentárias prévias e do programa de prioridades estabelecidos pelo governante. Não cabe ao Poder Judiciário, portanto, determinar as obras que deve edificar, mesmo que seja para proteger o meio ambiente. 7. Recurso provido (STJ – REsp 226927/SP – 1ª Turma - Rel. Min. José Delgado – J. em 16.06.1998)¹⁰.

Interpretando esse julgado, é razoável afirmar que, *a priori*, há limite de atuação do Poder Judiciário no âmbito da defesa dos interesses tutelados na LACP. Não deve invadir o mérito administrativo para controlar a conveniência e oportunidade, indicando prioridades administrativas para aplicação do orçamento público¹¹. O controle é pautado, repita-se, na legalidade, moralidade, eficiência, competência, etc.

Ocorre que, na prática, tem-se observado que o limite entre *legalidade (impessoalidade, eficiência, moralidade)* e *mérito* não é de tão fácil percepção.

De fato, existem situações concretas onde o a falta do serviço coloca em risco o interesse metaindividual, como na falta de hospital especializado em determinada localidade, de UTI, de escola, etc. Será que a intervenção judicial por meio de ação civil pública discute a (somente) conveniência e oportunidade administrativas?

Indagação que provoca muitas controvérsias. É possível aduzir que não deve ser utilizado o argumento de que se trata de conveniência e/ou oportunidade administrativa como forma de violar de direitos protegidos pela Lei 7.347/85, sob pena de total fragilização do instituto e do desatendimento aos princípios constitucionais superiores.

Deve-se alcançar o exato *limite de razoabilidade*: incabível é a provocação da tutela jurisdicional com o fito exclusivo de controle do mérito do ato administrativo, entendido este como os critérios de conveniência e oportunidade de competência exclusiva do administrador público, sob pena de colocar em risco o princípio da

¹⁰ No mesmo sentido, ver STJ – REsp. 169876/SP – 1ª Turma – Rel. Min. José Delgado – J. e 16.06.1998 – DJ de 21.09.1998.

¹¹ Nesse sentido, ensina Pedro da Silva Dinamarco: “outro exemplo específico freqüentemente encontrado na jurisprudência é o de exigir da Administração (ou mesmo de empresas públicas dependentes de aporte de capital do Estado) a realização de obras, ou de uma atividade qualquer, que impliquem gastos de dinheiro público em determinadas áreas, em razão de interesses difusos da população. Assim, se o pedido da ação civil pública visar à imposição de uma destinação específica a ser dada ao dinheiro público, mormente quando as verbas não forem aplicadas em setores vitais e mais carentes (p. ex., saúde, habitação, educação, etc.), a demanda será juridicamente impossível”. *Ação Civil Pública*. São Paulo : Saraiva, 2001, p. 194.

separação dos poderes. Por outro lado, tal afirmação não pode ser levada ao extremo, principalmente em pleno século XXI onde se verificam situações claras de abuso de poder e falta de motivação dos atos praticados no âmbito administrativo, além da falta de legitimidade.

A fundamentação, bem a propósito, se bem apresentada torna-se garantia de legalidade do ato e pode ser considerada como instrumento social de controle dos atos advindos do poder público¹².

Contudo, na busca dessa razoabilidade, não deve o judiciário impor abertamente obrigação de fazer ligada a imputação de prioridade orçamentária. Em outro julgado, entendeu o TRF da 4ª Região que é incabível a ação civil pública nos casos em que não há dotação orçamentária para determinada atuação do poder público. Esta é a ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. O MPF está legitimado a propor ação civil pública para proteger interesse coletivo. 2. Impossibilidade do juiz substituir a Administração Pública determinando a realização de obras de infraestrutura e instalação de equipamentos eletrônicos de controle de velocidade em rodovia federal sem a existência de recursos disponíveis em previsão orçamentária. 3. Ao Poder Executivo cabe o exame da conveniência e da oportunidade de realizar atos físicos de administração, não podendo o Judiciário, sob o argumento de que está protegendo direito coletivo, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 4. As obrigações de fazer permitidas no âmbito da ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e a independência dos Poderes, nos termos do art. 2º da CF/88. 5. O controle dos atos administrativos pelo Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público na obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade e da finalidade. 6. Precedentes do TRF/4ª Região e do STJ. 7. Agravo de instrumento conhecido e provido”(TRF da 4ª Região – AI/RS -

¹² Mister observar que há, antes mesmo do ajuizamento da ACP pelo Ministério Público, o prévio inquérito civil, previsto no art. 129, III, da CF/88. Em certos casos ele é obrigatório e prévio à demanda metaindividual. Sobre o assunto ver DALLARI, Adilson Abreu. *Inquérito civil*. São Paulo : Saraiva, 1999, p. 52. Em outro trabalho, defende, inclusive, que: “fazendo-se uma comparação, no campo do direito administrativo, pode-se dizer que o inquérito civil está para a ação civil pública assim como a sindicância está para o processo administrativo. Não é possível instaurar-se um processo administrativo disciplinar genérico para que, no seu curso se apure se, eventualmente, alguém cometeu alguma falta funcional”. *Limitações à atuação do Ministério Público na Ação Civil Pública*. Improbidade administrativa – questões polêmicas e atuais. Cassio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coords). São Paulo : Malheiros, 2001, p. 38.

Relator(a) CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES
LENZ – J. em 29/06/2004 Documento: TRF400097590).

Os conceitos de conveniência / oportunidade administrativas não podem servir como subsídios para desatendimento aos princípios constitucionais em comento. Assim, se de um lado é mister assegurar a independência entre os poderes, de outro é dever alcançar um meio-termo, voltado para a razoabilidade, permitindo o controle judicial quando o ato comissivo ou omissivo violar princípios constitucionais de maior grau.

Bem a propósito, o STJ permitiu, em recurso provido por maioria, o controle jurisdicional do ato, inclusive no que respeita as razões de conveniência e oportunidade, sopesando-as com os princípios da moralidade e razoabilidade. O julgado (vencido o Ministro Francisco Peçanha Martins) é bem esclarecedor:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido.” (STJ - REsp 429570 / GO – 2ª Turma - Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 RSTJ vol. 187 p. 219).

De passagem, a Min. Relatora Eliana Calmon destacou que:

“Dentro desse novo paradigma, não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las. Aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle. E, diga-se, porque pertinente, não apenas o controle em sua acepção mais ampla, mas também o político e a opinião pública”.

Destarte, no que respeita ao sistema de controle, nenhum conceito é absoluto. Todos devem ser relativizados e voltados aos princípios jurídicos superiores. O ato discricionário é passível de controle¹³, inclusive mediante ação civil pública, quando faltar motivação e desfocar dos princípios constitucionais da administração pública (art. 37 da CF/88).

Aliás, sobre o *limite do controle*, mister citar as observações de Antônio César Bochenek: “surge no direito brasileiro uma tendência de ampliar o controle judicial, com relação às noções imprecisas que o legislador usa com freqüência para designar o motivo e a finalidade do ato. Alega-se que, quando a administração pública emprega tal tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade. Não haverá discricionariedade se houver elementos objetivos que permitam a delimitação do ato, chegando a uma única solução válida diante do direito. Somente haverá discricionariedade se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, baseadas em conceito de valor”¹⁴.

Portanto, há a possibilidade de controle do ato administrativo supostamente discricionário, quando faltar os elementos delimitadores ou mesmo a motivação, isso sem falar na eventual violação dos princípios da moralidade e proporcionalidade, legalidade, razoabilidade, motivação, etc.

Não se está com isso enfraquecendo o poder do administrador, mas sim ampliando a noção de legalidade, e salvaguardando os conceitos de *conveniência e oportunidade*, dentro das diretrizes estabelecidas em lei e nos próprios princípios constitucionais da administração pública, previstos no art. 37 da CF/88¹⁵.

Realmente, *não existe discricionariedade absoluta*, eis que deve ser pautada pelos princípios da administração pública. O controle judicial dos atos administrativos mediante ação civil pública não gera violação à separação de poderes, quando pautado pelas diretrizes constitucionais e atendida a razoabilidade.

¹³ Analisando a proporcionalidade, especialmente nos casos de mandado de segurança, ver, no STJ, dentre outros, o MS 10827/DF (3ª Seção – Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, J. em 14.12.2005, DJ de 06.02.2006, p. 195), o MS 10828/DF (3ª Seção – Rel. Min. Paulo Gallotti, J. em 28.06.2006, DJ de 02.10.2006, p. 220).

¹⁴ *A autoridade coatora e o ato coator no mandado de segurança individual*. In Aspectos polêmicos e atuais do mandado de segurança. Cassio Scarpinella Bueno, Eduardo Arruda Alvim e Teresa Arruda Alvim Wambier (coords). São Paulo : Revista dos Tribunais, 2002, p. 40.

¹⁵ Importante transcrever precedente do STJ, onde consagra a necessidade de verificação dos princípios constitucionais: “Administrativo e processo civil – Ação civil pública – Obras de recuperação em prol do meio ambiente – Ato administrativo discricionário. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido” (STJ - REsp 429570 / GO – 2ª Turma – Rel. Min. Eliana Calmon – J. em 11/11/2003 - DJ de DJ 22.03.2004 p. 277 - RSTJ vol. 187 p. 219).

O sistema de freios e contra-pesos e a separação de poderes devem ser visualizados com muito cuidado nos casos concretos, impedindo-se eventuais invasões de competência.

De outra banda, também se deve evitar que os atos administrativos, sob a alegação de que são discricionários, acabem por enfraquecer o próprio *judicial review*. Bem a propósito, Cassio Scarpinella Bueno escreve que: “a ‘discricionariedade’ não pode ser empregada como um escudo que protege a administração pública do controle jurisdicional. Não é porque se diz que determinado ato – ou determinados modelos de ato – é discricionário que, imediatamente, afasta-se a possibilidade de seu controle judicial. Há sempre e inexoravelmente necessidade de o magistrado verificar se aquele ato é mesmo discricionário, e mesmo sendo discricionário se todos os limites, todos os princípios que norteiam toda e qualquer atuação administrativa foram atingidos, foram perseguidos, isto é, se aquele ato encontra-se mesmo, verdadeiramente, no interior da moldura, como uma opção definitivamente válida a cargo do administrador público. Somente quando o magistrado verificar que o ato administrativo amolda-se às opções predispostas pela norma jurídica é que não poderá exercer qualquer espécie de controle com relação ao ato administrativo porque falece ao magistrado e ao Poder Judiciário como um todo, competência”¹⁶.

Logo, o exercício da atividade administrativa, mesmo discricionária, não deve ser feita em linha de colisão dos princípios constitucionais que a regem, sob pena de sujeição à controle judicial (além do próprio controle interno).

Assim, dentro da discricionariedade há a necessidade de evitar o abuso de poder ou desvio de finalidade, conceitos subjetivos e analisados em cada caso concreto. Germana de Oliveira Moraes também assevera que: “a extensão do controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, vale dizer, dos atos emanados da competência discricionária ou decorrentes de valoração administrativa de conceitos verdadeiramente indeterminados, não se delimita a partir da exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário. Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante de valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio do qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato”¹⁷.

Portanto, verifica-se a necessidade de maior ponderação do sistema de controle, permitindo, com isso, maior ampliação da ingerência do judiciário na apreciação

¹⁶ *Inafastabilidade do controle judicial da administração*. In Direito processual público – A fazenda pública em juízo. Carlos Ari Sundfeld e Cassio Scarpinella Bueno (coords). 1ª edição, 2ª tiragem. São Paulo : Malheiros, 2003, p. 242.

¹⁷ *Controle jurisdicional da administração pública*. 2ª edição, São Paulo : Dialética, 2004, p. 160.

das ações civis públicas, respeitada a separação de poderes e o poder de gestão do administrador público.