

**4^a Seção – Comentários
à Jurisprudência**

***Section 4 – Comments
on Jurisprudence***

A PROBLEMÁTICA ENVOLVENDO AS QUESTÕES DE MÉRITO ADMINISTRATIVO E O PODER JUDICIÁRIO: UMA ANÁLISE DO RECURSO ESPECIAL 1.438-704/SE

THE PROBLEMATIC INVOLVING ISSUES OF ADMINISTRATIVE MERIT AND THE JUDICIARY: AN ANALYSIS OF THE SPECIAL APPEAL 1,438-704/SE

ALENCAR FREDERICO MARGRAF

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Especialista em Direito Penal, Processo Penal e Criminologia pelo Instituto Busato de Ensino. Pós-Graduado *lato sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, Núcleo de Ponta Grossa. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa – UEPG. Membro efetivo do Instituto Paranaense de Direito Processual. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (maio 2013/maio 2015). Professor de Ciência Política e Teoria do Estado e de Processo Penal no Centro de Ensino Superior dos Campos Gerais (CESCAGE). Advogado e Pesquisador.
alencarmargraf@yahoo.com.br

WILSON YOSHIRO OYAMADA

Mestrando em Filosofia pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduado em Filosofia Moderna e Contemporânea: aspectos éticos e políticos pela mesma instituição. Pós-Graduado em Filosofia e Direitos Humanos pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa Teorias da Justiça. Pesquisador.
oyamadawilson@gmail.com

Recebido em: 21.09.2018.

Aprovado em: 18.11.2018.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: Nesse comentário jurisprudencial será analisada a polêmica em torno das questões de mérito administrativo e o Poder Judiciário. No caso, abordaremos a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.438.704/SE (2014/0042310-5). O problema, aqui apresentado, repousa sobre a (im)possibilidade de o Poder

ABSTRACT: This jurisprudential commentary will analyze the controversy surrounding issues of administrative merit and the Judiciary. In this case, we will address the decision of the Superior Court of Justice in Special Appeal 1,438,704/SE (2014/0042310-5). The problem presented here rests on the (im)possibility of the Judiciary to deal

Judiciário tratar de questões de conveniência e oportunidade das decisões administrativas, conhecidas como "mérito administrativo". Analisaremos, ademais, se as decisões de mérito administrativo viola a "separação de poderes". Por oportuno, serão demonstrados alguns posicionamentos doutrinários a respeito do conceito de mérito administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Mérito administrativo – Poder Judiciário – STJ – Conveniência – Oportunidade.

with issues of convenience and timeliness of administrative decisions, known as "administrative merit". We will also analyze whether decisions of administrative merit violate the "separation of powers". As appropriate, some doctrinal positions regarding the concept of administrative merit will be demonstrated.

KEYWORDS: Administrative merit – Judicial power – STJ – Convenience – Opportunity.

SUMÁRIO: Análise do caso. Referências.

ANÁLISE DO CASO

O presente comentário jurisprudencial aborda a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.438.704/SE (2014/0042310-5), proferida em 19 de junho de 2018, tendo Gurgel de Faria como Ministro Relator, o qual negou provimento ao aludido Recurso. A discussão em pauta se trata da possibilidade ou não de o Poder Judiciário discutir questões de conveniência e oportunidade das decisões administrativas, chamadas de "mérito administrativo".

O referido Recurso foi interposto em face do acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que denegou a apelação apresentada pelo Ministério Público Federal, em que o apelante discorda da sentença que indeferiu a petição inicial e extinguiu o processo sem exame de mérito, com base nos artigos 295, inciso III, e 267, inciso I e VI, ambos do CPC de 1973.

Essa contenda teve início a partir da apresentação de uma Ação Civil Pública movida pelo MPF em face da Telemar Norte Leste S/A. Nessa Ação, o *Parquet* visava obrigar a Telemar a reparar os telefones públicos da cidade de Guararu-SE. No acórdão, foi determinado que a solução do caso deve originar-se da própria Administração Pública, pois possui a prerrogativa de praticar atos e, ao mesmo tempo, executá-los, não dependendo de manifestação judicial, devido a autoexecutoriedade dos atos administrativos.

No Recurso Especial, a recorrente sustenta que há dissenso jurisprudencial e, também, violação do artigo 3º da Lei 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, e dos artigos 3º e 267, inciso VI, do CPC/73, ao entender pela presença do interesse de agir para o caso.

O Ministro Relator, Gurgel de Faria, no começo de sua decisão, lembrou que aos recursos interpostos com base no CPC/1973, concernentes a decisões publicadas até a data de 17 de março de 2016, há que se fazerem presentes os requisitos de admissibilidade, conforme o previsto, juntamente com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do STJ.

Na sequência, ele faz alusão ao artigo 3º da Lei 7.347/1985, dizendo que seu teor não foi analisado no acórdão recorrido, afirmando, além disso, que não foram opostos embargos de declaração visando à análise do supracitado artigo. Tal fato, segundo consta na decisão do Ministro, evidencia que o Recurso Especial, proposto pelo MPF, carece do prequestionamento, algo indispensável, cabendo aplicação, inclusive, da Súmula 282 do STF.

Ao fundamentar sua decisão, o Ministro lembrou que não cabe ao Poder Judiciário interferir na atividade administrativa para tomar como sua as atribuições dos órgãos da Administração Pública, cabendo-lhe somente a fiscalização da adequação do ato administrativo à legalidade. Ele sinalizou, inclusive, que essa questão é passível de ser solucionada administrativamente, pois a ANATEL faz parte da Administração Pública Indireta, caracterizando-se como uma agência reguladora, possuindo, assim, autonomia administrativa e autoexecutoriedade para resolver esses conflitos.

Logo, como já salientado, o Ministro relator entendeu que a solução dessa contenda, envolvendo o MPF e a Telemar Norte Leste S/A, deve vir da própria Administração Pública, que, sem a necessidade de manifestação judicial, possui a liberdade de realizar atos e, ao mesmo tempo, colocá-los em execução, devido à característica da autoexecutoriedade dos atos administrativos.

Como se pode observar, pelo que até então fora exposto, o acórdão proferido pelo Tribunal Federal da 5ª Região que, no caso em comento, entendeu pela desnecessidade de intervenção do Poder Judiciário estar correta, pois não cabe ao Judiciário discutir questões de conveniência e oportunidade das decisões administrativas, chamadas de “mérito administrativo”. Do mesmo modo, entendemos como correta a decisão do STJ que negou o Recurso Especial apresentado pelo MPF. Agora, serão demonstrados os motivos pelos quais se entende pela não intervenção do Judiciário nas questões mencionadas.

Por conseguinte, para melhor compreensão desse assunto e, também, para sustentar o nosso ponto de vista, é pertinente elucidar algumas questões atinentes ao controle jurisdicional do “mérito administrativo”. Após isso, serão abordados alguns aspectos acerca do princípio da separação dos Poderes.

Dito isso, vale registrar, desde já, que o “mérito administrativo” constitui um instituto do Direito Administrativo que se destina a regular a atividade rotineira

da administração e, por conta disso, essas atividades fornecem uma determinada liberdade para o administrador atuar.

Em outras palavras, o “mérito do ato administrativo” materializa-se na valoração dos motivos, bem como na escolha do objeto do ato, realizadas pela Administração responsável de sua prática, quando autorizada a decidir no tocante à conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.¹

Ainda discorrendo sobre o conceito de “mérito administrativo”, convém acentuar que mérito diz respeito ao campo de liberdade suposto na lei que, de fato, venha a remanescer no caso concreto, de modo que o administrador, observando os parâmetros de conveniência e oportunidade, escolha entre duas ou mais soluções cabíveis perante ele, sem prejuízo do exato atendimento da finalidade legal, haja vista a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada².

Nesse sentido, cabe frisar quais são os requisitos do ato administrativo. Assim, a competência, a finalidade, a forma, o motivo e objeto são os requisitos. Esses elementos são de vital relevância no tocante ao estudo dos atos administrativos. Destaca-se, ademais, que dois deles, motivo e objeto, representam o chamado “mérito administrativo”.

Seguindo essa linha de raciocínio, é importante destacar que os elementos motivo e objeto do ato administrativo discricionário, devido ao fato de compor o seu mérito, impede o controle por parte do Poder Judiciário, isso em consonância com o posicionamento da maioria da doutrina e jurisprudência brasileira, pois pertence à conveniência e oportunidade do administrador público³.

Não se pode olvidar de mencionar que o mérito é formado por dois elementos que possuem aspectos discricionários, algo que possibilita o arbítrio do administrador. Todavia, tal arbítrio deve acontecer respeitando as limitações impostas, diferentemente da competência, finalidade e forma que podem ter feição de ato vinculado ou discricionário, dependendo do caso.

A polêmica gira em torno, como frisado anteriormente, de ser possível o Poder Judiciário intervir no mérito administrativo no tocante aos seus aspectos de

1. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
2. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 38.
3. CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

oportunidade e conveniência ou somente no que tange aos limites excedidos. Ou seja, aspectos que dizem respeito à legalidade ou à legitimidade, isso quer dizer, quando há um excesso no ato praticado pelo agente público.

Já foi mencionado que nos posicionamos conforme o entendimento do Tribunal Regional Federal da 5ª Região e, também, em conformidade com a posição do STJ, em que não cabe ao Poder Judiciário discutir questões de conveniência e oportunidade das decisões administrativas. À vista disso, entendemos, tendo como amparo a reflexão realizada por Matheus Carvalho⁴, que o Poder Judiciário pode controlar a legalidade, contudo, não pode controlar o mérito dos atos administrativos discricionários, pois, caso contrário, haverá violação à separação dos poderes prevista constitucionalmente.

Vale destacar, por sua vez, que é admitido o controle judicial incidente, até mesmo sobre o objeto e o motivo do ato administrativo. Entretanto, nesse caso, a atuação do Poder Judiciário deve observar as regras legais impostas ao agente, como parâmetros a serem observados em relação a esses elementos.

Outro aspecto relevante, para o bom entendimento desse assunto, repousa sobre a determinação dos elementos do ato administrativo, sobretudo em relação à análise da liberdade, pois é importante a sua definição, identificando se tal elemento é vinculado ou discricionário. Desse modo, nas situações em que o elemento é vinculado, o administrador não tem liberdade, isso significa que ele terá que preencher o ato, conforme os mandamentos legais, sem efetuar a análise de conveniência e oportunidade.

Nos casos em que o elemento for discricionário, por sua vez, o administrador tem a possibilidade de realizar um juízo de valor, analisando a conveniência e a oportunidade do interesse público para a prática do ato. Pode-se perceber, então, que a vinculação ou a discricionariedade dos elementos do ato administrativo dependem do tipo de ato⁵.

Mais um argumento que entende pela impossibilidade do judiciário analisar questões de “mérito administrativo” é fornecido pela professora Fernanda Marinela⁶, vindo a reforçar, conseqüentemente, o nosso entendimento. Dessa forma,

-
4. CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
 5. MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011). *Direito Administrativo – Brasil*. 2. Serviço público – Brasil, I. Título.
 6. MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011). *Direito Administrativo – Brasil*. 2. Serviço público – Brasil, I. Título.

o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário é possível em qualquer tipo de ato, todavia, no tocante à sua legalidade.

Essa análise precisa ser realizada em sentido amplo, sendo feita a análise das regras legais e normas constitucionais, com todos os seus princípios. Em contrapartida, não cabe à análise da conveniência e oportunidade dos atos administrativos, quer dizer, não se pode reapreciar o mérito dos atos discricionários.

Seguindo esse entendimento, encontram-se inúmeras orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Ressalta-se, ademais, que o ordenamento jurídico brasileiro permite a análise pelo Judiciário dos atos administrativos que descumpram a lei e daqueles que violam mandamentos constitucionais, podendo citar, como exemplo: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, entre outros.

Nota-se, assim, que o Judiciário poderá, por vias tortas, incidir na conveniência e na oportunidade do ato administrativo discricionário, entretanto, isso deve ocorrer apenas quando o ato for incompatível com o ordenamento, ou seja, quando for ilegal.

É pertinente fazer menção ao fato de que ao Judiciário não cabe substituir o administrador público. Dessa feita, no momento da anulação do ato discricionário, o magistrado não deve resolver como o interesse público será atendido no caso concreto, devendo, por sua vez, devolver a questão ao administrador responsável e, a partir disso, este irá efetuar uma nova decisão⁷.

Pode-se perceber, além disso, que o caso em baila, como já lembrado anteriormente, envolve outra questão delicada e polêmica, a qual, corriqueiramente, é suscitada no meio jurídico, que é a questão da separação dos Poderes. Não há o menor resquício de dúvidas que o legislador constituinte de 1988 tinha a intenção de resguardar a devida separação dos poderes. Se assim não fosse, não estaria explícita essa necessidade, mormente na parte que expõem os princípios fundamentais⁸.

Vale a pena acentuar, por oportuno, que os órgãos exercentes das funções estatais, para serem independentes, em que seja possível frear uns aos outros, ou seja, exercendo um controle recíproco, precisam de determinadas garantias, bem como de prerrogativas constitucionais. Essas garantias são invioláveis e imposteráveis, sob o risco de acontecer um desequilíbrio entre eles e, conseqüentemente, a desestabilização do governo. Caso o Executivo ultrapasse suas funções previstas em lei, surge o despotismo, a ditadura e, inevitavelmente, o arbítrio,

7. MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

8. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

como dizia Montesquieu, quando ponderou sobre a necessidade da existência de imunidades e prerrogativas para o bom andamento das funções do Estado⁹.

Importa destacar que a harmonia entre os Poderes pode ser encontrada, num primeiro momento, pelas normas de cortesia no trato recíproco e, ao mesmo tempo, no respeito às prerrogativas e faculdades a que respectivamente todos têm direito. Sob outra perspectiva, convém registrar que não são absolutas a divisão de funções entre os órgãos do poder, tampouco a sua independência. Isso acontece, pois há um verdadeiro sistema de freios e contrapesos, que pretende implantar um equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e, também, para evitar o arbítrio e o dano de um em detrimento do outro, resguardando, de certa forma, os governados¹⁰.

Ao se falar sobre a separação dos Poderes, vem à mente o nome de Montesquieu. Todavia, muitos antes do aludido filósofo escrever *O espírito das leis* e *O Príncipe*, outros pensadores já refletiam sobre o assunto. Na Grécia antiga, Platão já afirmava que a separação dos Poderes representava um dos mais relevantes princípios. No seu livro *A República*, ele defende a necessidade de se dividir as funções do Estado, evitando que o poder estivesse concentrado numa só pessoa. Platão acreditava, ainda, que o homem perde a sua virtude se tiver em suas mãos o poder concentrado e, por essas razões, a não separação dos Poderes era demasiadamente prejudicial.

Ainda na Antiguidade, Aristóteles já opinava que fornecer a uma única pessoa o exercício do poder era, além de perigoso, injusto, pois um único indivíduo não teria como prever tudo àquilo que se quer a lei era capaz de prever¹¹.

Percebe-se, portanto, por tudo o que foi exposto, que não cabe ao Poder Judiciário discutir questões de conveniência e oportunidade das decisões administrativas, chamadas de “mérito administrativo”. Por consequência, reputamos como correta a posição adotada pelo Tribunal Federal da 5ª Região e, também, a decisão tomada pelo STJ no Recurso Especial 1.438.704/SE.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

-
9. MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
 10. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
 11. ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- CARVALHO, Matheus. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.
- MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2011.
- MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo. Malheiros Editores, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrina

- A centralização do estado brasileiro resultante das decisões do STF, de José Roberto Anselmo – *RDCI* 22/115 - 129 (DTR\2008\479);
- O princípio da separação de poderes e direitos fundamentais sociais a necessidade de releitura sob a ótica de um estado social de direito, de Luiz Antônio Freitas de Almeida – *RDCI* 77/185 - 206 (DTR\2011\5068);
- A superação da doutrina tripartite dos “poderes” do estado, de André Ramos Tavares – *RDCI* 29/66 - 71 e *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional* 4/25 - 34 (DTR\1999\476).

EXPURGOS INFLACIONÁRIOS: COMENTÁRIOS À HOMOLOGAÇÃO DE ACORDO NO ÂMBITO DA ADPF 165 PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

*INFLATIONARY PURGES: COMMENTS ON THE HOMOLOGATION
OF AGREEMENT UNDER ADPF 165 BY THE
SUPREME COURT OF BRAZIL*

CAROLINA REIS JATOBÁ COELHO

Doutoranda em Direito Administrativo pela PUC-SP. Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília/DF. Especialista em Direito Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios – FESMPDFT e em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP/DF. Advogada.
carolinarjcoelho@hotmail.com; carolina.j.coelho@caixa.gov.br

Recebido em: 16.09.2018.
Aprovado em: 25.11.2018.

ÁREAS DO DIREITO: Financeiro e Econômico; Processual

RESUMO: Os denominados Planos Econômicos foram políticas monetárias aplicadas durante os governos brasileiros dos anos de 1980 a 1990/2000, visando estabilização da moeda nacional, então acenuadamente inflacionada. A ausência de correção monetária pelos devidos índices de inflação apurados no período gerou os denominados expurgos inflacionários que levou milhares de poupadores ao Judiciário brasileiro. Finalmente, quando a decisão final acerca da constitucionalidade das medidas chegou à Corte Constitucional, por intermédio de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, houve sobrestamento da questão nas instâncias inferiores, representando "cerca de 70% dos processos sobrestados nas

ABSTRACT: The Economic Plans were monetary policies applied during the Brazilian governments from 1980 to 1990/2000, aiming at stabilizing the national currency, then markedly inflated. The absence of monetary correction for the appropriate inflation indexes in the period generated the "inflationary purges" that led thousands of consumers to the Brazilian Judiciary. Finally, when the final decision about the constitutionality reached the Constitutional Court, through an Action for Non-compliance with a Fundamental Precept and "about 70% of cases were suspend to be solved by the leading case, Brazilian Federal Supreme Court did not consider the merits of the action, ratifying an agreement between economic agents involved