UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ - UNESPAR
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
***Campus* de Jacarezinho**

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: LIMITES À DISCRICIONARIEDADE

JOSÉ CARLOS ABRAÃO

ORIENTADOR: PROF. DR. CLAYTON MARANHÃO

JACAREZINHO (PR) – 2006

UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PARANÁ - UNESPAR
FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO
***Campus* de Jacarezinho**

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: LIMITES À DISCRICIONARIEDADE

JOSÉ CARLOS ABRAÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

ORIENTADOR: PROF. DR. CLAYTON MARANHÃO

JACAREZINHO (PR) – 2006

JOSÉ CARLOS ABRAÃO

CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS: LIMITES À DISCRICIONARIEDADE

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

COMISSÃO EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Clayton Maranhão

_____

Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar

_____

Prof. Dr. Vladimir Brega

Jacarezinho, ____ de_____ de ____.

DEDICATÓRIA

A Deus.

À minha esposa, Esther,

sempre companheira.

Ao meu orientador,

Prof. Dr. Clayton Maranhão.

Ao Pós -Doutor Gilberto Giacóia.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Clayton Maranhão, meu orientador, pelo incentivo e pela amizade, além do rigoroso acompanhamento desse trabalho.

Ao Prof. Pós-Doutor Gilberto Giacóia, pelo apoio e pela amizade.

Ao Prof. Dr. Jaime Domingues Brito, pelo apoio e pela amizade.

Às minhas fiéis colaboradoras, Elídia Alves Fernandes e Ivana Nobre Bertolazo.

Aos professores do Programa de Mestrado, pelo profissionalismo, pela dedicação e pelo companheirismo.

Aos amigos do Programa de Mestrado, pelo fato de termos formado um bom grupo de estudos e solidificado a nossa amizade.

À Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, por ter possibilitado a este trabalho vir a lume.

"A essência do Direito Público, do Direito Administrativo *in specie*,
está na obrigação para os respectivos agentes de realizarem
os interesses que as leis lhes entreguem para que deles curem."

Afonso Rodrigues Queiró

ABRAÃO, José Carlos. **Controle dos Atos Administrativos:** limites à discricionariedade. 2006. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro, Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR), Jacarezinho.

RESUMO

Este trabalho, que se propõe, por meio do controle jurídico, conter ou estabelecer limites à discricionariedade, perfilha a terceira fase do constitucionalismo, ora em curso. Desde que, do ponto de vista conceitual, a discricionariedade se desmembrou do mérito, foi possível uma progressão teórica, que passou do controle meramente formal dos atos administrativos, pelo princípio da legalidade, para o controle material, por meio do princípio da legitimidade. A Escola Principiológica visa proteger o cidadão das invasões do arbítrio da autoridade pública, que, pelo volume das atribuições e tarefas administrativas incomensuráveis, concentra, não raro, excesso de poderes e fica mais inclinada ao abuso de poder e, por conseqüência, mais necessitada do critério judicial de controle. Estabelecidos todos esses pressupostos, pretende-se aqui abordar a construção do conceito de discricionariedade e a relação deste com a exclusão social. Depois, tratar-se-á da discricionariedade e da relação que esta possui com o princípio da legalidade e com todos os outros conceitos inter-relacionados, como a vinculação e o mérito do ato administrativo. E, por fim, verificar-se-ão o controle jurisdicional dos atos administrativos sob a nova óptica principiológica e as implicações disso no ordenamento jurídico pátrio. Dessa forma, percebe-se que as conclusões aqui colhidas perfilham-se de forma a explicar que o Direito no Brasil desenvolveu-se sob uma óptica elitista e patrimonialista, uma vez que foi elaborado para servir aos interesses político-financeiros que a Coroa Portuguesa e as elites portuguesas tinham na Colônia. Depois da Proclamação da Independência, os senhores de terras e de escravos e a ainda insipiente burguesia comercial continuaram a compartilhar dessa visão. Importaram-se alguns avanços liberais, mas, como por aqui não ocorreu uma revolução liberal-burguesa, esses avanços só serviram para maquiar o grande problema da exclusão que já se delineava no País. Assim, no âmbito da Administração Pública, a separação de poderes, importada da França, impôs-se como reação a um absolutismo que aqui nunca existiu, configurando um modelo de Estado que vinculava a discricionariedade da Administração Pública com o princípio da legalidade. Isso contribuiu para aumentar o fosso social e amplificar uma situação excludente já histórica. De acordo com as novas propostas aqui delineadas, juristas contemporâneos consideram substituir o princípio da legalidade administrativa, ainda dominante, pelo princípio da juridicidade constitucional. Considera-se essa posição a mais adequada para combater a exclusão, principalmente em seara administrativa, uma vez que a pretensão é concretizar a pauta dos princípios axiológicos volvidos à cidadania e catalogados na Carta de 1988.

Palavras-chaves: controle; atos administrativos; judiciário.

ABRAÃO, José Carlos. **Control of the Administrative Acts:** limits to the discricionariety**.** 2006. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) - Faculdade Estadual de Direito do Norte-Pioneiro, Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR), Jacarezinho.

ABSTRACT

This work that if considers by means of the legal control, to contain or to establish limits to the discricionariety, adopts the third phase of the constitutionalism, however in course. Since that of the conceptual point of view, the discricionariety was separated of the merit, was possible a theoretical progression, that passed of the more formal control of the administrative acts, saw principle of the legality, for the material control, it saw principle of the legitimacy. The objective to the Principles School is to protect the citizen of the invasions of the will of the public authority, what, for the volume of the attributions and incommensurable administrative tasks, it concentrates, not rare, excess of being able and is more inclined to the abuse of being able e, for consequence, more needed the judicial criterion of control. Established all these estimated, the objective to approach the construction of the discricionariedade concept and the relation of this with the social exclusion here. Later one will be regarding the discricionariety and the relation that this possesss with the beginning of the legality and all the other interrelated concepts, as the entailing and the merit about the administrative act. E finally will verify the jurisdictional control of the administrative acts under the new principles optics and the implications of this in the native legal system. Of this form, one perceives that the conclusions harvested here are adopted of form to explain that the Right in Brazil was developed under an elitist and patrimonialist optics, a time that was elaborated to serve to the interests politician-financiers who the Portuguese Crown and the Portuguese elites had in the Colony. After the Announcement of Independence, Lords of lands and slaves, and of still incriesing commercial bourgeoise, had continued to share of this vision. Some liberal advances had been imported, but as this way a liberal-bourgeois revolution did not occur, these advances alone had served to hide the great problems of the exclusion that already was delineated in the Country. Thus, in the scope of the Public Administration, the separation of powers, imported of France, was imposed as reaction to an absolutism that never existed, configuring a model of State that tied the discricionariety of the Public Administration with the beginning of the legality. This contributed to increase the social irrigation ditch and to amplify historical an exculpatory situation already. In accordance with the new proposals delineated here, jurists contemporaries consider to substitute the beginning of the administrative legality, still dominant, for the beginning of the constitutional legality. This position is considered as the most adjusted to fight the exclusion, in mainly administrative atcs and problems, a time that the pretension is to materialize the guideline of the citizenship related with this and catalogued more important principles in the Letter of 1988.

Key-words: control; administrative acts; Judiciary.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 09

1. A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A EXCLUSÃO SOCIAL 15

2. A DISCRICIONARIEDADE E A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA. 33
2.1 O Princípio Constitucional da Legalidade Administrativa. 33
2.2 Vinculação e Discricionariedade. 38
2.3 Discricionariedade e Conceitos Jurídicos Indeterminados 41
2.4 Desvio de Poder no Ato Administrativo 46
2.5 Discricionariedade e Mérito 50

3. CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. 58
3.1 Controle da Discricionariedade por meio dos Princípios 67
31.1 Princípios Constitucionais como Limites à Discricionariedade. 91
3.2 O Controle da Discricionariedade por meio da Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo) 93

CONCLUSÕES 99

REFERÊNCIAS 109

INTRODUÇÃO

Esta proposta de dissertação, ao âmbito do programa de Mestrado da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro – FUNDINOPI –; e atinente à investigação crítica da problemática social da exclusão, visa incursionar em tema que se apresenta ainda, e por certo ainda representará, em autêntico desafio à reflexão jurídica dos operadores de Direito. Trata-se de uma tentativa, a mais, em linha de colaboração, centrada no instrumental do regime jurídico-administrativo, em especial na teoria dos atos jurídicos administrativos, que se empresta à atividade nuclear da Administração Pública volvida à persecução do interesse público.

Com efeito, os atos jurídico-administrativos são atos de produção jurídica; os quais individualizam um tipo de ato estatal que se contrapõe aos atos civis – privados – e aos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário (lei e sentença, respectivamente).

Tais atos, nada obstante a amplitude de conceitos – que procura justificá-los,– configuram-se como instrumentos de aplicação da lei ao caso concreto.

Trata-se de um meio pelo qual se expressa juridicamente uma das funções do Estado – a função administrativa. Nele são observáveis as prerrogativas e sujeições de direito estabelecidas para o exercício da função administrativa.

A teorização jurídica começou a se desenvolver com base em estudos do Direito Privado. Mas deve-se frisar que ato administrativo e ato civil são duas espécies de ato jurídico geral. Todavia, é preciso convir que o ato civil está marcadamente sob idéia da autonomia da vontade. O ato administrativo, ao contrário, submete-se a preceito oposto. Só se pode querer o que sirva para cumprir uma finalidade estabelecida em lei. Assim, no ato administrativo a regra é a ausência de autonomia da vontade.

O tema objeto de nossa dissertação encontra-se relacionado com aspectos de alta indagação jurídica, até hoje objeto de perquirição em todo o universo juspublicístico, isto é, ausência de controle dos atos emanados das pessoas governamentais, os quais, descompassados da ordem jurídica, causam danos irreparáveis aos direitos subjetivos dos cidadãos e aumentam o contingente daqueles que são marginalizados – excluídos – pela prevalência de critérios injurídicos no desempenho dos agentes públicos.

O que corrobora para tais posturas é o despreparo dos magistrados – excetuando-se, naturalmente, aqueles vocacionados ao ideário principiológico, que em tempos recentes passou a se constituir, pelo neopositivismo, a panacéia capaz de inibir em grande parte os desacertos. Mas, como se irá procurar demonstrar há um longo caminho a percorrer.

É de se exaltar que a ausência de controle é decorrência, em grande parcela, de posições arraigadas, na jurisprudência dos tribunais, em sentido de se vedar ao magistrado a sindicabilidade do núcleo da discricionariedade administrativa – razões de conveniência e oportunidade, ou mérito do ato administrativo discricionário. A doutrina nacional, na área do Direito Público, avançou muito, mas o aspecto teórico dessa evolução não é acompanhado na prática. O ilustre jusperito

Celso Antônio Bandeira de Mello, em palestra proferida em Foz do Iguaçu sobre tais considerações, declarou que *"a prática é pedestre".*

É objeto de nossas reflexões o fato de que os aspectos teóricos desenvolvidos de forma muito avançada pela doutrina alienígena, e recepcionados pela doutrina pátria, ainda não tenham sido de todo encampados pelo judiciário. Isso porque a essencialidade do tema é justamente o fato de que o controle dos atos administrativos deve estar adstrito ao princípio da juridicidade, ou seja, apresenta como limite não apenas o princípio da legalidade estrita, mas o controle deve, ainda, estender-se aos princípios constitucionais e legais que informam o Direito Público em geral e o Direito Administrativo em particular.

Indubitavelmente, a Carta Magna de 1988 é um marco na redefinição e extensão do princípio da legalidade, visto que conduz – além da previsão em seu artigo 5º, inciso II, segundo o qual ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei –, a uma série de previsões constitucionais referentes à Administração Pública, evidenciando a necessidade de submissão da atividade estatal às regras e aos princípios e a observância, inafastável, à separação dos poderes e aos direitos fundamentais dos indivíduos.

Segundo a Professora Germana de Oliveira Moraes, uma das juristas que primeiro propugnaram a idéia do princípio da juridicidade em substituição ao princípio da legalidade, foi Carmem Lúcia Antunes Rocha, em sua obra "Princípios Constitucionais da Administração Pública", que ensinou que o administrador público, no Brasil, deve submeter-se não apenas à lei, mas ao ordenamento jurídico como um todo, especialmente à Constituição. É de se dizer que a legalidade ganhou novos contornos, pois já não é cabível entender a legalidade como obediência apenas à lei formal.

Uma vez concebido um novo conteúdo jurídico ao princípio da legalidade, por alguns denominado de princípio da juridicidade, indiscutível é a repercussão dessas concepções na esfera de atuação do poder discricionário da Administração Pública.

A vetusta caracterização da discricionariedade administrativa deve atender, na sua materialização como ato administrativo, aos novos parâmetros constitucionais.

As reflexões de Dworkin e Alexy e a adoção dos princípios como núcleo das constituições traçaram novos paradigmas não apenas na atividade, mas, principalmente, no controle dessa atividade.

É de salientar que o propósito maior deste trabalho, entre digressões jurídicas permeadas por reflexões atinentes a um ideal de Justiça, é um esforço que se soma a fim de se tentar um controle do poder político em prol dos que são excluídos pela postura passiva e eqüidistante do Judiciário, órgão que detém a última palavra no controle dos atos da Administração Pública e que se abstém, quando deve examinar o núcleo da discricionariedade administrativa, razões de conveniência e oportunidade.

Na esteira da corrente principiológica, a discricionariedade não é entendida como área imune à sindicabilidade judicial, ou seja, não mais comporta essa concepção. Esta é uma definição negativa de discricionariedade, uma definição que se enquadra no perfil "do Direito por regras", cujo contexto se reduz ao princípio da legalidade administrativa, o qual entende que os atos administrativos devem estar de conformidade com as regras de Direito, consideradas como referencial da Administração Pública.

É importante destacar também que as lições clássicas aplicáveis à discricionariedade administrativa, que consistiam, de forma nodal, na impossibilidade de controle judicial aos atos desta natureza, foram concebidas à época em que o Direito se identificava com a legalidade formal e restrita (Direito por regras); assim, necessitam ser reavaliadas e redefinidas de forma a adequá-las à nova compreensão do ordenamento jurídico que se assenta na idéia de um Direito por princípios, de um Direito sistemático.

A doutrina brasileira caminha na direção de fornecer subsídios à ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade. Nada obstante, os tribunais brasileiros assumem atitudes contidas de auto-restrição quanto ao controle do mérito do ato administrativo.

Por mais de dois séculos a discricionariedade permaneceu intocável, e dessa forma os atos praticados pelos governantes estavam excluídos do controle judicial. No âmbito das reflexões pertinentes à discricionariedade, em inúmeras e incontáveis vezes aninharam-se as mais agressivas práticas anticidadãs. Todavia, nela pode e continua a ser possível encontrar espaço de ação estatal que realize com efetividade a Justiça em paradigma – sem utopia – a cristalizar a idéia do Estado volvida a esplender a valorização do homem. Num Estado Democrático de Direito devem e têm de existir agentes públicos – governantes – que se valem do poder para uma administração instrumentalizada para os administrados.

Vivencia-se agora a revolução copernicana, a revolução dos princípios. O Estado de Direito de terceira geração é extraído da mais recente fase de evolução da Constituição válida no mundo ocidental. A terceira geração pressupõe o constitucionalismo principiológico. A nova hermenêutica pós-positivista, que é a teoria material da Constituição, atende a uma visão prospectiva de humanismo, justiça e liberdade, que consubstanciam o justicialismo.

A terceira idade do constitucionalismo instaura a época do pós-positivismo, que faz a legitimidade imperar sobre a legalidade, os princípios sobre as regras, a jurisdição sobre a discrição, o valor sobre o fato, e a certeza sobre a indeterminação.

É de agregar que juristas perfilhados ao novo paradigma admitem a plena compatibilidade entre o princípio da separação de poderes (art. 2º c/c art. 60, § 4º, II) e o da inafastabilidade da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV) da nossa Constituição Federal.

Ao se considerar que o Direito Administrativo é Direito Constitucional concretizado, o princípio da legalidade da Administração Pública pressupõe o da constitucionabilidade das leis. É a proposta deste trabalho, o qual se ajusta à nova hermenêutica: amplia-se o controle dos atos administrativos, antes em virtude das regras jurídicas, agora também em razão dos princípios. Divide-se o ato administrativo em elementos. A lei oferece parâmetros dos elementos vinculados, enquanto a Constituição estabelece aferições pelo Poder Judiciário – juridicidade – dos elementos predominantemente discricionários dos atos administrativos.

Sobremais, a nova corrente principiológica sustenta que a discricionariedade se desmembra do mérito, o que significa uma progressão teórica, que passou do controle meramente formal – princípio da legalidade – para o controle material, pelo princípio da legitimidade.

Quase duas décadas depois do estabelecimento formal do catálogo monumental de Direitos Fundamentais na Carta de 1988, essas normas ainda não lograram os

efeitos desejados na realidade do nosso País, sobretudo na área dos direitos sociais.

No âmbito dos direitos fundamentais sociais a aplicação progressiva e coerente das normas constitucionais depende, também, da evolução da ética profissional da magistratura e da redução da sua dependência em relação ao Poder Executivo.

Os graves problemas sociais de nosso País levam parte da doutrina brasileira moderna a defender teorias alternativas e inovadoras do Judiciário perante os graves problemas sociais e as falhas funcionais dos outros poderes, especialmente do Executivo, hipertrofiado no cumprimento da ordem jurídica constitucional. Os autores da nova geração são acordes em verberar que o princípio tradicional da separação de poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novos. Exigem, cada vez mais, a influência do Judiciário na implementação das políticas sociais e no controle da finalidade da prestação dos serviços básicos. Argumenta-se, ainda, que não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais brasileiros para correição das políticas públicas, como a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Estabelecidos todos esses pressupostos, convém comentar a estrutura sob a qual este trabalho se desenvolverá. No primeiro Capítulo serão abordadas a construção do conceito de discricionariedade e a relação deste com a exclusão social. No segundo Capítulo será tratada a discricionariedade e a relação que esta possui com o princípio da legalidade e todos os outros conceitos inter-relacionados, como a vinculação e o mérito do ato administrativo. No terceiro Capítulo, tratar-se-á efetivamente do objeto de estudo deste trabalho, qual seja, o controle jurisdicional dos atos administrativos sob a nova óptica principiológica e as implicações disso no ordenamento jurídico pátrio.

A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A EXCLUSÃO SOCIAL

A doutrina nacional, talvez pela ausência da regulamentação da parte geral do Direito Administrativo, vale-se de conceitos díspares no que atina à qualificação da discricionariedade administrativa. É corrente e moente defrontar-se, na literatura especializada, com as seguintes expressões: ato discricionário, competência discricionária, poder discricionário e, ultimamente, dever discricionário.

Discricionariedade, a teor de alguns juristas europeus, como é o caso de Merckl, é arbítrio. Com o efeito, no Estado Polícia era o comando administrativo do governante, estribado na autonomia da vontade.

No Estado democrático de Direito – em especial em nosso país – a estrita legalidade exigível, no desempenho da Administração Pública, poderia comprometer a atividade administrativa desde que circunscrita aos comandos unívocos estabelecidos pelo legislador. Esta é a razão maior em se juridicizar a discricionariedade. O jurista Caio Tácito, com sua aguda percepção, já se pronunciara sobre a necessidade de flexibilizar os desempenhos administrativos, porquanto[1] *"o fenômeno social não se escraviza a coletes de força ou a cintos de segurança".*

É sabido e consabido que a Administração Pública só pode agir debaixo da lei, em obediência a ela e a fim de dar satisfação a seus objetivos. Tal imposição decorre do princípio da legalidade; em doutrina atinente ao neopositivismo, do princípio da juridicidade.

O jusperito Celso Antônio Bandeira de Mello, nunca assaz de vezes citado, ensina, com sua proverbial mestria[2]:

> Discricionariedade não é um atributo de ato algum nem poder desfrutável em abstrato, pela Administração. Antes, é o resíduo de liberdade ocorrente em cada caso, deferido ao administrador como um poder e simultaneamente um dever de integrar a vontade da lei, corporificando-a nas situações específicas em que tal interferência seja requerida pela própria norma a que se dá execução. Realmente, não há ato algum que, como tal, seja discricionário. Há isto sim, por ocasião da prática de inúmeros atos, exercício obrigatório de uma opção livre a ser exercida pelo administrador... Em suma, conforme o caso, na dependência do disposto na lei e das circunstâncias objetivas de cada situação administrativa, remanescerá ao

[1] TÀCITO, **Direito Administrativo**, 1975, p. 80
[2] MELLO, **Revista de Direito Administrativo**, n. 119 p. 436 e 437.

> administrador um exame de conveniência e oportunidade a que não se pode furtar, pelo fato de a norma haver omitido a prévia definição objetiva de um modelo único de comportamento admissível in concreto**.** (grifo nosso).

Todavia, há quem tenha negado que no regime do Estado de Direito exista qualquer liberdade para a Administração e combatido as concepções do poder discricionário que levam a manter zonas de liberdade na atividade administrativa, que seriam[3] *"o irredutível bastião do absolutismo autoritário no Estado de Direito constitucional"*.

Ainda, recorrendo ao denso expressivo e altamente dosado de acurada perspicácia jurídica, encontramos na obra citada de Queiró a seguinte observação[4]:

> A noção de poder discricionário é uma "*quaestio diabolica*", e o é, também, de certo modo a noção de Estado de Direito. Não se deve estranhar que se tenha escrito quase paradoxalmente, que a discricionariedade reina por toda parte no Estado de Direito, como necessária enquadração de motivos extrajurídicos (autônomos) nas progressivas e graduais concretizações de um Direito primário e heterônomo que é como a abóbada do Edifício do Estado de Direito; e assim, a atividade administrativa não difere da atividade de grau imediatamente superior - a legislativa ordinária - senão em que os sujeitos que a realizaram são livres e necessariamente livres de juntar à lei alguma coisa de extrajurídico, um "*nouvel apport*", um "*aliquidi novi*", já que não se consegue uma rígida execução da norma heterônoma...

A sabendas, a discricionariedade é uma faixa de liberdade concedida ao agente público a fim de que este, em face da indeterminação do conceito legal, possa fazer uma escolha ótima a teor das opções subjacentes, no campo fenomênico. Essa escolha ótima será, naturalmente, aquela que melhor atenda ao interesse público.

Em suma, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello[5]:

> A providência ideal em muitas situações é objetivamente incognoscível. Poder-se-á tão somente saber que será uma que se contenha dentro de um limitado de alternativas e que se apresente como razoável no caso concreto.

Nessa linha de argumentos e escólios, é de se argüir a extrema dificuldade em estabelecer o controle eficaz dos desempenhos administrativos com o objetivo

---

[3] QUEIRÓ, **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo**. pág. 43
[4] Idem. pág. 44
[5] MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional,** 1992, p. 43.

maior de evitar privilégios a alguns em detrimento de muitos, e, tanto quanto possível, direcionar a atuação dos agentes públicos em ideal de justiça social e, sobretudo, capaz de oferecer o ideal maior de segurança jurídica, com supedâneo em todo o aparato principiológico insculpido na Lei Maior e volvido à cidadania: o direito a ter direitos.

É de refletir, com fulcro nos ensinamentos de Queiro, que a discricionariedade é um poder político – vontade livre – juridicizado e controlado por meio de diques de contenção que evitem o desvio de poder[6]:

> Ora, a verdade é que no exercício do poder discricionário e dentro da sua esfera – há não legalidade – limites legais não existem, porque discricionariedade já quer dizer: não legalidade.

O problema que remanesce é, sem dúvida, o atinente ao controle. E, no Brasil, em face da precariedade da esfera administrativa em rever as próprias decisões – autotutela – é ao Poder Judiciário (última instância) que convergem as expectativas de controle eficaz a fim de se coibirem os abusos da esfera administrativa. O ilustre jurista Sérgio Ferraz, em 29 de setembro de 1999, em Florianópolis, na conferência de abertura no XIII Congresso Brasileiro de Direito Administrativo, versou sobre o tema *"O desvio de poder e os instrumentos judiciais reparadores".* A magnífica palestra, proferida com rica linguagem e retórica ímpar, levou-me a constatar que, apesar de centenária, a teoria do desvio de poder merece novas reflexões e pesquisas, e necessita delas. O Estado democrático de Direito, hegemônico nas sedes dos povos cultos, necessita, cada vez mais, de mecanismos de controle dos desempenhos dos agentes públicos em face da complexidade da vida moderna e dos imperativos de justiça social, principalmente em países emergentes como o Brasil, cuja classe política possui forte vocação autocrática. A doutrina moderna, por meio de seus mais representativos publicistas, evidencia preocupações, prosperáveis, com o controle da ação dos agentes públicos. A preocupação é centrada na ausência de controle eficaz – que possa oferecer segurança jurídica aos direitos de cidadania. Em sua magnífica obra – reeditada após o seu passamento – meu saudoso Professor Geraldo Ataliba verbera contra o ensino jurídico do País, responsabilizado, em grande parte, pela ausência de ênfase maior ao Direito Constitucional[7]:

> (...) Salientem-se as gravíssimas deficiências do nosso ensino jurídico, onde ao lado do despreparo de pretensos "professores", se desenvolve, com a complacência das classes jurídicas, um currículo que, entre outros graves defeitos, prevê o ensino de só um ano de Direito Constitucional, ao lado de quatro de Direito Civil, três de Direito Processual, três anos de Direito Comercial, inúmeras de "práticas forense", e inutilidades enganosas...

---

[6] QUEIRÓ, op.cit. p. 63

[7] ATALIBA, **República e Constituição**, 2004, p. 15.

A ilustre autora e Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro[8], com clareza e objetividade, retrata de modo a que se não pode contraditar que:

> (...) O problema ainda se agravou no direito brasileiro pelo desprestígio do Poder Judiciário, o que se explica não só pela sua dependência, em relação ao Poder Executivo, como também, pelo despreparo dos magistrados em matéria de direito público, em especial o administrativo. Enquanto na França e em outros países de contencioso administrativo, a contribuição da jurisprudência foi decisiva para a elaboração dos princípios desse ramo do direito, no Brasil essa, contribuição é quase nula, porque há apego excessivo ao formalismo da lei, sem grande preocupação com o Direito. Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo a deter-se diante do mal definido "mérito" da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade nos limites estabelecidos em lei.

A nosso modo de ver, o problema ora colacionado ganha dimensão e extrema importância em face da grande massa de excluídos de justiça social e da não-valorização do respeito devido ao direito de cidadania, principalmente da dignidade, inalienável do ser humano.

José Eduardo Faria[9] salienta a deficiência na formação dos juizes nos cursos jurídicos no Brasil, os quais estão preocupados em apenas informar sobre o que diz a lei, o que é insuficiente para permitir a captação das razões dos conflitos e das tensões sociais. Sua conclusão é a:

> De que ao lado da crise de identidade hoje enfrentada pelo Poder Judiciário, crescentemente desafiado pela disposição dos movimentos sociais de substituir o "sujeito de direito" autônomo e atomizado pelos "sujeitos coletivos" empenhados em maximizar sua cidadania, em ampliar sua participação para fora dos mecanismos representativos tradicionais, em auto-realizar seus interesses e em construir seus próprios direitos, também, não se pode desconsiderar o problema da formação técnico-profissional e político-social dos magistrados. Por quê? Porque nos moldes atuais dessa formação nos cursos hoje existentes, encarados como um lugar para a apreensão do universo jurídico e com um *"locus*" fundamental para articulação dos mecanismos de transmissão, criação e reprodução do direito, a autoridade do professor nada mais tem representado do que mera autoridade de uma lei crescentemente posta em discussão pelas contradições sociais. De modo que, para concluir, o tom da aula magistral apenas permite aos futuros juízes adaptar-se à

[8] DI PIETRO, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, 2001, p 38.
[9] FARIA, José Eduardo. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 31, p. 137 a 166. *Apud* DI PIETRO, **A magistratura em face dos conflitos**, p. 39

> linguagem da autoridade instituída, impedindo o aluno de hoje e o intérprete de amanhã de refletir sobre a produção, função e condições sociais, econômicas, políticas e culturais de aplicação alternativa do direito positivo.

Ainda abeberando dos escólios – de maior suposição e plenamente adequáveis ao que agora se expende aqui –, a ínclita autora apresenta outro aspecto que influi decisivamente na exclusão[10]:

> Outro fator que veio dificultar o controle judicial e até mesmo a participação do Legislativo na função de Governo, concentrado no Poder Executivo, foi à formação, junto a este último, de um micropoder, constituído pela tecnoburocracia decorrente da complexidade dos problemas sociais e econômicos a cargo do Estado do Bem-Estar. Isto fez com que os grupos de pressão passassem a atuar diretamente junto aos órgãos técnicos da Administração Pública.

Citando Tércio Sampaio Ferraz, a renomada autora Di Pietro, enfatiza[11]:

> À medida que os centros decisórios do exercício da soberania são afetados pela forte presença da tecnoburocracia, esta, enquanto micropoder dentro do Poder Executivo desequilibra a função de controle exercida pelo Legislativo e pelo Judiciário nos quadros tradicionais; além disso, à medida que a forte presença do micropoder tecnoburocrático afeta as relações entre os poderes e o exercício da soberania cria condições para formas lobísticas menos transparentes, para pressões de grupos de interesses clientelísticos junto ao Executivo, assumindo este último a fachada de um ator aparentemente respaldado em uma neutralidade de presumida eficiência.

Diante do desenho ilustrado por meio das doutas opiniões aqui evidenciadas, seria de perquirir se o Estado democrático de Direito estaria superado em face dos desafios configurados na ordem social. Não se trata, porém, de questionar o modelo, mas de preconizar o acréscimo de alguns aspectos novos por conta do fenômeno da globalização, do neoliberalismo, do princípio da subsidiariedade e, ademais, da Reforma do Estado ou, mais adequadamente, da reforma administrativa.

A revista do Conselho da Justiça Federal – CEJ - nº 27 lembra que o Direito e a lei

---

[10] FARIA, José Eduardo. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 31, p. 137 a 166. *Apud* DI PIETRO, **A magistratura em face dos conflitos**, p. 39

[11] *Apud* DI PIETRO, op.cit, p. 39

só ganham real significação e poder onde encontram jurisprudência para sua realização. Trata-se da tutela judicial efetiva. Na Alemanha, o mandamento da tutela judicial efetiva está constitucionalmente consolidado no art. 19, inciso IV, da Lei Fundamental. Na condição de "direito fundamental formal", esse dispositivo constitucional atribui a todos os indivíduos o direito à proteção judicial completa contra supostas intervenções ilegais do Poder Público em seus direitos.

Nesse sentido, cita-se a observação de Bross, à guisa de considerações finais[12]:

> No Moderno Estado de Direito, a pretensão dos jurisdicionados à tutela judicial efetiva tem prioridade constitucional máxima, em virtude de sua relação direta com a dignidade humana. Somente ela tem capacidade de assegurar às pessoas, em processos judiciais (e administrativos), a condição de sujeito, de modo que não se tornem objeto da atividade do Estado. Ao mesmo tempo, não se pode ignorar que a tutela judicial efetiva possui pressupostos extrajurídicos. Se a ordem econômica não garante adequadas condições de vida e amparo a todos os membros da sociedade, então a parte desprivilegiada da sociedade fica excluída da participação eqüitativa na vida jurídica. A pretensão à tutela judicial efetiva pressupõe igualdade de oportunidades *lato sensu*, que nessa hipótese não estaria assegurada. A evolução de um ordenamento jurídico justo e de respectivo posicionamento jurídico do indivíduo ultrapassa a evolução das normas legais. Paralelamente, devem ser desenvolvidas as bases econômicas do Estado e de uma sociedade, sob a ótica da adequação, justiça e igualdade de oportunidades.

Na referida publicação, Siegfried Bross, juiz do Tribunal Constitucional Federal da República Federal da Alemanha, grafa[13]:

> (...) Cabe ao Estado também a obrigação de remover as barreiras do acesso à Justiça, originadas de uma situação econômica assimétrica, mediante, por exemplo, a disponibilização de ajuda para as custas processuais, de assistência de um advogado ou por meio da organização de centros de aconselhamento jurídico. Dessa forma, também, o princípio do Estado Social e o princípio da isonomia garantem a tutela judicial efetiva.

É de observar que nos países de primeiro mundo – neste caso relatado, a Alemanha – o moderno Direito Público instrumentalizou o Judiciário com o objetivo de preservar, sobretudo, a dignidade do cidadão em face das profundas discrepâncias na ordem social que quebram a simetria e produzem a exclusão e a

---

[12] BROSS, **Tutela Jurisdicional Efetiva no Sistema Multinível e as Prerrogativas da Administração**. p. 13

[13] BROSS, op. cit**.** p. 13

injustiça social. No Brasil, a dificuldade é extrema. É uma utopia refletir, ao menos, nesta conjuntura, de providências volvidas a valorizar o direito de cidadania e cumprir, de imediato, os princípios atinentes a ela.

Segundo apostila Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Direito brasileiro afastou-se de sua grande fonte inspiradora, o Direito Administrativo francês, que é de formação pretoriana e em que, por isso mesmo, os órgãos de jurisdição administrativa desempenham importante papel na formação do Direito.

A insigne autora diz que[14]:

> É curioso que o Brasil, em matéria de direito administrativo, tenha buscado inspiração em dois sistemas (europeu - continental e o anglo saxão) que tem em comum a importância da Jurisprudência como fonte do direito. Tanto nos Estados Unidos, como na França (jurisdição administrativa) o juiz desempenha relevante papel de órgão criador do direito; ele tem amplos poderes, ele cria o direito do caso concreto, ele confere legitimidade aos atos da Administração Pública.

É de saber – com cautelas devidas a fim de evitar desbordamentos, abusos que decorrem da ausência de uma cultura ético-jurídica, informada no dever de boa administração –, que a discricionariedade é um instrumental conscientemente criado para custodiar os interesses públicos. A discricionariedade é constituída para prover os meios adequados à consecução de uma boa e salutar gestão administrativa.

O jovem e erudito administrativista Juarez Freitas, em portentoso trabalho, exalça padrões de comportamento devidos pelos agentes públicos a fim de se coibirem os arbítrios que infelicitam os cidadãos. Acresce a tarefa que constitui desafio ao controlador, evidenciando aquilo que os publicistas observam e refletem[15]:

> (...) No mundo vivido, tem-se assistido a noção de discricionariedade servir de refúgio para devastador arbítrio, nem sempre de fácil ataque pelas vias assecuratórias atuais. Direitos fundamentais continuam sendo sufocados em nome da discrição, embora a Constituição tenha sido generosa ao estabelecer o catálogo aberto de tais direitos. O desafio do controlador, pois, consiste em dar efetividade a esses direitos fundamentais. (...) É imperativo esclarecer que, dada a subordinação dos agentes públicos à lei e ao Direito, a discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais.

Importa juntar escólios da maior suposição – em excertos – os quais, pela

[14] DI PIETRO, op cit, p 62
[15] FREITAS, **Revista Zênite, n. 35**, págs. 1.228 e 1.229.

obviedade e oportunidade, devem fazer parte integrante de nossas reflexões[16]:

> (...) Em exame de eventual vício no exercício da discricionariedade, não há lugar para eficácia mediata de direito fundamental em seu âmago. A tutela dos direitos fundamentais, portanto, deve servir para, entre outros objetivos, coibir restrições ou omissões indevidas do Poder Público. A própria idéia de ordem pública deve ser entendida à luz do princípio da moralidade e das exigências do princípio da dignidade humana. Adentrando mais especificamente na temática dos direitos fundamentais do cidadão em face da Administração, sem exacerbar o garantismo, convém ter presente, desde logo, alguns exemplares diretos: a) direito fundamental a procedimento administrativo justo, isto é, o cidadão tem direito ao *"due process of law*", em sentido formal e substancial, chave em nosso sistema. Entre outros aspectos, a fundamentalidade desse direito supõe a garantia elementar à existência mesma do processo administrativo, mesmo nos mais remotos municípios, com garantias de contraditório e da ampla defesa. O argumento de que seria impossível não merece prosperar.

> (...) Outro a merecer ênfase, mostra quadra histórica, é o direito fundamental do cidadão à lealdade da Administração Pública. Esta precisa respeitar a presunção de boa-fé. Ademais, não se pode seguir adotando manobras procrastinatórias na esfera administrativa ou jurisdicional, sendo que, neste último caso, se o fizer, estará cometendo, de maneira direta ou indireta, a referida "*contempt of court*", figura introduzida no art. 14 do CPC. Também não devem tardar as Súmulas Administrativas, as quais, sobre serem úteis à economicidade, representam preservação da lealdade e consideração à harmonia dos poderes.

Note-se que, com arrimo na principiologia prevista na Lei Maior, a doutrina avança celeremente em suas asseverações, mas a prática, infelizmente, não tem a mesma velocidade, conquanto se deva convir a necessidade imperiosa de instar em prol do panorama que se visualiza, na ordem social, impregnado de frustrações e revoltas mal contidas. É de estarrecer que, em data recente, os ministros do STF, irrogando-se em constituintes originários, tenham rompido cláusula pétrea da Constituição Federal – artigo 60, parágrafo 4º – estabelecendo contribuição dos inativos à Previdência, praticamente "relativizando o direito adquirido", cedendo à pretensão do Palácio do Planalto e deixando perplexos os publicistas com a despudorada aquiescência à pretensão dos tecnoburocratas. Logo depois, Celso Antônio Bandeira de Mello, indagado, declarou à imprensa *"que após o ocorrido era de se esperar qualquer decisão detrimentosa aos direitos subjetivos públicos".*

Vale a pena transcrever página inexcedível do saudoso Geraldo Ataliba, em sua obra majestosa "República e Constituição", autêntico libelo ao quadro institucional a

[16] IDEM.

que nos reportamos, porquanto o que ele verbera ganha contemporaneidade[17]:

> Nesse clima o direito à informação - consectário da liberdade de imprensa - perde o sentido; o controle parlamentar perde a eficácia; controle judicial amesquinha-se. Dar combate ao arbítrio, conter a força desregrada do Executivo, moderar a ação despótica da Administração (tarefa hercúlea) parece impossível e inútil. Impossível pelo vulto, complexidade e penetração do vício. Inútil porque tudo isso é mera conseqüência, simples sintoma. O grande mal, fulcro de todo esse desconcerto, está na impunidade das usurpações primeiras, na acomodação do legislativo omisso no seu dever de vigilância, e na autocastração do Judiciário, ao recusar-se a por em primeiro lugar, como de seu dever, o assegurar a supremacia da Constituição.

As graves distorções institucionais que levam a este quadro dantesco de exclusão possuem raízes históricas. O Direito aqui implantado pelos colonizadores, por meio das Ordenações do Reino – Afonsinas, Manuelinas e Filipinas –, estava comprometido com os detentores do poder, totalmente direcionado às elites e de índole discricionária e patrimonialista, com desprezo pela cultura autóctone – negra e indígena.

Da magnífica obra da jurista Vera Arruda Rozo Cury, toma-se como referencial alguns trechos elucidativos, os quais corroboram nossas digressões[18]:

> (...) O mesmo não se deu, no entanto, no que diz respeito à nossa formação jurídica, pois os indígenas, tratados como coisa/objeto, gozavam de proteção jurídica como tal, isto é, como propriedade, e os negros, que para aqui vieram na qualidade de escravos, sem nenhum direito pessoal, não lograram impor seus costumes e suas leis, sendo subjugados pelo Direito emanado da autoridade dos donatários. Esse Direito somou-se à legislação portuguesa, a qual se fez mais presente a partir dos governadores gerais com a imposição das Ordenações do Reino, aplicada em território brasileiro sem qualquer alteração, com o fito de beneficiar a coroa e manter o poder dos proprietários de terras. Tratava-se, portanto, de um Direito discricionário com relação à população nativa e comprometido com a 'elite do poder' - ordenamento formalista e dogmático - decorrente do quadro político-administrativo de Portugal, por nós incorporado gradativamente, do pluralismo político jurídico presente, tanto no aspecto da Justiça e da legalidade paralela dos indígenas, como da comunidade negra. Considere-se a estrutura político-econômica do Quilombo dos Palmares, em que os negros conseguindo a sua auto-suficiência, organizaram-se num sistema igualitário e participativo, dirimindo, no seu seio, os atritos e confrontos sociais. Da mesma maneira, nas reduções indígenas, nas quais a comunidade compartilhava os bens como um todo e os assumia solidariamente, o

[17] ATALIBA, **República e Constituição**, 2004 p. 18 e 19.
[18] CURY, **Introdução à Formação Jurídica no Brasil,** p. 124 e 125.

> Direito expressava-se como algo próprio e constituído, valendo-se de suas ideologias, apartado do direito alienígena absorvido pela legalidade nacional.

Em igual ritmo de relato e na mesma vertente, outra notícia histórica correlacionada à anterior[19]:

> (...) Constitui-se, dessa, maneira, o Direito no Brasil, na qualidade de colônia, como essencialmente particular, desvinculado da população, voltado aos interesses dos coronéis e da coroa. Esta não buscava fazer justiça na colônia, mas tão somente precaver-se de ameaças ao poder estatal e garantir o pagamento de impostos, admitindo que seus magistrados protegessem os seus próprios interesses e o dela, preterindo até mesmo os direitos do povo, privilegiando, como em Roma e em Portugal, um estado social específico, representado pelo poder elitista do patriciado e pela nobreza, partícipes da Administração burocrática do Estado patrimonial. Este Estado reflete um quadro sociopolítico de dominação, exploração e injustiça, permeado por uma cultura elitista. Esses aspectos sociopolíticos e culturais mantêm-se com a Instituição do Império em 1822, diante do confronto experimentado pelo governo ao ter que criar um Estado que abraçasse uma gama de culturas, as quais perpassavam as várias sociedades e famílias aristocráticas então existentes, nas quais estavam ainda presentes os inúmeros fragmentos do poder.

Ao grafar que a melhor proposta foi a do liberalismo, que se manifestava contra o absolutismo monárquico vigente, proferida por boa parte da burguesia em ascensão tendo em vista as necessidades do mercado e os anseios de liberdade sob os prismas ético, político, social e econômico, esse mesmo autor sublinha que o liberalismo brasileiro[20]:

> (...) no entanto, emerge com limitações e distorções, pelo pouco conhecimento da população, na sua grande maioria analfabeta e alienada, em face das dificuldades de acesso às doutrinas ideológicas estrangeiras.
>
> Pode-se afirmar que o idealismo de origem européia, com características ideológicas e revolucionárias, jamais foi abraçado pelos vários estratos nacionais, mas simplesmente adaptado para servir aos interesses dos grandes proprietários de terras e do clientismo sempre presente em terras brasileiras, dada a ausência de uma revolução burguesa, o que não permitiu o desenvolvimento do espírito ideológico-liberal como proclamado na Inglaterra, França e

[19] IDEM.
[20] IDEM.

Estados Unidos.

Tudo o que se colacionou aqui e agora é demonstrativo cabal de que desprezar modelos autóctones – transplantando puras e simples ideologias importadas, não-legitimadas em nossa realidade sociopolítica – é causa que ocorre para subverter os arquétipos abstratamente implantados em nossa ordenação jurídica, transformando-os em referenciais teóricos, ausentes a eficácia e a eficiência reclamadas, na persecução de um ideal de Justiça plena, como proposta axiológica juridicizada e plenamente confiável[21]:

> Na medida em que os efeitos nefastos da globalização econômica e do neoliberalismo, notadamente os relacionados com o aumento da opressão sócio-econômico e da exclusão social, somados ao enfraquecimento do Estado, tem gerado a diminuição da capacidade do poder público de assegurar aos particulares a efetiva fruição dos direitos fundamentais.

Além disso[22]:

> Reforçar a dominação do poder econômico sobre a massa de excluídos, verifica-se que até mesmo a noção de cidadania como 'direito a ter direitos' (Celso Lafer) encontra-se sob grave ameaça, implantando-se, em maior ou menor grau, (...) um autêntico 'fascismo societal', notadamente nos países periféricos e em desenvolvimento. Dentre as diversas formas de manifestação desta nova forma de fascismo, (...) cumpre destacar a crescente segregação social dos excluídos (fascismo do 'apartheid social') de tal sorte que a 'cartografia urbana' passa a ser caracterizada por uma divisão em 'zonas civilizadas' onde as pessoas - ainda vivem sob o signo do contrato social, com a manutenção do modelo democrático e de ordem jurídica estatal, e em 'zonas selvagens', caracterizadas por uma espécie de retorno ao Estado de natureza hobbesiana, no qual o Estado a pretexto de manutenção da ordem e proteção das 'zonas civilizadas' passa a atuar de forma predatória e opressiva, além de subverter-se virtualmente a ordem jurídica democrática, fenômeno que Boaventura Santos designou de 'fascismo paralelo'.

Registre-se, ainda, a observação de José Eduardo Faria, para quem os segmentos excluídos da população – vítimas das mais diversas formas de violência física, simbólica ou moral resultantes da opressão socioeconômica – acabam não

[21] FARIA, **Democracia e Governabilidade**, p. 127 e ss.
[22] SANTOS, **Reinventar a Democracia**, p. 23 e ss.

aparecendo como portadores de direitos subjetivos públicos e não podem, portanto, nem mesmo ser considerados verdadeiros 'sujeitos de direito', já que excluídos em maior ou menor grau do âmbito de proteção dos direitos e garantias fundamentais.

De acordo com José Eduardo Faria[23]:

> O gradativo enfraquecimento do estado nacional acarreta dentre outros aspectos, o fenômeno da "desterritorialização" da política, já que esta, com a proliferação de mecanismos de auto-regulação econômica, acaba perdendo o seu papel como instância privilegiada de decisão e deliberação, de tal sorte que "as decisões políticas tornam-se condicionadas por equilíbrios macroeconômicos que representam, mais do que um mero indicador, um verdadeiro princípio normativo responsável pela fixação de rigorosos limites às intervenções reguladoras dos Estados nacionais". Assim, percebe-se facilmente que a crise do Estado Social de Direito, é também, e de certa forma a crise do Estado Nacional, o qual, assim como a própria noção de soberania, encontra-se igualmente submetido à prova e carece de uma profunda reavaliação.

Ao ousar incursão em tema que se afigura, em tempos recentes, autêntica utopia – isto é, ao preconizar, com supedâneo na moderna doutrina do Direito Administrativo europeu, com reflexos palpáveis dentre os juspublicistas da nova geração, no Brasil; ao perpassar, através da História, notícias de ordem crítica, os quais justificam o quadro atual do estado brasileiro – encontramos os fundamentos da brutal exclusão que infelicita grande parte de nossos concidadãos, alijados de um tratamento que corresponda ao ideário principiológico plantado no artigo 3º da Constituição Federal.

Ao observar os esforços doutrinários da parte dos publicistas que propugnam pela alteração desse quadro desenhado com iniqüidades, cujos reflexos se fazem sentir, embora isolados, na Jurisprudência de nossos tribunais, sobram razões para acreditar em novos tempos, em paradigma que traz a juridicidade constitucional, conferindo eficácia plena às propostas axiológicas positivadas, as quais se espera deixarão de ser mera retórica.

O absenteísmo do Judiciário deve ser substituído pelo ativismo, tomando como fundamento a juridicidade, que deve se sobrepor à legalidade estrita divorciada de interesses que devem ser direcionados àqueles vitimados pela indiferença das políticas públicas.

É dever do Estado controlar os riscos resultantes do problema da pobreza, que não podem ser atribuídos aos próprios indivíduos, e restituir um *status* mínimo de satisfação das necessidades pessoais.

Para o autor português Ferreira da Cunha[24] :

---

[23] FARIA, **Democracia e Governabilidade**, 1996, p. 142.
[24] CUNHA, **Res-Pública** - Ensaios Constitucionais, 1996, p. 60.

> Não haverá direito à vida sem direito à vida digna. Donde se é lícito daí deduzir direitos de defesa contra o arbítrio e mesmo direitos políticos (porque sem eles, não haveria dignidade) ou ao menos se poderá reclamar a exigência de meios materiais de sobrevivência mínimos.

Bercovici[25], ao aludir ao Poder Judiciário, assim se manifesta no que atina à efetividade constitucional:

> A maioria dos integrantes do Poder Judiciário Brasileiro – especialmente do seu órgão máximo, o Supremo tribunal Federal – não atuou e não vem atuando no sentido de concretizar o texto Constitucional de 1988, antes o contrário. Talvez a única saída para o nosso impasse institucional (que não é, na opinião de Paulo Bonavides, uma 'crise da Constituição', mas uma 'crise constituinte') seja a possibilidade do surgimento de movimentos político-sociais que busquem a realização dos valores proclamados no texto constitucional, cuja efetivação pode ser a ruptura com a ordem de poder estabelecida. Apenas com a mobilização social, através da ampliação e efetivação da democracia participativa, será possível fazer com que os objetivos traçados pela Constituição de 1988 - entre eles a superação definitiva das desigualdades regionais - saiam do papel, para que possamos, com fundamento na dignidade da pessoa humana, realmente construir uma sociedade livre, justa e solidária.

A visão, pela óptica da História, demonstra, entre outras considerações, a inadequação, no Brasil, de certas normas e preceitos de Direito Público que vigoravam em Portugal e determinavam a elaboração de uma legislação especial que regulasse a organização administrativa da Colônia.

No século XVII, com as reformas pombalinas, a grande mudança em matéria legislativa foi a Lei da Boa Razão (1769), que definia regras centralizadoras e uniformes para interpretação e aplicação das leis no caso de omissão, imprecisão ou lacuna. A Lei da Boa Razão (1769) minimizava a autoridade do Direito Romano, da glosa e dos arestos, *"dando preferência e dignidade às leis pátrias e só recorrendo àquele direito subsidiariamente, se estivesse de acordo com o direito natural e as leis das Nações Cristãs iluminadas e polidas, se em boa razão fossem fundadas"*[26].

Ao digredir sobre a Lei da Boa Razão, Wolkmer diz[27]:

> Não resta dúvida de que o principal escopo desta legislação era

[25] BERCOVICI, **Constituição e Superação das Desigualdades Regionais**. p. 106 *Apud* MORAES, op. cit, p. 233
[26] VALADÃO, **História do Direito, Principalmente do Direito Brasileiro**, p. 76.
[27] WOLKMER, **História do Direito no Brasil**, p. 49.

> beneficiar e favorecer a Metrópole. A experiência político-jurídica colonial reforçou uma realidade que se repetiria constantemente na história do Brasil. A dissociação entre a elite governante e a imensa massa da população.

Acrescente-se a isso o seguinte comentário desse ilustre autor[28]:

> O governo português ultramar evidenciava pouca atenção na aplicação da legislação no interior do vasto espaço territorial, pois seu interesse maior era criar regras para assegurar o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, bem como estabelecer um ordenamento penal rigoroso para precaver-se de ameaças diretas à sua dominação.

Como assinala Robert Shirley[29]:

> Portugal não tencionava trazer justiça ao povo ou mesmo prestar os serviços mais elementares à sua colônia. Numa administração de cunho neofeudal e patrimonialista, o Direito da elite agrária não era o Direito da maior parte da população, porém existia para proteger os interesses dos fazendeiros e proprietários de terras.

Ao olvidar, por conveniência política, o Direito autóctone, o colonizador português concorreu, de forma incontroversa, para a brutal exclusão social no Brasil[30]:

> (...) cumpre ressaltar, nessa trajetória, que os traços reais de uma tradição subjacente de práticas jurídicas informais não oficiais podem ser encontradas nas remotas comunidades de índios e negros no Brasil colonial. Sob tal prisma é essencial o resgate histórico de um pluralismo jurídico comunitário, localizado e propagado através das ações legais associativas no interior dos antigos "quilombos" de negros e nas "reduções" indígenas sob orientação jesuítica, constituindo-se nas formas primárias e autênticas de um direito insurgente, eficaz, não-estatal.

Importa dizer, ainda, que o autor citado reconhece a complexidade temática e anota que fez uma "descrição crítica e uma releitura sociopolítica de determinados ângulos do processo histórico-evolutivo da cultura jurídica no Brasil, levando em

[28] IDEM.
[29] SHIRLEY, **Antropologia Jurídica**, p. 80.
[30] WOLKMER, op. cit., p. 143

conta seus grandes “ciclos” demarcadores percorridos durante a Colônia, o Império e a República”. Dá ênfase ao fato de que[31]:

> a matriz jurídica trazida e imposta às colônias da América Latina, como o Brasil, advém da implantação e adequação das fontes históricas luso-romanas bem como do processo posterior de assimilação do legado institucional regulador colonialista ibérico para uma estrutura social dependente e periférica.

Acentua ainda que[32]:

> (...) que durante o período da colonização portuguesa prevaleceu à reprodução de um aparato jurídico-repressivo patrimonialista compatível com a organização produtiva escravista, ao passo que, com a Independência do País e o rompimento com a metrópole, forjaram-se as condições para que uma elite nacional, mantendo o controle sobre a economia de exportação, incorporasse e difundisse os princípios de uma tradição jurídica, formalmente dogmático-positivista e retoricamente liberal e individualista, sem deixar de ser excludente.

O douto autor, dando continuidade à critica histórica, enfatiza[33]:

> Não resta dúvida de que o nascedouro da produção jurídica no Brasil está profundamente amarrado a um passado econômico sócio-político discriminador, marcado por uma historicidade “conciliadora” e por um nível de desenvolvimento nem sempre compatível com as necessidades e exigências do País. Certamente, é na origem mercantilista, absolutista e contra-reformista da formação social portuguesa que se podem buscar ainda que remotamente, os primeiros fatores geradores de uma tradição político-jurídica burocrática, individualista, erudita e legalista.

Ao digredir sobre o favorecimento e sobre a discriminação do Direito alienígena, o eminente autor realça[34]:

> Constatou-se, assim, que a imposição e o favorecimento dos pressupostos do Direito alienígena, além de discriminar grande parte

[31] WOLKMER, op. cit., p. 143
[32] WOLKMER, op. cit., p. 143
[33] WOLKMER, op. cit., p. 143
[34] WOLKMER, op. cit**.,** p. 144 e 145

> da própria população nativa, desconsiderava as práticas costumeiras de um Direito autóctone, largamente exercidas em incontáveis comunidades de índios e populações negras escravizadas. Naturalmente, tratava-se dos traços reais de uma tradição subjacente e marginalizada de experiências jurídicas informais, que não chegava a influenciar, tampouco foram reconhecidas e incorporadas pela legalidade oficial. Sufocaram-se assim, as tradições de um direito nacional mais autêntico, proveniente das comunidades indígenas, em função do Direito estrangeiro, trazido pelo colonizador, e que não expressava as genuínas aspirações da população nativa que aqui vivia. A especificidade do processo favoreceu a dinâmica *de um mimetismo cultural que, ao mesmo tempo em que absorveu e integralizou, acabou distorcendo as matrizes formadoras, tanto o idealismo jusnaturalista, como o formalismo positivista.*
>
> (...) Destarte, a produção jurídica brasileira esteve quase sempre associada ao resguardo e à satisfação dos intentos das minorias oligárquicas pouco democráticas, individualistas e subservientes às forças e imposições do mercado internacional. Isso permite compreender que o Direito oficial nem sempre representou o genuíno espaço de cidadania, de participação e das garantias legais para grande parte da população. A prática do Direito oficial do Estado ensejou longo processo histórico em que a sociedade brasileira viveu prematuramente a fome, a exclusão e a carência de justiça.

A ausência de legitimação do nosso arcabouço jurídico, com as tradições de um direito nacional mais autêntico, proveniente da população excluída pelo direito alienígena, comprometeu nossos foros de civilização plasmada no ideário principiológico – de origem revolucionária – na medida em que a nossa produção jurídica esteve quase sempre associada ao resguardo e à satisfação das minorias oligárquicas, pouco democráticas, elitistas e absolutamente divorciadas – acrescento – das necessidades mínimas de justiça do povo brasileiro.

A adoção de novo paradigma, como se enfatizou neste trabalho, é imperiosa para resgatar o “gigantesco arbítrio” camuflado em leis discricionárias, ausentes do que se declara textualmente na Lei Maior, a partir de seu preâmbulo, perpassando pelo artigo 1º, III - promover a dignidade da pessoa humana; artigo 3º, I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; 3º, III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A visão histórica e a remissão ao nosso passado, às nossas raízes, entremostram aquilo que se constituiu e que persiste ainda, ou seja, um Direito elitista, patrimonialista e absolutamente excludente.

Propugnamos, também, pelo retorno do Direito Administrativo às suas origens, um Direito instrumental da Administração Pública, cujo vertedouro foi o Direito Pretoriano Francês. Autores da nova geração – publicistas dotados de elevada sensibilidade social – admitem que o fato de os direitos sociais não serem fruíveis ou exeqüíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem outros direitos subjetivos.

Luis Werneck Vianna grafa que[35]:

> Ao mesmo tempo, podemos observar que a antiga resistência do Poder Judiciário a assumir o seu papel no processo de judicialização da política vem perdendo força, sendo que muitos juízes estão "abando", progressivamente, o cânon que lhe vinha de décadas de positivismo kelsiano, para finalmente assumir a sua função importante na realização da própria justiça social.

Andreas J. Krell comenta[36]:

> Temos certeza de que quase todos os doutrinadores do Direito Constitucional Alemão, se fossem inseridos na mesma situação sócio-econômica de exclusão social com a falta de condições mínimas de uma existência digna para uma boa parte do povo, passariam a exigir com veemência a interferência do Poder Judiciário, visto que este é obrigado a agir onde os outros poderes não cumprem as exigências básicas da Constituição (direito à vida, dignidade humana, Estado Social).
>
> Partes da doutrina brasileira moderna já defendem teorias alternativas e inovadoras sobre a função do Judiciário perante os graves problemas sociais e as falhas funcionais dos outros Poderes, especialmente do Executivo hipertrofiado, no cumprimento da ordem jurídica constitucional.
>
> Face aos problemas sociais candentes de um país periférico como o Brasil, o princípio tradicional da Separação de Poderes deve ser atendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes dos das nações centrais. Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do Direito brasileiro para a correição judicial das omissões dos Poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas, como a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade da prestação dos serviços básicos, com ênfase do novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade, que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo.

---

[35] VIANNA , **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil**, p. 9 a 53.
[36] KRELL, **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**, p. 109.

Por fim, resta constatar que o Judiciário brasileiro sozinho certamente não será o “salvador da pátria”, mas pode e deve, mediante decisões firmes, exercer seu papel no processo político da realização dos direitos fundamentais sociais por meio da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos.

. A DISCRICIONARIEDADE E A LEGALIDADE ADMINISTRATIVA.

2.1 O princípio constitucional da legalidade administrativa.

O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito. É aquele que o identifica e o qualifica. O Direito Administrativo nasceu com o Estado de Direito. É o resultado da submissão do Estado à lei.

Corresponde, pois, à idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei. O princípio da legalidade não compactua com exacerbações personalistas dos agentes públicos. Sua raiz encontra-se na soberania popular. Os governantes são representantes do povo. É de recordar que no Estado de Direito quer-se o governo das leis e não o dos homens.

É claro que o princípio da legalidade ajusta-se ao Direito Brasileiro e tem, em consonância, com cada país, o perfil atribuído pelo respectivo Direito Constitucional. Em nosso caso específico, o princípio da legalidade está previsto nos artigos 5º, II; 37 e 84, IV, da Constituição Federal. Estes preceptivos atribuem ao princípio da legalidade uma compostura estrita e rigorosa, o que resulta naturalmente da nossa tradição autocrática. Em remissão ao artigo 5º, II: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”; não é, pois, por força de decreto, resolução, portaria. Mas, “em virtude de lei”.

Assim, a função do ato administrativo – que é infralegal e infraconstitucional concomitantemente – só poderá explicitar a dicção legal aos casos vertentes na ordem empírica. É, pois, indubitável que Administração Pública é atividade subalterna à lei. O princípio da legalidade no Brasil significa que a Administração nada pode fazer a não ser o que a lei determina. Não há que se cogitar de regulamento autônomo, como impropriamente se propunha em alguns segmentos. Ao contrário da atividade dos particulares, os quais podem fazer tudo o que a lei não proíbe, em sede de Administração Pública só se pode fazer aquilo que a lei permite. É de adicionar, ainda, que o princípio da legalidade é resultado de duas ordens de pensamento, de duas ordens de concepções políticas, defletidas de Rousseau e Montesquieu. Dessas duas concepções políticas criou-se um modelo que é conhecido como Estado de Direito.

Segundo ensina o jusperito Celso Antonio Bandeira de Mello[37] ,

> A ordenação normativa propõe uma série de finalidades a serem alcançadas. A busca de tais finalidades tem o caráter de dever (antes do que "poder") caracterizando uma função, em sentido jurídico.

O Estado moderno europeu, difundido após o Renascimento, dividiu-se em duas etapas: a primeira, caracterizada pelo poder de polícia no contexto do qual a Administração Pública realizava suas atividades de forma incondicionada, não encontrava limitações legais. A segunda, configurada no Estado de Direito em que se difundiu o princípio da legalidade para reger as atividades administrativas, identifica-se com os princípios fundamentais como igualdade e separação de poderes.

Importa saber, pelas notícias históricas, que no Estado-Polícia a forma de governo era a da monarquia absoluta, em que os monarcas eram senhores absolutos. Prevalecia a vontade – arbítrio – sem subordinação a sistemas legais. A legislação era direcionada aos súditos, os quais deveriam acatá-la sem discrepâncias. As máximas vigentes versavam que "*the King can do not wrong"* (o Rei não pode estar errado) e que "*reges voluntas suprema lex"* (a vontade do rei é a lei soberana). O Príncipe incursionava opressivamente na vida dos súditos, o poder era concentrado e o soberano fazia e desfazia a seu talante. Os súditos não dispunham de medida jurídica alguma que pudesse coibir o arbítrio realengo.

Nessa fase do Estado Moderno, a idéia de legalidade entremostrava-se contida e impedida pelo arbítrio do monarca, o qual era até mesmo irresponsável por virtuais lesões a terceiros no desempenho de suas atividades.

O Estado Moderno nasceu sob o signo de um considerável avanço na estrutura política. O Estado de Direito é considerado por princípios – propostas axiológicas juridicizadas nascidas do caldo cultural da Revolução Francesa (liberdade, igualdade, fraternidade) e por outros valores positivados que têm matriz nas cartas políticas dos povos cultos.

O Estado de Direito nasceu sob o pálio de propostas políticas, juridicizadas, visando limitar os atos provenientes do Estado, garantir as liberdades públicas e subordinar governantes à ordenação legal. A legalidade proclamada no Estado de Direito resultou das experiências vivenciadas no Estado absolutista, cuja Administração era isenta de qualquer limitação, arbitrária e plena de privilégios a alguns em detrimento de muitos.

Carmem Lúcia Antunes Rocha ensina que[38]:

> A estruturação do Estado de Direito não é resultado de um pensamento isolado e brilhante de um estudioso, mas fruto da concepção e da evolução histórica das instituições e concepções políticas e sociais, notadamente da constatação que se foi

[37] MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p 13 e 14.
[38] ROCHA, **Princípios Constitucionais da Administração Pública**, p. 70.

> sedimentando durante os séculos de que é indispensável, ao poder estatal a imposição – de limites racionais e jurídicos, com o fim de resguardar os indivíduos em sua segurança política e jurídica.

Nada obstante, a concepção do princípio da legalidade nessa fase liberal não corresponde àquela que hoje se reconhece, pois apresentava perspectiva mais restrita ao procurar a subsunção do conceito de fato ou ato ao conceito de lei. O que se concebia como discricionariedade dizia respeito a uma parcela da atividade administrativa totalmente desvinculada do ordenamento jurídico, admitindo-se à Administração Pública livre desempenho sem nenhum controle, quer legal, quer judicial. A discricionariedade administrativa era isenta de qualquer controle judicial, porque era entendida como poder político e não como poder jurídico. No regime do Estado-Polícia existia para os governantes, no máximo grau, o poder discricionário, consoante se depreende da definição de poder discricionário de Michoud[39] e, na esteira dele, de muitos outros autores: "Há poder discricionário todas as vezes que uma autoridade age livremente, sem que a conduta a observar lhe seja ditada por uma regra de direito". Essa concepção sedimentou uma equivocada idéia de vinculação negativa da Administração, segundo a qual esta poderia fazer não só o que estivesse previsto em lei, mas também o que não estivesse nela proibido. A doutrina da vinculação negativa da Administração "justificou" ainda, no Estado Liberal, muitas arbitrariedades, pois a idéia central dessa doutrina consistia em admitir a realização incondicional de atos administrativos que não estivessem proibidos por previsão legal. Por isso, de forma equivocada não se admitia nenhuma espécie de controle da atividade discricionária pelo entendimento de aquele "não ter previsão legal", e assim possibilitava ao administrador qualquer postura e esta não podia, de nenhuma forma, ser questionada. Assim, percebe-se que a lição de Queiró continua atual[40]:

> O regime do Estado Moderno ou Estado de Direito, ao mesmo tempo em que trouxe garantias aos particulares relativamente ao agir da administração, isto é, ao mesmo tempo em que fez dos administrados titulares de direitos subjetivos, reduziu, na mesma medida, as faculdades discricionárias daquela. Onde há direito a um determinado comportamento da administração cessa para esta o poder - discricionário. Direito subjetivo e poder discricionário são conceitos antitéticos.

Às grandes inovações advindas com o Liberalismo, em meados do século XIX começaram reações contra a política absenteísta do Estado e, via de conseqüência, produzidas na economia e na sociedade em face de que não se conseguiram desenvolver as idéias de liberdade e ocorreram, assim, grandes transformações sociais que agravaram a desigualdade social.

Após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se a reação contra essas mazelas

[39] MICHOUD, Étude sur le pouvoir discricionaire de la Administration, 1913, p 13 *apud* QUEIRÒ, **A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo**, p. 2.
[40] QUEIRÓ, op. cit. p. 10.

sociais. O Estado Social é um marco que consubstancia anseios de igualdade implementada pela atividade estatal. O Poder Público não mais devia apresentar o perfil de abstenção do Liberalismo. Cobrou-se uma política social do Estado na prestação de serviços públicos. Com o Estado Social ocorreu o fortalecimento do Executivo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro verbera no que atina à abstenção do Estado[41]:

> A abstenção do Estado acabou por gerar conseqüências funestas no âmbito econômico e social; as grandes empresas vão se transformando em grandes monopólios e aniquilando as de pequeno porte; surge uma nova classe social –proletariado – em condições de miséria, doença, ignorância, que tende a acentuar-se com o não intervencionismo estatal.

Grafa Germana de Oliveira Moraes[42] que:

> A assunção pelo Estado de novos encargos passou a justificar o aumento da competência normativa e a ampliação da área de autonomia do Poder Executivo, a quem a lei conferiu, *ipso facto*, maior grau de discricionariedade ou de liberdade de atuação.

Ainda segundo a douta jurista, é pertinente a argumentação em termos contextuais[43]:

> Para o constitucionalismo brasileiro há duas concepções de Estado de Direito, uma em declínio, já ultrapassada, vinculada doutrinariamente ao princípio da legalidade, e outra, em ascensão atada ao princípio da constitucionalidade, que se deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

A douta autora diz que o controle da legalidade, a que era circunscrito o Poder Judiciário, foi acrescido pelo controle da constitucionalidade das leis e, por via oblíqua ou reflexa, da constitucionalidade dos atos administrativos. Permite-se – segundo expõe – ao Juiz, além da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei, o exame de sua compatibilidade com outros princípios constitucionais, além da legalidade. Verifica-se, destarte, a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.

Argumentando sobre as dificuldades em provar o desvio de poder e, ao mesmo tempo e no mesmo trabalho, evidenciando que o ilícito administrativo exige

---

[41] DI PIETRO, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, p. 28.
[42] MORAES, op. cit. p. 28.
[43] IDEM.

comprovação exaustiva, o douto Celso Antônio Bandeira de Mello assim expõe[44]:

> É intuitivo que sempre podem ser feitas suposições em desabono de que qualquer ato produzido por ocasião do desempenho de atividade em que haja certa margem de discricionariedade. Por isso mesmo a demonstração de desvio de poder - em tese passível de existir em toda classe de "atos ditos discricionários" - precisa estar nutrida de sólidas razões, caso contrário, erigir-se-ia um insólito princípio: a presunção de ilegalidade dos atos praticados no exercício da discricionariedade. Por conseguinte, o desvio de poder só pode ser havido como existente quando uma análise aprofundada dos fatos e das circunstâncias que o envolvem autorize margem segura de certeza quanto ao ato viciado.

Sem dúvida, o poder discricionário – poder político – entronizado no Estado democrático de Direito exige, na sua avaliação quanto a possíveis ilicitudes e cautelas, a atenção em face da presunção de legitimidade, um dos atributos de que se reveste o ato administrativo.

O Ministro Castro Nunes deixa evidente que a insindicabilidade do mérito, pelo Judiciário, resulta da atividade administrativa não-vinculada. Os critérios não-positivos resumem-se aos cânones da conveniência e oportunidade acerca da prática do ato administrativo, isto é, a exercer o controle judicial da legalidade sobre os aspectos não-vinculados do ato administrativo, distintos do mérito, ou seja, sobre a valoração administrativa que não envolve juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato.

2.2 - Vinculação e discricionariedade.

A distinção entre os atos administrativos que possui maior destaque é aquela que os separa em atos vinculados e atos discricionários. Há de se acrescer que o jusperito Celso Antônio Bandeira de Mello[45] ensina que:

> estes últimos só se nominariam adequadamente como atos praticados no exercício de competência discricionária. Adverte, porém, que a dicção "ato discricionário" só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discrição e, mesmo assim, cumpre advertir que a impropriedade da nomenclatura corrente (que leva à oposição ato discricionário/ ato vinculado) é causa de inúmeros e graves equívocos jurídicos.

[44] MELLO, **Revista de Direito Administrativo**, nº 119, p. 443.
[45] MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p 393.

Atos vinculados – segundo conceitua a doutrina – são aqueles que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, não interferem com apreciação subjetiva alguma quando a Administração os expede.

Atos discricionários são aqueles que, em face da indeterminação do conceito legal, transferem à Administração certa margem de atuação ou mesmo de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstritos à lei reguladora da expedição deles. Entretanto, não há, rigorosamente, nenhum ato totalmente vinculado ou totalmente discricionário. Existem aspectos de predominância, mais ou menos acentuados, com ênfase à parte livre ou à subordinada da manifestação administrativa. O equívoco da doutrina clássica estava em considerar o ato administrativo como unidade indivisível e, sob essa unidade, qualificá-lo em uma ou outra daquelas categorias. Se o intérprete se detiver na análise de sua criação, pode concluir facilmente que a vinculação ou a discrição se manifesta no tocante a cada um dos requisitos que ocorrem para a sua formação ou o integram, compondo uma unidade.

A Professora Germana de Oliveira Moraes, de seu turno, corrobora[46]:

> Que é incontestável a não-existência de atos totalmente vinculados e de atos plenamente discricionários, pois com a evolução dos ensinamentos e pensamentos jurídicos, com supedâneo no entendimento do Direito como um conjunto de princípios e de regras, ampliou-se a margem de vinculação dos atos discricionários. Conclui, admitindo a noção de que, diante deste novo cenário jurídico, todo ato administrativo, quer vinculado, quer discricionário, prende-se à legalidade e aos princípios jurídicos.

A atividade discricionária caracteriza-se em conceder certa autonomia ao administrador na escolha dentre várias opções permitidas pela lei e na valoração dos conceitos indeterminados, de maneira que possa melhor atender à finalidade pública. Essa margem de liberdade ou autonomia é, contudo, exercida nos lindes da esfera normativa.

O juízo discricionário do agente público resulta da norma jurídica (legalidade) e decorre da captação dos anseios da sociedade (legitimidade) a que o Estado se submete, em sua atuação, a fim de realizar o interesse público. A consecução do interesse público é um dos aspectos nodais da atividade discricionária.

Há uma diferença – nem sempre perceptível em muitos casos concretos – entre a discricionariedade e a arbitrariedade, o que pode ser objeto de avaliação da finalidade do ato. Em tal circunstância deve-se perguntar se houve atendimento aos fins coletivos ou se a decisão encontra-se camuflada em intenções alheias ao serviço público, o que caracterizaria desvio de poder.

Segundo Caio Tácito[47], o desvio de poder *"descreve graficamente o movimento*

[46] MORAES, op.cit. p. 37.
[47] TÁCITO, **Vinculação e Discricionariedade Administrativa**, p. 127.

ilícito da vontade que, descumprindo o comando imperativo da lei, se dirige a um alvo diverso daquele que lhe é destinado".

O renomado autor agrega que a noção de *détournement de pouvoir*, construída na Jurisprudência do Conselho do Estado da França, é reconhecida como vício de legalidade. O *détournement de pouvoir* se entremostra sempre que o agente administrativo, embora competente, pratica determinado ato mediante o uso dos seus poderes legais para fins diversos do qual lhe foram atribuídos.

Ainda nos escólios do ilustre jurista Caio Tácito, aprende-se que:

> o desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência além de suas fronteiras interiores. Por certo, o diagnóstico do fim legal da competência é matéria delicada e cautelosa. A finalidade será, conforme o caso, mais ou menos genérica e a presunção se estabelece em favor da regularidade da ação administrativa do Estado. Não se pode, contudo, admitir, em nenhuma hipótese, a inexistência de um fim específico, que transforme a competência em um cheque em branco, sem destinação própria.

O controle jurisdicional da Administração Pública, conforme doutrina dominante, limita-se à verificação da estrita legalidade do desempenho administrativo, vedando-se incursões ao núcleo da discricionariedade ou do denominado mérito administrativo – razões de conveniência e oportunidade. Assim, segundo postura ainda hoje arraigada, o Poder Judiciário não pode invadir esfera da Administração Pública restrita a ela. Nesse sentido, a apreciação da decisão pela prática de determinado ato administrativo fica afastada do controle jurisdicional. Ao juiz é vedado invadir campo privativo à Administração no intento de examinar possíveis vícios do mérito do ato administrativo.

Essa redefinição experimentada pela discricionariedade – obrigatoriamente modelada pela adoção e supremacia do Direito por princípios, em uma fase pós-positivista, quando se superou a dialética da antítese entre o positivismo e o jusnaturalismo e se sedimentou a diferenciação da essência das normas jurídicas daquelas que são princípios – passa a ser concebida nos seguintes termos[48]:

> Discricionariedade administrativa é a parcela de poder legítimo conferida à Administração Pública, através de norma jurídica atribuindo àquela o dever de proceder com a ponderação devida dos interesses atingidos, e o respeito aos princípios constitucionais e gerais de Direito, bem como a avaliação da conveniência e da oportunidade, a escolha da conduta que, diante do caso vertente, melhor concretiza o interesse público.

A jurisprudência predominante não destoa do alinhamento adotado *longi tempore*

[48] GUERRA FILHO. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**, p 51.

sob influência marcante das decisões pretorianas francesas, corroborando o entendimento de que o mérito administrativo é parcela de livre apreciação subjetiva da Administração Pública, limitado o exame jurisdicional da sua razoabilidade, proporcionalidade, adequação e Justiça.

2.3 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Da obra do renomado publicista argentino Agostin Gordillo extrai-se a lição de que[49]:

> As palavras não são mais que rótulos das coisas para se falar delas e as palavras não têm mais relação com as coisas, como a que têm os rótulos das garrafas com as mesmas garrafas. Qualquer rótulo é conveniente, na medida em que nos colocamos de acordo do uso de maneira conseqüente. A garrafa conterá exatamente a mesma substância embora, assim como a coisa seria a mesma embora usemos uma palavra diferente para designá-la. A linguagem não seria utilizável se não houvesse alguns acordos convencionais sobre quais rótulos colocar nas coisas: há por isso, um uso comum ou convencional das palavras. Mas esse uso comum pouco serve na linguagem – científica, pois, geralmente carece de suficiente precisão, estando afetada de "vaguedad" e ambigüidade, isto é, freqüentemente uma mesma palavra pode ser utilizada em uma grande diversidade de sentidos e quem a emprega nem sempre está consciente de qual é o sentido em que a utiliza no momento... O uso comum não só se emprega na linguagem ordinária, mas também na chamada linguagem técnica ou científica.

A textura aberta da linguagem jurídica é conseqüência do fato de decorrer ou socorrer-se da linguagem natural, que representa o campo no qual os fenômenos se manifestam. Assim, não há uma cunhagem de palavras no âmbito do Direito para expressar determinados significados, o que muito se constata em outras ciências. Mesmo diante do problema da imprecisão dos conceitos jurídicos, é dever do aplicador do Direito conferir significado exato a tais termos, visto que a própria lei assim determina.

Já Afonso Rodrigues Queiró grafa que[50]:

> Existe um limite além do qual nunca terceiros podem verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida. Pode dar-se que terceiros sejam de outra opinião, mas não podem pretender que só eles estejam na verdade, e que os outros tenham uma opinião falsa.

[49] GORDILLO, **Tratado de Derecho Administrativo**, p.100.
[50] QUEIRÓ, op.cit. p. 31.

Em conseqüência à afirmativa da mais alta suposição, o tema dos conceitos legais fluídos é pertinente ao da discricionariedade.

A expressão “conceito jurídico indeterminado” – que, embora bastante criticável, ficou consagrada na doutrina de vários países, como Alemanha, Itália, Portugal, Espanha e, mais recentemente, Brasil – é empregada para designar vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, mas que não são encontrados com grande freqüência nas normas jurídicas dos vários ramos do Direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, normalidade, razoabilidade e muitos outros. No Direito Administrativo, o tema ganhou especial relevo porque relacionado com a matéria concernente à discricionariedade administrativa.

Resulta, também, do conceito jurídico indeterminado outra característica, que é a sua mutabilidade, ou seja, sua possibilidade de variar no tempo e no espaço. Basta considerar a expressão “interesse público”, que corresponde a um dos princípios fundamentais do Direito administrativo, para entender a importância do tema nesse ramo do Direito, que é o dos que maior flexibilidade exige pelo próprio fato de a função administrativa estar voltada para a consecução das necessidades coletivas, sempre variáveis. O mesmo objetivo que constitui, em dado momento, a preocupação central do poder público, pode, tempos depois, ser superado por outro cujo atendimento venha apresentar maior grau de premência.

Celso Antônio Bandeira de Mello comenta, com a acuidade jurídica de sempre[51]:

> A moderna doutrina alemã, conforme refere Eduardo Garcia de Enterria, sustenta que os conceitos indeterminados ou fluidos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não porém diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação. À vista das situações do mundo real ganhariam consistência e univocidade, de tal sorte que, perante os casos concretos, sempre se poderia reconhecer se uma dada situação é ou não “urgente”; se o interesse posto em causa é ou não “relevante”, se existe ou não perigo “grave” e assim por diante. Pretendem que a questão suscitada por tais conceitos é meramente uma questão de “interpretação” definível como qualquer outra, pelo Poder Judiciário e não uma questão de discricionariedade, a qual supõe certa margem de liberdade decisória para o administrador.

A concepção dos conceitos jurídicos, como de resto a compreensão de todo e qualquer objeto, envolve um problema de linguagem.

No Direito, parece ser mais evidente do que na compreensão dos fenômenos quotidianos que seus limites são traçados pela linguagem ou, em outros termos, pela leitura dada pelo intérprete e aplicador da norma jurídica no momento de sua concretização acerca dos fatos e processos sociais e dos valores aceitos em determinado tempo e em determinado lugar.

[51] MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p. 22.

As características de imprecisão e de contextualidade do significado das palavras presentes na linguagem jurídica geram dificuldades no processo de interpretação e de aplicação dessas normas.

O estudo dos conceitos indeterminados tende a concentrar-se na imprecisão conceitual lingüística, com desprezo das características da contextualidade da linguagem que se projetam na linguagem jurídica. Essa característica de contextualidade da linguagem encontra-se subjacente à doutrina de Walter Schimidt[52], segundo a qual *"há diferenciação entre a indeterminação dos conceitos resultantes da incerteza condicionada pela imprecisão da linguagem e a resultante de avaliação da situação concreta".*

Seja a indeterminação conceitual derivada da imprecisão, seja da contextualidade da linguagem, em qualquer das duas hipóteses cabe ao intérprete e aplicador do Direito enunciar sempre o significado exato das palavras e expressões em cada caso concreto, daí a importância da distinção, por um lado, entre conceitos empírico-descritivos e normativos, e dentre estes, do destaque para os conceitos de valor e, por outro lado, da identificação, entre conceitos indeterminados, dos conceitos de prognose, para finalmente apontar os conceitos vinculados e os não-vinculados.

Segundo Garcia de Enterria e Tomás-Ramon Real Fernandes [53], os conceitos determinados *"delimitam o âmbito da realidade a que se referem de maneira precisa e inequívoca"*, enquanto nos indeterminados "*a lei se refere a uma esfera de realidade cujos limites não aparecem bem precisos em seu enunciado*".

Na literatura jusadministrativista alemã divulgou-se essa idéia, seguida da imagem de que o conceito apresentaria uma zona de certeza positiva (o que é certo que é), dentro da qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra negativa (o que é certo que não é), em que inexiste dúvida acerca de sua não-utilização. No entanto, há zona intermediária, de penumbra – uma zona de dúvidas e incertezas sobre a abrangência de situações sob aquele signo.

Assim, o conceito indeterminado pode abrigar uma série de situações hipotéticas. É possível identificar, nas situações concretas, os fatos que com certeza se enquadram no conceito. Também é possível identificar as situações concretas que induvidosamente não se amoldam ao enunciado. Entretanto, remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza sobre o ajuste à hipótese abstrata.

O Professor Celso Antônio Bandeira de Mello[54], comentando este aspecto versado, faz judiciosas considerações ao argüir que:

> (...) Induvidosamente, havendo litígio à correta subsunção do caso concreto a um suposto legal descrito mediante conceito indeterminado, caberá ao Judiciário conferir se a Administração, ao aplicar a regra, se manteve no campo significativo de sua aplicação ou se o desconheceu. Verificado, entretanto, que a Administração se firmou em uma intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto - ainda que outra também

[52] *Apud* MORAES, op. cit. p. 128 – 135.
[53] ENTERRIA, e FERNANDEZ, **Curso de Derecho Administrativo**, p. 46.
[54] MELLO, op cit p. 24

> pudesse sê-lo – desassistirá ao Judiciário assumir est'outra, substituindo o juízo administrativo pelo seu próprio. É que aí haveria um contraste de intelecções, igualmente possíveis. Ora, se a intelecção administrativa não contrariava o direito – faleceria título jurídico ao órgão controlador de legitimidade para rever o ato.

Os conceitos de valor são aqueles cujo processo de definição de conteúdo e de alcance exigem valorização. A definição do conteúdo e do alcance dos conceitos de valor faz-se por referência ao mundo das normas, que podem ser jurídicas (*"funcionário público"*, *"roubo"*), éticas, (*"dignidade")* ou sociais ("*bons costumes").*

Diferentemente, o conceito de experiência, descritivo ou empírico, refere-se aos dados da experiência sensitiva. Os conceitos de experiência são na maioria das vezes determinados, enquanto os conceitos de valor, freqüentemente indeterminados. Todavia, entre os conceitos de experiência podem existir conceitos indeterminados, como, por exemplo, *"doença incurável"*, *"bem inservível", "projeto antieconômico", "produto poluente".*

O jusperito Celso Antônio Bandeira de Mello[55], ao aludir em sua obra à delimitação da fluidez dos conceitos imprecisos, com a alta proficiência constatável em suas asseverações pondera:

> A palavra é um signo, e um signo supõe um significado. Se não houvesse significado algum recognoscível, não haveria palavra, haveria um ruído. Logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que mesmo que vagos, fluídos ou imprecisos, os conceitos utilizados no pressuposto da norma (na situação fática por ela descrita, isto é, no "motivo legal") ou na finalidade, têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma zona de certeza positiva, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma zona de certeza negativa em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só tem cabida no intervalo entre ambas. Isto significa que em inúmeros casos será induvidoso que uma situação é, *exempli gratia*, urgente, ou que seguramente não o é; que há um interesse público relevante ou que certamente na há; que dado cidadão tem reputação ilibada ou não a tem; que possui ou não notável saber; que determinado evento põe em risco a segurança pública, a moralidade pública, a tranqüilidade pública ou, pelo contrário que não as molesta. *É indubitável que os seres humanos podem acordar, em tempo e local certos, a respeito do conteúdo mínimo, da significação mínima daqueles conceitos. Logo, jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota a palavra, o conceito.*

Ademais de se considerarem os aspectos aqui colacionados, é preciso admitir, sem

[55] MELLO, op. cit. p. 29 e 30.

rebuços, as judiciosas palavras de Queiró, segundo as quais *"o conceito tem limites".* Ora, se não os tivesse não seria um conceito, que por definição é noção finita por corresponder a uma operação mental que isola um objeto de pensamento. Todas as palavras têm um conteúdo mínimo, sem o que a comunicação humana seria impossível.

2.4 Desvio de poder no ato administrativo

A anulação dos atos administrativos por desvio de poder é uma criação original do Conselho de Estado da França. As decisões desse órgão de jurisdição administrativa acrescentaram, ao recurso por excesso de poder, a moralidade, de elaboração puramente jurisprudencial, que consagrou como condição de legalidade o respeito ao fim legal da competência.

O *détournement de pouvoir* se identifica sempre que o agente administrativo, embora competente, pratica determinado ato mediante o uso de seus poderes legais para fim diverso daquele em virtude do qual foram concedidos.

Segundo Caio Tácito, a teoria de desvio de poder teve o mérito de focalizar a noção do interesse público como centro da legalidade do ato administrativo. O desvio de poder é, por definição, um limite à ação discricionária, um freio ao transbordamento da competência além de suas fronteiras interiores. A jurisprudência francesa repele, sistematicamente e com toda energia, quaisquer manifestações administrativas que se contaminem dessa irregularidade.

O desvio de poder, isto é, a aplicação da teoria do desvio de poder na anulação dos atos administrativos, oferece poucos exemplos concretos nos tribunais brasileiros. A mais expressiva manifestação jurisprudencial, porque lastreada de substâncias doutrinária e adequação da hipótese, é o Acórdão de 28 de julho de 1948, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na apelação cível nº 1.422, que se fundou em erudito voto do desembargador Seabra Fagundes.

Trata-se de mandado de segurança sobre o exercício do poder de polícia do trânsito por parte da autoridade estadual competente, que fixou horário para tráfego de determinada companhia de ônibus visando prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. Decidiu, unanimemente, o Tribunal potiguar que o ato da Inspetoria Estadual de Trânsito não atendia ao interesse público previsto na lei, ou seja, ao bom funcionamento do serviço de transporte, mas visava a outro fim, estranho ao conteúdo de sua competência. É de sinalizar a analogia entre a espécie e o caso Lesbats, no qual se iniciou a criação do *détournement de pouvoir* na Jurisprudência do Conselho de Estado da França. Este acórdão, que mereceu comentário de Vitor Nunes Leal, é o *leading case* da jurisprudência brasileira na matéria.

Na atual conjuntura, a doutrina jusadministrativista brasileira revela tendência para o ativismo judicial ao procurar apresentar argumentos de ordem teórica para ampliar a latitude do controle jurisdicional do ato administrativo. A doutrina brasileira caminha na direção de fornecer subsídios à ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade. Mas, em contrapartida, os tribunais brasileiros têm assumido

atitude de autocontenção em relação controle do mérito do ato administrativo. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior e posterior à Constituição de 1988, sempre se orientou precisamente para a insindicabilidade do mérito do ato administrativo. Antes da Constituição de 1988, era afirmação corrente do Pretório Excelso que, *"sendo legal o ato, não há como interferir o Judiciário no mérito do mesmo".* O Supremo Tribunal de Justiça cristalizou igual diretriz jurisprudencial ao decidir que[56]:

> É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação de poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado.

Segundo o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, o vício do desvio de poder apresenta-se sob dupla modalidade[57]:

> O agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público. Neste caso atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente. Em outra modalidade, manejando também uma competência que em abstrato possui busca atender uma finalidade pública que, entretanto não é aquela própria, específica da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atendimento da finalidade almejada.

Na segunda hipótese é possível que não tenha havido má-fé, mas haverá do mesmo modo desvio de poder.

Em face disso, merece menção o insigne jurista Caio Tácito, o qual deixa evidente, em sua obra, que[58]

> O administrador não gere interesses próprios ou particulares; ele é o titular de atribuição que lhe permitem cuidar de interesses coletivos e sua conduta é determinada por antecedentes objetivos que a inspiram e condicionam. A autoridade competente não atua no vácuo; ela age em função de aspectos de fato ou de direito que determinam suas deliberações. Não basta, porém, que a autoridade seja competente, o objeto lícito e os motivos adequados. A regra de competência não é um cheque em branco concedido ao

[56] ROCHA, **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança** nº 12.88/ 91.
[57] MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p. 59.
[58] TÁCITO, op cit p. 119.

> administrador. A administração serve, necessariamente, a interesses públicos caracterizados. Não lícito é à autoridade valer-se de suas atribuições para satisfazer a interesses pessoais, sectários ou político-partidários, ou mesmo a outro interesse público estranho à sua competência. A norma de direito atende a fins específicos que estão expressos ou implícitos em seu enunciado. (grifo do autor).

A prova do desvio de poder requer como medida precedente a identificação da má intenção do agente, cuja essência é o dolo. Todavia, o agente vale-se de cuidados e subterfúgios a fim de dificultar ou evitar que os fins objetivados no exercício do poder discricionário não foram aqueles fixados em lei. Em face disso,. Celso Antônio Bandeira de Mello[59]:

> Alerta para o fato que o Poder Judiciário deve atentar ao máximo em tais situações. A profunda etiologia do ato também é lembrada. Ainda segundo ele, a fuga aos rigorismos, que dificultam a demonstração do desvio de poder, tem crucial importância. A exigência probatória levada a extremos poderá inviabilizar o controle das condutas viciadas.

Agustin Gordillo grafa que[*60*]:

> O desvio de poder deixa rastros, que são demonstráveis por prova documental, testemunhal ou indiciária. Acresce, que uma confissão, uma declaração à imprensa, excesso de motivação, enfim, qualquer outra prova direta ou indireta contribuem para o deslinde do embuste.

Ainda recorrendo aos escólios de Celso Antônio Bandeira de Mello[61]:

> Para se identificar o desvio de poder concorrem fatores como a irrazoabilidade da medida, sua conduta discrepante com a habitualidade da administração em casos iguais, a desproporcionalidade entre o conteúdo do ato e os aspectos em que se embasou a incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas firmadas na justificativa e a conclusão que delas foi sacada, assim como antecedentes do ato reveladores de animosidade, indisposição política ou, pelo contrário, de intuito de favoritismo. Até mesmo a conduta pregressa do agente, reveladora de temperamento descomedido, vindicativo... Pode acudir para compor um quadro que, em sua globalidade, autorize a reconhecer desvio de poder...

[59] MELLO, op. cit. p. 78.
[60] GORDILLO, op. cit, p. 25.
[61] MELLO, **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p. 80.

Aduz o ilustre jurista[62]:

> Em síntese: para detectar o desvio de poder estranho a qualquer interesse público, cumpre analisar todo o conjunto de circunstância que envolve o ato, verificando-se, assim, se a discricionariedade alegável foi bem usada ou se corresponde apenas a um pretexto para violar o fim legal e saciar objetivos pessoais.

O preclaro jurista alerta que todas as medidas adotadas para sindicar o ato editado devem-se circunscrever ao conjunto das circunstâncias que lastrearam a decisão. A análise deve ser prudente na exata razão que envolve a verificação que oscila entre a legalidade e eventual ilicitude, que consubstancia vício no que atina, também, à moralidade administrativa.

2.5 - Discricionariedade e mérito.

O mérito do ato administrativo é a faixa de atuação necessária à avaliação, pelo administrador, no caso concreto, no que atina ao que é mais conveniente e oportuno para prover o interesse público, ou seja, é a valorização do fato pela autoridade administrativa, a teor da dicção da lei.

Em geral o mérito está relacionado com o poder discricionário. Em outras palavras, sempre que a Administração possa apreciar e valorar, subjetivamente, o interesse público há poder discricionário, incontrolável pelo Poder Judiciário, correspondente à zona do mérito.

O mérito do ato administrativo em face da influência da doutrina italiana é relacionado com as regras de boa administração. Dessa forma, Seabra Fagundes, em seu trabalho sobre o "conceito de mérito administrativo", relaciona[63]:

> Mérito com a discricionariedade e afasta a possibilidade de seu controle judicial. O mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo. Compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade de cada procedimento administrativo.

---

[62] IDEM.

[63] SEABRA FAGUNDES, **Conceito de Mérito Administrativo** - RDA 23/1. p 16.

Segundo José Cretela Júnior[64] :

> É o mérito elemento integrante da configuração do ato administrativo, embora não se situe no mesmo plano dos elementos essenciais. Relacionando-se com o motivo e o objeto, existe o mérito, tanto no ato discricionário como no ato vinculado. No ato discricionário, em que a competência é livre, o administrador valora a decisão a tomar, orientando-se pelo critério da oportunidade e da conveniência... No caso do ato vinculado, o autor entende que existe uma parcela de merecimento, se bem que "*in potentia*", não utilizável pela autoridade, por ser absorvida pelos demais fatores determinantes da edição do ato.

O saudoso Professor Hely Lopes Meirelles[65] segue as traças de Seabra Fagundes ao dizer que:

> O mérito do ato administrativo se consubstancia, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

Carlos Roberto Siqueira Castro[66] evidencia:

> Que vigora no Brasil uma perigosa indisposição, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, para o controle meritório dos atos administrativos discricionários, de que o ato legislativo é o exemplo mais expressivo. Salienta, que constitui uma autêntica e infeliz tradição de nossa doutrina e jurisprudência, escudada, inclusive, em mal inspirados textos legais, conforme dá notícia a Lei nº 221, de 1894, cujo artigo 13, parágrafo 9º, letra "a", assim dispunha em nossa República recém - instaurada: ' consideram-se ilegais os atos ou decisões administrativas em razão da não aplicação do direito vigente. A autoridade judiciária fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento dos atos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniência ou oportunidade'. E, na letra "b", a seguir, estatuía o mesmo diploma: a medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionário somente será havida por ilegal em razão da incompetência da autoridade respectiva ou de excesso de poder.

---

[64] CRETELA JÚNIOR, **Do ato administrativo**, p. 77 e 78.
[65] MEIRELLES, **Direito Administrativo Brasileiro**, p. 131 e 132.
[66] CASTRO, **O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil**, 1989, p. 186, *apud,* DI PIETRO, op. cit, p. 350.

Na seqüência, considera esse autor:

> Essa excessiva deferência de nossa ordem jurídica às competências discricionárias do Poder Público, notadamente no campo do poder de polícia, bem revela a idolatria do Estado no Brasil e sua função autoritária, em cujo âmago descansa a proeminência e a incontrastabilidade dos agentes governamentais em face do cidadão comum. E acrescenta, depois, que no torvelinho desse autoritarismo jurídico, a Constituição e o remanescente das liberdades públicas nela consignadas, a despeito de toda sorte de atos institucionais e complementares que mutilam a ambas, acabaram tragadas pelo poder discricionário das autoridades executivas... E acentua que as tênues fronteiras entre a discricionariedade e a arbitrariedade esmaeceram, deixando os indivíduos e a coletividade num persistente estado de orfandade no que concerne à tutela dos direitos públicos subjetivos.

Germana de Oliveira Moraes[67], sobre o mérito do ato administrativo, apostila que:

> Por força da influência da doutrina italiana, com as regras de boa administração e apresenta-se como a 'valoração do fato', resumida no binômio oportunidade-conveniência', isto é, como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, traduzível em juízos de valor de oportunidade de conveniência, que compreendem os aspectos nem sempre de fácil percepção atinentes, ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade, etc. de cada procedimento administrativo.

A seguir um conceito inovador que a douta autora traz à colação[68]:

> O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário.

Como escreve João Campers[69]:

> Aquilo que é, em princípio, insuscetível de controle jurisdicional não é discricionariedade, mas sim o mérito da decisão administrativa, no

[67] MORAES, op cit. p 48 e 49.
[68] IDEM.
[69] CAMPERS apud OLIVEIRA, op cit. p 48 e 49.

> qual a Administração Pública está condicionada por um dever geral de boa administração, definido, por um critério residual, como aquilo que resta depois de se ter submetido à atuação administrativa, a todos os juízos de legalidade possíveis.Tradicionalmente, o controle dos atos administrativos biparte-se em pólos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e de mérito, excluindo-se da apreciação do Juiz o reexame do mérito do ato administrativo, reservado, de modo geral, à própria Administração.

A douta autora Germana de Oliveira Moraes, na esteira de suas reflexões, evidencia que hoje em dia não mais faz sentido a antítese no que atina a controle de legalidade e de mérito, pois o Direito fornece outros parâmetros, além da legalidade estrita, de aferição da correção do ato administrativo, a saber, aqueles extraíveis dos princípios, o que reduziu a esfera do mérito, sem no momento eliminá-lo, porque as considerações de ordem extra jurídica permanecem imunes à revisão judicial. Sobremais, acentua[70]:

> É indubitável a possibilidade do controle judicial, isto é, pelo menos a do controle negativo é pacífica, dos aspectos predominantemente discricionários - da valoração dos motivos e da definição - mediante escolha ou colmatação, de seu conteúdo, mas o juiz não pode imiscuir-se no mérito do ato administrativo. Há de falar-se, atualmente, em oposição ao controle de mérito, em controle de juridicidade *stricto sensu*. O controle jurisdicional da juridicidade dos atos administrativos abrange, assim, o exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei (controle da legalidade) e da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios (controle de juridicidade *stricto sensu*).

O controle da legalidade compreende a verificação da correspondência entre os elementos “competência”, “finalidade” e “forma” do ato administrativo e a moldura previamente fixada na norma. O controle de juridicidade em sentido estrito, que começa quando cessa o controle de legalidade, consiste no exame da compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como, por exemplo, com o princípio da proporcionalidade.

A intangibilidade do mérito pelo Poder Judiciário, no Brasil, assenta-se no princípio da separação de poderes, com independência de cada um deles para atuar de forma livre, com autonomia na sua esfera de competência, sendo a grande característica ou resultado da ação discricionária do administrador a impossibilidade de, perante a margem de liberdade de decisão conferida pela lei entre duas ou mais soluções possíveis pertinentes à finalidade pública, indicar objetivamente qual delas seria considerada a solução ótima ou qual atenderia melhor à finalidade da norma.

Essa visão do mérito no “sentido político do ato administrativo” é reflexo do

[70] MORAES, op cit. p 48.

pensamento de Seabra Fagundes quando este observou que, se o juiz penetrasse no conhecimento do mérito, extravasaria o campo de apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade) que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno de gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos.

Consoante se depreende das lições do jusperito Celso Antônio Bandeira de Mello[71], a discricionariedade administrativa:

> É a margem de liberdade, que remanesce 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 ao mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Importante atentar que, nesse conceito, quando ele se reporta à expressão *"margem da liberdade"*, conferida pela norma atributiva de discricionariedade para *"eleger um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante o caso concreto",* não é coincidente com a faixa de liberdade da qual efetivamente pode dispor o administrador em cada situação específica*.* É o que se pode deduzir da locução *"a margem de liberdade que remanesce...".* É de verificar que o ilustre jurista faz distinção entre discrição na norma e discrição no caso concreto. Segundo sua concepção teórica, *"a admissão de discricionariedade no plano da norma é condição necessária, mas não suficiente, para que ocorra* in concreto*".*

Ainda na trilha de seu brilhante raciocínio jurídico, em certos casos, embora existente a discricionariedade *in potentia*, isto é, em nível da norma, ela pode deixar de prevalecer ante as peculiaridades de alguma situação concreta, ou seja, não, há, de fato, discricionariedade *in actu*.

Sua reflexão é adequável às teorias que reconhecem a eliminação da discricionariedade ou a redução da discricionariedade a zero.

A redução da discricionariedade a zero verifica-se quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível.

A possibilidade de escolha se elimina quando não há entre os aspectos senão uma única decisão que não apresenta nenhum vício de discricionariedade, enquanto todas as demais possibilidades de decisão estariam viciadas. A autoridade administrativa será então obrigada a tomar a decisão que resta. Ocorre, então, a hipótese da redução da discricionariedade a zero, também denominada de atrofia do poder discricionário.

Há novo dimensionamento doutrinário que propugna por acendradas alterações no plano teórico-conceptual do Direito. Preconiza-se, a teor do neopositivismo, a construção do Direito por princípios, abandonando-se, pelo menos parcialmente, o

[71] MELLO. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**, p 241.

Direito *"por regras".*

Pretende-se a prevalência do Direito por princípios (os valores) sobre as regras (as leis).

Nada obstante, é preciso considerar que nenhum processo de transformações não ocorre facilmente e, como não se pode deixar de levar em conta, toda mudança provoca reações.

Na obra de Germana de Oliveira Moraes[72], a clara explicação do novo paradigma:

> Antevê-se, à conta de perda da hegemonia da lei, a aproximação entre os sistemas romano-germânico e anglo-saxônico.
>
> (...) Sob a égide do Direito "por princípios" não há lugar para o Juiz autômato, mero aplicador das regras judiciais através do método subsuntivo, já superado.
>
> (...) No Brasil, conforme registra Carlos Alberto Menezes Direito "o avanço da jurisdição constitucional é um fato irreversível". A tendência do Direito constitucional brasileiro de reforçar a jurisdição constitucional é benfazeja para todos que queiram preservar a dignidade da natureza da pessoa humana.
>
> (...) Observa com muita lucidez o Professor Juarez Freitas que todo juiz, no sistema brasileiro, é, de certo modo, juiz constitucional.
>
> (...) Exige-se um juiz a um só tempo racional e em sintonia com os valores da sociedade, obsequioso com as normas, porém também criativo e atento e sensível à dinâmica dos fatos sociais.

Na seqüência, a insigne autora alude à compreensão do Direito por princípios e explicita[73] que:

> Atualmente, não se questiona a idéia de que o ordenamento jurídico está formado tanto por regras (ou normas em sentido estrito), como por princípios gerais. A segunda metade deste século findante com a superação da dicotomia jusnaturalismo versus positivismo, é marcada justamente pela normatividade e positivação dos princípios gerais do Direito.

[72] MORAES, op cit, p 185.
[73] MOARES, op cit p. 197.

> (...) Para amoldar-se às imposições de necessidade de contenção do Poder Legislativo e suprir as deficiências na regulação do Poder Executivo, o princípio da legalidade assume novos conteúdos: o da legalidade constitucional, ao ordenar e regular o Poder Legislativo, e de juridicidade, ao ordenar e regular o Poder Executivo.
>
> (...) Aduz-se ao controle da legalidade dos atos administrativos, a que antes era circunscrito o Poder Judiciário, o controle da constitucionalidade das leis e, por via oblíqua ou reflexa, da constitucionalidade daqueles. Permite-se ao juiz, ademais, para além da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei, o exame de sua compatibilidade com outros princípios constitucionais distintos da legalidade.
>
> (...) A moderna compreensão filosófica do Direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios, com a conseqüente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por uma redefinição da discricionariedade, e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública.

A postura doutrinária e jurisprudencial – no Brasil – reveste-se ainda de adscrição à insindicabilidade do mérito administrativo, embora juristas de nova geração – como aqueles citados – façam reflexões do mais alto teor jurídico ao propugnarem pela imperiosa necessidade de controle mais eficaz dos atos administrativos. Levam eles em conta as necessidades civis da preservação de direitos subjetivos, do respeito à dignidade e da maior independência do Judiciário. Postulam, ainda, a justiciabilidade, a tutela judicial efetiva, o ativismo judicial e maior cultura em Direito Público, reconhecendo que deve haver, sobretudo, interpretação contextualizada – juridicidade – deixando-se a legalidade estrita, em exegese principiológica, com fulcro nas propostas axiológicas positivadas.

Não mais se pode negar a justiciabilidade do mérito do ato administrativo sob o fundamento de que as questões referentes a seu mérito não podem ser revistas pelo Poder Judiciário, pois estaria o juiz atuando como administrador, em afronta ao princípio da separação dos poderes.

Em determinadas situações, nem a Administração Pública nem o Poder Judiciário podem seguramente dizer qual a medida mais adequada, já que, pelas peculiaridades do fato concreto, pela indeterminação do mandamento normativo e pela subjetividade da apreciação, não há como pretender homogeneidade decisória. Nesses casos, não há como o juiz invalidar a medida escolhida pelo administrador sob o fundamento de que, ao seu juízo, outra medida seria mais razoável. Nesse aspecto reside o mérito administrativo insindicável pelo Judiciário. Nesse sentido, Castro Nunes[74] considera que:

[74] NUNES, **Embargos na Apelação Cível nº 7.307**, p. 80.

> A apreciação do mérito interdita ao Judiciário é a que se relaciona com a conveniência ou oportunidade da medida, não o merecimento por outros aspectos, que possam configurar uma aplicação falsa, viciosa ou errônea da lei ou regulamento, hipóteses que se enquadram, de modo geral, na ilegalidade por indevida aplicação do Direito vigente.

Ou seja, o insigne autor defende a idéia de que a faixa meritória insindicável pelo Poder Judiciário é, exclusivamente, o cerne da valoração subjetiva do administrador na escolha de um entre dois ou mais atos razoáveis e oportunos.

CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Consoante às judiciosas asseverações de José Afonso da Silva[75], "*em princípio, a estrutura do poder judiciário é relativamente indefensável para dispor sobre recursos ou planejar políticas públicas."*

Em certas condições, o não-cumprimento, pelo legislador ou pelo Governo, das tarefas constitucionais ligadas aos direitos sociais é suscetível de desencadear inconstitucionalidade por omissão. Mas vale destacar que os novos meios

[75] SILVA, **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, p. 92.

processuais do mandado de injunção (art. 5º, LXXI, CF) e da ação de inconstitucionalidade por omissão (art.103, § 2ª da CF) ainda não surtiram os resultados desejados e intencionados pelos constituintes de 1988.

A conseqüência do não-atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar em inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política.

Entretanto, segundo José Eduardo Faria[76] "*é incontestável o valor político de uma decisão judicial, o que declara que o Estado está em mora com obrigações constitucionais, econômicas, sociais e culturais; essas sentenças assumem o papel de importantes veículos para canalizar as reivindicações da sociedade*."

Em geral, no Brasil há resistência ao controle judicial do mérito dos atos do poder público, aos quais se reserva amplo espaço de atuação autônoma, discricionária, em que as decisões do órgão ou do agente público são insindicáveis quanto à sua conveniência e oportunidade.

O Supremo Tribunal Federal, na sua exagerada atitude de "auto-restrição judicial", recusa-se, até hoje, a controlar os pressupostos constitucionais da edição de medidas provisórias pelo governo federal (art. 62 da Constituição Federal) e nega-se a criar as normas necessárias para resolver os casos concretos no caso de mandado de injunção.

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da separação de poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com grande força simbólica, efeito paralisante nas reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a nova estrutura para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir os direitos fundamentais contra o arbítrio e a omissão estatal.

Tércio Sampaio Ferraz Junior [77] grafa que "*o clássico autor francês, na verdade, via na divisão de poderes muito mais um preceito de arte política do que um preceito jurídico, menos um princípio para a organização do sistema estatal e distribuição de competências, mais um meio de se evitar despotismo real*."

Sobremais, Norberto Bobbio[78] evidencia que:

> É interessante o fato de que os próprios autores das *Federative Papers* (Hamilton, Jay e Madison) que aprofundaram a discussão sobre a realização prática da separação de poderes na América deixaram claro que essa teoria não significa "que os três poderes devam ser reciprocamente independentes, mas que se deve excluir que quem possua todos os poderes de um determinado setor, possua todos os poderes também de um outro setor, de modo a subverter o princípio sobre o qual se baseia uma Constituição Democrática, e que, portanto, é necessária certa independência entre os três poderes para que a cada um seja garantido o controle constitucional dos demais.

[76] FARIA.. **O Judiciário e o Desenvolvimento Socioeconômico**. p. 19 e ss.
[77] FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário Frente à Divisão dos Poderes**, p. 347.
[78] BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade**, p. 100.

Já Karl Loewenstein[79] lembra que:

> A chamada separação de poderes, na verdade, não é mais que o reconhecimento de que por uma parte o Estado tem que cumprir determinadas funções – o problema técnico da divisão do trabalho – e que, por outro os destinatários do poder saem beneficiados se estas funções são realizadas por diferentes órgãos: a liberdade é o objetivo ideológico da teoria da separação de poderes. No entanto, o princípio da necessária separação de funções estatais, segundo seus diversos elementos substanciais e sua distribuição entre diferentes detentores, nem é essencial para o exercício do poder político, nem apresenta uma verdade evidente e válida para todo o tempo. O descobrimento, ou invenções da teoria da separação de funções, esteve determinado pelo tempo e pelas circunstâncias como uma proposta ideológica do liberalismo político contra o absolutismo monolítico da monarquia do século XVII e XVII.

O Estado Social moderno requer uma reformulação funcional dos poderes para uma distribuição que garanta um sistema eficaz de freios e contrapesos a fim de "*que a separação de poderes não se interponha como véu ideológico que dissimule e inverta a natureza eminentemente política do direito*".

Na mesma linha, Rodolfo de C. Mancuso[80] alega que:

> essa nova percepção leva a um modelo de Estado de Direito no sentido plenamente material (e não-formal) em que os atos emanados pelos três poderes, para terem validade e legitimidade, têm de vir respaldados por todo um contexto jurídico-social dominado pela nota da efetividade, com destaque para os valores maiores da moralidade, eficiência, economicidade, razoabilidade e proporcionalidade. Por isso deve existir a possibilidade de cobrança das obrigações de fazer do poder público estabelecidas na própria Constituição, sendo a sindicabilidade judicial a regra, o que vale especialmente para os objetivos de algumas políticas sociais que foram claramente formuladas no texto.

Consoante o citado autor, não há fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dêem respaldo à pretensa assimilação entre políticas públicas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários. Dada a indisponibilidade do interesse público, torna-se pequena a margem de efetiva discussão nos atos e condutas da Administração Pública.

O apego exagerado de grande parte dos juízes brasileiros à teoria da separação de poderes é resultado de atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional

---

[79] LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitucione**, passim.

[80] MARCUSO. **A Ação Civil Pública como Instrumento de Controle Judicial das Chamadas Políticas Públicas**, p. 723 a 726.

que ainda não adaptou as suas lições às condições diferenciadas do moderno Estado Social e está devendo a necessária atualização e reinterpretação de velhos dogmas do constitucionalismo clássico.

Segundo Fábio Konder Comparato[81]:

> o conceito de política no sentido de programa de ação só recentemente foi descoberto pela teoria jurídica, por corresponder a uma realidade desimportante antes da Revolução Industrial. A política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.

Esse autor defende a tese de que o Judiciário possui competência, apesar do princípio da separação de poderes, para julgar questões políticas, e alega que "*a clássica falsa objeção à judiciabilidade das políticas governamentais*" se deve ao mau entendimento da *political question doctrine* da Suprema Corte dos Estados Unidos.

O controle da constitucionalidade, segundo ele, inclui os objetivos gerais da respectiva política perante as normas – objetivo da Constituição – bem como as regras que estruturam o desenvolvimento dessa atividade; assim, uma política econômica exclusivamente voltada para a estabilidade monetária seria afronta às disposições do art. 170 da Constituição Federal. No entanto, esse autor admite que a probabilidade da introdução do juízo de constitucionalidade de políticas públicas atualmente no Brasil é remota.

De seu turno, J.J. Gomes Canotilho[82] sempre viu *"a realização dos direitos sociais muito mais na dependência da participação política da população que na atuação expressiva dos tribunais*."

Em contrapartida, Luis Roberto Barroso[83] diz que:

> O padrão mínimo no cumprimento das tarefas estatais poderia, sem maiores problemas, ser ordenado por parte do judiciário, o que deixa de acontecer devido apenas a motivos ideológicos e não jurídico-racionais.

Em igual ritmo de argumentação, Hugo W. Sarlet[84] demonstra que, no caso da negação de prestações de serviços sociais básicos por parte do Estado, não conseguem convencer os argumentos comuns da falta de verbas e da ausência da competência do Judiciário para decidir sobre a aplicação de recursos públicos, especialmente na área de saúde, o bem maior da vida humana. A denegação dos

---

[81] COMPARATO. **Ensaio sobre o Juízo da Constitucionalidade de Políticas Públicas**, p. 355 e ss.
[82] CANOTILHO. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**, p. 357, 377 e 429.
[83] BARROSO. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**, p. 156.
[84] SARLET. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**, p. 293, 317 e ss.

serviços essenciais de saúde acaba por se equiparar à aplicação de uma pena de morte.

Nada obstante o que foi versado, é de entremostrar que o sistema jurídico no Brasil já está desenvolvendo nova visão do princípio da separação de Poderes, ainda que boa parte dos seus operadores não tenha se dado conta de que constitui um marco a recente decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Nesse sentido, pode-se considerar que[85]:

> A Constituição Federal, em seu art. 227, define como prioridade absoluta às questões de interesse da criança e do adolescente; assim, não pode o Estado membro alegando insuficiência orçamentária, desobrigar-se da implantação de programa de internação e semiliberdade para adolescentes infratores, podendo o Ministério Público ajuizar ação civil pública para que à Administração Estadual cumpra tal previsão legal, não se tratando, na hipótese, de afronta ao poder discricionário do administrador público, mas de exigir-lhe a observância do mandamento constitucional.

É indubitável que o Judiciário pode e deve exigir do Executivo a implementação das políticas públicas insculpidas no texto constitucional vigente, eis que todo juiz, no Brasil, é um juiz constitucional; o fato de que os direitos sociais geralmente não são fruíveis ou exeqüíveis individualmente não quer dizer que juridicamente não possam, em determinadas circunstâncias, ser exigidos como se exigem judicialmente outros direitos subjetivos.

No Direito Positivo Brasileiro, inexiste qualquer regra acerca dos limites do controle jurisdicional da discricionariedade. As Constituições brasileiras de 1934 e 1937 vedavam expressamente ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas. Essa vedação, no entender de Seabra Fagundes, nada obstante o silêncio da atual Carta Política, persiste porque decorre da índole do regime e dos imperativos do seu funcionamento. Assim, para esse ilustre autor as atribuições de cunho estritamente político dos poderes Legislativo e Executivo são incompatíveis com a interferência do Poder Judiciário.

Apesar do douto entendimento do saudoso jurista, a ilustre Germana de Oliveira Moraes[86] posiciona-se com a seguinte argumentação:

> No entanto, a discricionariedade, considerada, como margem de liberdade do administrador para completar, mediante um juízo de ponderação, a norma aberta, à luz dos princípios jurídicos e dos critérios de conveniência e de oportunidade não se esgota no aspecto político dos atos. Os atos políticos têm alto teor de discricionariedade, mas como todo e qualquer ato discricionário tem um componente jurídico passível de interferência judicial. Afora essa subdivisão dos atos discricionários em atos políticos, torna-se difícil

[85] PEREIRA, Relator Des. Sérgio Gischkow. Apelação nº 596017.7 Câmara Julgadora nº 123.1997. **Revista dos Tribunais** nº 743, p. 13.
[86] MORAES, op. cit., p 185.

> tipificar, classificar ou catalogar aqueles primeiros, porque a discricionariedade existe precisamente para, quer com vistas à realização da justiça, quer com vistas à consecução de máxima eficiência da função administrativa, suprir a insuficiência do modelo esquemático norma jurídica caracterizada pelos atributos da generalidade e da abstratividade. Essas razões se refletem sobre o controle dos atos discricionários, de maneira que se torna frustrante categorizar as hipóteses de invalidação e de suscetibilidade e de substituição do ato discricionário.

Os vícios da discricionariedade dos atos administrativos são reconduzíveis à não-compatibilidade do conteúdo do ato ou do processo de tomada de decisão do ato com os princípios gerais do Direito, em especial com os princípios constitucionais da Administração Pública e a violação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição. 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.

São limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade os princípios gerais do Direito, especialmente os princípios constitucionais da Administração Pública consagrados explícita ou implicitamente na Constituição, e a proteção constitucional aos direitos fundamentais.

A Constituição de 1988 dispõe no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, no Capítulo dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos, que "*a lei punirá qualquer discriminação atentatória aos direitos e liberdades fundamentais"* (art. 5º XLI). Este comando destina-se tanto aos particulares como aos administradores públicos.

Há transgressão ao limites do poder discricionário quando a autoridade administrativa opta por uma solução jurídica não-prevista na competência atribuída a tal poder, isto é, quando o ato administrativo contém efeito não-previsto nem autorizado na regra de competência discricionária. É o que sucede, por exemplo, se a autoridade opta por fazer a requisição de um bem quando a norma prevê a possibilidade de desapropriá-lo, ou ainda se impõe e exige o pagamento de multa acima dos valores previstos nas leis. É sabido que o poder de polícia administrativa, exemplificando, autoriza a restrição e o condicionamento dos direitos individuais, mas não admite a supressão de seus direitos.

Ocorre a não-utilização ou subutilização dos poderes discricionários quando a autoridade administrativa não usa ou subutiliza o poder discricionário atribuído por inadvertência ou por supor de modo equivocado que é titular de competência vinculada. Há abuso do poder discricionário no exercício da fruição da discricionariedade ou erro sobre o fim da discricionariedade quando se faz uso dela de modo não-correspondente à atribuição dos poderes discricionários, isto é, quando a ação administrativa não converge exclusivamente para o fim contemplado em lei.

Germana de Oliveira Moraes, com a acuidade que lhe é característica, alude ao fato de que[87]:

[87] MORAES, op. cit., p. 167.

> Diante da detecção comprovada da presença de um desses vícios de discricionariedade, incumbe ao juiz invalidar o ato administrativo. Em certas situações, além de determinar a invalidação do ato, cabe ao juiz determinar a substituição do ato anulado, por outro cujo conteúdo indica.

A determinação judicial de substituição do ato anulado também poderá ocorrer, embora com raridade.

A possibilidade de substituição do teor da decisão administrativa pelo Poder Judiciário encontra forte reação doutrinária por receio de transformação da função jurisdicional em atividade substitutiva da Administração, com desacato ao princípio da autonomia das funções e o correlato comprometimento da função administrativa.

Pode se contra-argumentar que a legitimidade do Poder Judiciário, no Direito Brasileiro, deriva da Constituição, na qual se fundamenta sua competência para exercer a fiscalização difusa da constitucionalidade dos atos normativos, e afinal abrange, por via reflexa, a verificação da compatibilidade dos atos administrativos com as normas constitucionais, dentre os quais os princípios.

A admissibilidade de controle judicial da atividade administrativa não-vinculada, como controle de juridicidade e não apenas de legalidade, revela a superação do positivismo legalista que pretendia reduzir o Direito à exegese apenas das leis escritas.

Segundo Germana de Oliveira Moraes[88],

> A atividade administrativa não vinculada insuscetível de revisão judicial plena compreende a discricionariedade e a valoração administrativa dos conceitos de prognose (verdadeiramente indeterminados ou conceitos-tipos).

Sobre o conceito de prognose, recorre-se ao ensino de Antônio Francisco de Souza[89]:

> Como antecipação do futuro a prognose é elemento essencial e indispensável em certas áreas do Direito Administrativo, como por exemplo, a planificação administrativa. Mas, embora surja com freqüência no direito da planificação não é exclusiva dele. Antes, a prognose aparece em muitos mais ramos do Direito Administrativo, como é o caso do direito de polícia, do direito do funcionalismo público ou do direito escolar, ainda que de modo algum se deva considerar onipresente. Em termos gerais, podemos dizer que a prognose administrativa é característica das decisões cujos efeitos

[88] MORAES, op. cit., p 213.
[89] SOUZA**. Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo**, p. 77.

> se projetam para o futuro.

As conseqüências do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose restringem-se, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. Entretanto, em certas situações excepcionais, a depender das circunstâncias de cada caso concreto, é possível ao juiz inferir da realidade e da ordem jurídica, afinal a única decisão comportável pelo Direito para posicionar o caso.

Ainda recorrendo aos escólios da não pouca assaz de vezes citada Germana de Oliveira Moraes[90], extrai-se a seguinte lição:

> (...) 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 jurídicos trançados pelos princípios constitucionais da administração pública.
>
> São limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade os princípios gerais do direito, especialmente os princípios constitucionais da administração pública consagrados explícita ou implicitamente e a proteção constitucional aos direitos fundamentais.
>
> (...) no controle jurisdicional do exercício da atividade administrativa não vinculada, será possível o juiz determinar a substituição do ato administrativo anulado por outro em que há "a redução da discricionariedade a zero.

Há redução da discricionariedade a zero quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade da escolha entre diversas opções a ponto de subsistir apenas uma solução juridicamente possível.

Ademais, argüida a insindicabilidade do mérito administrativo, o mérito do ato – como já se disse antes – costuma ser relacionado, por força da doutrina italiana, com as regras de boa administração e apresenta-se como a valoração do fato, resumida no binômio conveniência ou oportunidade, isto é, com a ponderação da autoridade sobre determinados fatos, traduzível em juízo de valor que compreende os aspectos nem sempre de fácil percepção atinentes ao acerto, à justiça, à utilidade, à equidade, à razoabilidade, à moralidade, etc., de cada procedimento administrativo.

---

[90] MORAES, op. cit. p. 214.

Segundo Germana de Oliveira Moraes[91]:

> O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer da fiscalização pelo Poder Judiciário.

Compete ao juiz apreciar o mérito do ato administrativo com o objetivo de apurar possível injustiça ou irrazoabilidade do meio empregado na solução do caso concreto. O Judiciário tem o dever de analisar toda e qualquer lesão ou ameaça a direito dos cidadãos. Ao Judiciário não é vedado o controle negativo do mérito administrativo, nem a anulação dos atos que a administração pública tenha praticado de modo desarrazoado, injusto ou inadequado.

Nada obstante a ênfase e a brilhante defesa, pela doutrina administrativa moderna, da substituição da legalidade pela juridicidade, é de se observar que a definição desse último princípio nada mais reflete do que a evolução do conteúdo jurídico do princípio da legalidade.

Não se pode deixar de admitir que é respeitável a idéia de dimensionar um novo princípio como o da juridicidade a fim de abranger e tornar indubitável a obediência às regras e aos princípios por parte da Administração Pública, mas não se pode deixar de acreditar que isso seja apenas institucionalizar algo que já está subentendido no conteúdo jurídico atualmente proposto e assimilado no princípio da legalidade pelas ideologias do Estado e nos avanços nas concepções do Direito como sistema.

A idéia de legalidade traduzida apenas em compilação de regras às quais se submete a Administração Pública foi substituída por uma acepção mais ampla, tendo-se aí inserido os princípios como norteadores da atividade estatal.

Para a consolidação dos direitos fundamentais de liberdade e implementação dos direitos fundamentais sociais, urge a consolidação de um ativismo judicial, responsável e consciente do lugar de destaque que o Poder Judiciário ocupa no Estado constitucional.

O controle jurisdicional de políticas públicas exige um Judiciário forte e independente, capaz de garantir a supremacia da Constituição ainda que em tempos de conjunturas políticas e econômicas desfavoráveis.

3.1 Controle da discricionariedade por meio dos princípios.

A ínclita Jurista Germana de Oliveira Moraes grafa com mestria e com elevada

[91] MORAES, op. cit p. 49.

reflexão jurídica[92]:

> (...) Vivemos uma época de transição: de transição do Direito "por regras", antes reconduzível ao legalismo, ao Direito "por princípios", consectário do reconhecimento da insuficiência da lei, porque nem sempre capaz de realizar a Justiça, da lei como parâmetro exclusivo ou primordial das condutas em sociedade.
>
> (...) No Brasil, conforme registra Carlos Alberto Menezes Direito, "o avanço da Jurisdição constitucional é um fato irreversível. (...) A tendência do Direito Constitucional Brasileiro de reforçar a Jurisdição Constitucional é benfazeja para todos que queiram preservar a dignidade da natureza da pessoa humana.

O perfilhamento do neopositivismo pela nova geração de publicistas no Brasil vem atender, em grande parte, ao problema da exclusão social. A lei perde seu prestígio e grandeza sob vários aspectos apontados por Manoel Gonçalves Ferreira Filho em sua obra "Estado de Direito e Constituição"[93]:

> Em primeiro lugar, ela se desvinculou da idéia de Justiça, passando de instrumento de realização do bem comum, para instrumento de realização da vontade de grupos, de classes, de partidos. Com isso, a lei perdeu, em grande parte, seu caráter de generalidade, abstração, impessoalidade, e passou, a ter caráter individual, na medida que atende a interesses parciais da sociedade ou grupos. Essa politização das leis conduz à multiplicidade das leis, muitas vezes irracionais, e à instabilidade do Direito. Em conseqüência, ela perde seu prestígio, sua credibilidade, já que muda com a maior facilidade e sem qualquer preocupação com o bem comum e com a Justiça.

Sobremais, a dificuldade maior, no Brasil, é que a fonte principal do Direito Administrativo é a lei. Nesse aspecto, o Direito brasileiro afastou-se de sua grande fonte inspiradora, o Direito Administrativo francês, que é de formação pretoriana, e por isso mesmo os órgãos de jurisdição administrativa desempenham importante papel na formação do Direito. É curioso que o Brasil, em matéria de Direito Administrativo, tenha buscado inspirações em dois sistemas (o europeu-continental e o anglo-saxão) que têm em comum a importância da jurisprudência como fonte do Direito. Tanto nos Estados Unidos como na França (jurisdição administrativa), o juiz desempenha relevante papel de órgão criador do Direito: ele tem amplos poderes, ele cria o Direito do caso concreto, ele confere legitimidade a atos da Administração Pública.

---

[92] MORAES, op. cit, p. 185 e 186.
[93] FERREIRA FILHO, **Estado de Direito e Constituição**, p. 45 a 48.

O problema ainda se agravou no Direito brasileiro pelo desprestígio do Poder Judiciário, o que se explica não só pela dependência deste em relação ao Poder Executivo, como também pelo despreparo dos magistrados em matéria de Direito Público, em especial o Administrativo.

Por outro lado, as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal-definido "mérito" da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade nos limites estabelecidos em lei.

Posto isso, reporto-me às judiciosas eruditas palavras de meu saudoso Mestre Geraldo Ataliba, prematuramente retirado de nosso convívio[94]:

> Se, da perspectiva política, soubermos solucionar juridicamente - vale dizer: na conformidade da Constituição - as questões constitucionais, então estaremos sabendo dar eficácia à legalidade, à igualdade, à proteção aos direitos personalíssimos, às liberdades políticas, às condições de trabalho, exercício profissional e da livre empresa, etc. E isso só o Judiciário pode serena e objetivamente garantir. Daí que ele deve ser forte, moral e culturalmente. Daí que seja preciso pedir, instar, postular, com confiança e com insistência.

> (...) sendo a Constituição lei suprema, superior ás demais, deve prevalecer sobre todas as normas, o que requer a desassombrada ação de uma magistratura culta e subjetivamente imparcial, como quer Balladore Pallieri, para ver configurado o Estado de Direito.

A discricionariedade administrativa não mais é a margem de atuação pela lei, mas a margem de atuação limitada pelo Direito.

Pode-se hoje definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar os casos concretos, segundo critérios de conveniência e oportunidade, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o Direito.

Segundo se extrai da obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[95],

> À medida que o princípio da legalidade adquire conteúdo material antes desconhecido, os limites puramente formais à discricionariedade administrativa, concorrentes à competência e à forma, outros foram sendo acrescentados principalmente pela jurisprudência dos países em que o papel do poder Judiciário não se resume à aplicação pura e simples da lei formal, mas se estende à tarefa de criação do direito. Disso se constituem em exemplos vivos

[94] ATALIBA, op. cit, p. 13 e 14.
[95] DI PIETRO, op.cit. p. 233.

a Corte Suprema dos Estados Unidos da América do Norte e o Conselho de Estado francês.

Muitas teorias e princípios de origem pretoriana foram incorporados pela doutrina do Direito administrativo estrangeiro e, por intermédio deste, ao direito brasileiro e consagrados, em grande parte pelo direito positivo, inclusive, agora, pela Constituição.

Primeiramente, pela teoria do desvio de poder, elementos de moralidade administrativa foram incorporados à idéia de legalidade, para invalidar os atos praticados com finalidade diversa daquela que justificou a regra de competência.

Depois, a teoria dos motivos determinantes tornou possível o exame dos motivos pelo Poder Judiciário, para invalidar atos administrativos baseados em motivos falsos ou inexistentes.

Hoje, o controle judicial amplia-se pelo acolhimento de vários princípios de origem pretoriana.

Ademais, a atual fase do constitucionalismo, denominada pós-positivista, instaurada na segunda metade do século XX, com superação da dicotomia jusnaturalismo *versus* positivismo, é marcada justamente pela normatividade e pela positivação dos princípios gerais de Direito.

A decomposição do Direito em princípios e regras delimitou dois campos distintos, porém não estanques: os campos da juridicidade – Direito por princípios, dentre os quais o da legalidade; e o campo da legalidade – Direito por regras, contido no primeiro; já no domínio do Direito Administrativo, o princípio da juridicidade da administração substitui o princípio da legalidade, englobando-o.

A noção da legalidade atém-se ao seu sentido estrito de conformidade dos atos com as leis, ou seja, as regras, as normas em sentido estrito.

A noção de juridicidade, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que a produção dos atos jurídicos não contrarie os princípios gerais de Direito previstos, explícita ou implicitamente, na Constituição.

A concepção do princípio da juridicidade, como parâmetro na orientação e delimitação das atividades da Administração Pública, consiste no novo paradigma a que se sujeita a discricionariedade administrativa. A juridicização da discricionariedade administrativa é tendência recente do Direito e da prática da Administração Pública.

Contudo, essa juridicização de forma alguma corresponde a considerar a extinção da discricionariedade; ao contrário, expressa a superação da idéia de ausência de controle e admite que se exerça essa “discricionariedade entre limites”, ampliados estes em face da adoção de nova óptica adscrita à principiologia contextualizada na

Carta de 1988.

É de se notar que o controle da discricionariedade verifica-se timidamente, ainda de forma negativa, observando-se a conformação do ato discricionário à lei.

É importante salientar que no Direito Positivo brasileiro inexiste qualquer disposição normativa vedando a revisão judicial da discricionariedade administrativa. Registre-se que as Constituições de 1934 e de 1937 proibiam expressamente ao Poder Judiciário exercer o controle dos atos políticos (art. 62 da Constituição de 1934, mantido no art. 94 da Constituição de 1937).

No contexto deste trabalho aludimos à Lei 221 de 1894, que, em seu art. 13, § 9º, alínea "a", veda à autoridade judiciária sindicar o mérito do ato administrativo sob o ponto de vista de sua conveniência e oportunidade.

Sobremais, à guisa de implementar a reflexão jurídica sobre a sindicabilidade, deve-se agregar que o art. 9º do Decreto-Lei 3365, de 21/6/1941, peremptoriamente coíbe o Judiciário em termos de desapropriação: "*Art. 9º: Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se verifica ou não os casos de utilidade pública".* A lei geral das desapropriações é contemporânea à Carta de 1937 e, segundo o Ministro Seabra Fagundes, já apresentava inconstitucionalidades a teor do texto constitucional do Estado Novo.

Aspectos atinentes à moralidade, à proporcionalidade e à razoabilidade do ato, bem como à eficiência para se obter o interesse público em sentido de realização, foram erigidos em princípios mediante o reconhecimento da jurisprudência dos tribunais e dos reiterados trabalhos desenvolvidos pela doutrina que exalçavam a necessidade de ampliar a atividade judicial de controle.

Em face de tais comentários, da maior suposição, é de oferecer calço com o expendido pela douta Germana de Oliveira Moraes[96]:

> A moderna compreensão filosófica do Direito, marcada pela normatividade e constitucionalização dos princípios gerais do Direito e pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios, com a conseqüente substituição no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública.

A douta autora implementa, com asseverações judiciosas[97]:

> Não obstante a mutação e a inconstância da compreensão teórica da discricionariedade tem persistido, como nota que a caracteriza, a imunidade judicial de determinada área da atuação administrativa, ou em outros termos, de certos elementos, não totalmente regrados, dos

[96] MORAES, op. cit. p. 197.
[97] IDEM.

atos administrativos.

Acentua, prosseguindo, que há o reconhecimento de que inexistem atos completamente discricionários, o que faz desaparecer a distinção entre as categorias dos atos vinculados e os discricionários. Agrega que se qualificam, desde então, como discricionários tão-somente certos aspectos ou elementos dos atos administrativos. Daí – segundo ela – evolui para o controle meramente negativo da atuação administrativa discricionária, para finalmente culminar com o reconhecimento judicial das situações em que há eliminação da discricionariedade a zero, conducentes à admissibilidade de uma jurisdição, senão substitutiva, complementar à Administração.

Todavia, reporta-se ela ao aspecto jurisprudencial – de nota dominante, no Brasil –, segundo o qual *"a discricionariedade é área imune à apreciação judicial, mas que tal concepção não mais se comporta"*[98].

E com extrema mestria aduz que[99]:

> A principialização do Direito, antes de abolir a categoria da discricionariedade administrativa, de erradicar a margem de liberdade de decisão como nota, quer a caracteriza ou de identificá-la à esfera do mérito do ato administrativo, modificou as conexões entre discricionariedade, lei e Direito, fornecem novos parâmetros jurídicos, não legais e que antes eram políticos, de exercício dessa liberdade, e destacou o mérito como núcleo político da discricionariedade insuscetível de revisão jurisdicional. Deste modo, propiciou o controle jurisdicional de aspectos discricionários dos atos administrativos, distintos do mérito, além de guarnecer a Administração Pública de critérios norteadores de ação, os quais consubstanciam parâmetros orientadores do exercício daquela liberdade de decisão e delimitadores de dose variável dessa liberdade, maior ou menor, em cada caso vertente.

Ainda, segundo a eminente autora[100]:

> Em síntese, o mérito é o núcleo da discricionariedade e insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz de legalidade quer à luz dos princípios de Direito. Exerce-se o controle jurisdicional de legalidade sobre os aspectos vinculados dos atos administrativos; exercita-se o controle judicial de juridicidade *stricto sensu* sobre os aspectos não vinculados do ato administrativo, distintos de mérito, vale dizer, sobre a valoração administrativa que não envolve os juízos de oportunidade nem de conveniência para a prática do ato, mas outros juízos, como os de justiça e proporcionalidade, no Direito Português

[98] MORAES, op. cit. p. 182.
[99] MORAES, op. cit. p. 198 e 199.
[100] MORAES, op. cit. p. 51 e 52.

> e os de moralidade, no Direito Brasileiro. O âmbito do mérito do ato administrativo persiste infenso ao controle jurisdicional, pois reporta-se a regras não positivas de boa administração. O controle de legalidade compreende a verificação da correspondência entre os elementos competência, finalidade e forma do ato administrativo com a moldura previamente fixada na norma, e nos atos predominantemente vinculados, também dos motivos e do objeto do ato.O controle de juridicidade no sentido estrito começa quando cessa o controle de legalidade, e consiste no exame de compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como por exemplo, com o princípio da proporcionalidade.

O jurista Romeu Bacellar Filho, de igual posição, faz comentário da maior reflexão estribado na postura de nossa Jurisprudência e nas modernas tendências atinentes ao controle do ato discricionário, em especial no aspecto concernente ao mérito, nas razões de conveniência ou na oportunidade, insindicáveis pelo Poder Judiciário. Com a objetividade e a clareza que lhe são peculiares, ele assim se reporta ao tema[101]:

> No direito administrativo, a lei estabelece toda a liturgia para a prática dos atos administrativos, em plena concordância com o princípio da legalidade, inerente à disciplina. Existe, entretanto, conforme analisado, atos discricionários, aos quais, para a sua produção, a lei concedeu margem de liberdade de atuação e a possibilidade de o administrador examinar qual o melhor caminho legal a seguir (discricionariedade) situação na qual o administrador aborda o mérito.
>
> O mérito, para o direito administrativo, diferentemente do mérito processual, é a valoração dos critérios de oportunidade, conveniência e justiça para a realização do ato. Portanto, ele só ocorre nos atos discricionários, isto é, quando o legislador deixa lacunas na lei que devem ser supridas pela valoração que o administrador atribuir àqueles critérios.
>
> Uma vez que a competência, e a finalidade e a forma, se prescrita em lei, são vinculadas, ou seja, a lei não deixa margem de atuação, tem-se que o mérito, que pressupõe o exercício da discricionariedade, recai sobre os elementos objeto e motivo. Em relação a estes aspectos, não cabe correção judicial, desde que não caracterizem excesso ou desvio de poder. Assim, afirma-se que não compete ao Judiciário adentrar no mérito do ato administrativo**.** Entretanto, essa tese tem sido atenuada pela consideração da

[101] BACELAR FILHO. **Direito Administrativo**, p. 63 e 64.

legalidade, em sentido amplo.

A douta jurista Germana de Oliveira Moraes assim grafa[102] :

> A exemplo do que ocorre, em amplitude na ordem social, vivencia-se uma nova era. Uma era impregnada de transformação. Essas transformações são perceptíveis, claramente: destoam-se mitos, ídolos, conceitos e paradigmas.
>
> Também no Direito, observa-se uma época de transição: de transição do Direito "por regras", antes reconduzível ao legalismo, ao Direito "por princípios", consectário do reconhecimento da insuficiência da lei, porque nem sempre capaz de realizar a Justiça; da lei como parâmetro exclusivo ou primordial das condutas em sociedade.
>
> No plano teórico-conceptual, já se operou uma autêntica revolução do Direito, com a prevalência dos princípios (os valores) sobre as regras (as leis). A evolução, no plano prático, do Direito "por regras' para o Direito por princípios, não ocorre tão facilmente e provoca reações que lhe são adversas. Esse processo contínuo de mudanças implica uma série de adaptações e opera muitos reflexos sobre a sistematização, a produção e a aplicação do Direito.
>
> As Constituições, à medida que veiculam princípios (igual valores), adquirem mais prestígios que os códigos, invólucros das leis, e demandam constantes revisões.

Entretanto, acresce[103]:

> A eficiência do Direito "por princípios", depende, fundamentalmente, da atuação do juiz constitucional durante o processo de concretização do Direito para o qual é imprescindível sua capacidade de percepção dos valores sociais. A sociedade, por sua vez, já condicionada pelo modelo legalista que prometia sempre uma solução previsível para com os conflitos, vê-se hoje, perplexa diante da possibilidade de concorrência de soluções diferentes, ao abrigo do Direito, sem ter, ainda, a compreensão de que esta multiplicidade advém de seu caráter encantadamente livre, plural e mutante.

[102] MORAES, op. cit. p. 185.
[103] MORAES, op. cit. p. 187.

> A melhor via que poderá eleger o juiz, nestes tempos de transição, para atender este desafio de reconstruir e “construir” o Direito no caso concreto, ou seja, de dizer se determinada conduta é ou não compatível com os princípios constitucionais (igual valores) é a interação com a sociedade civil. Afinal, rigorosamente, numa democracia quem dita o Direito é a sociedade, reservando-se, agora, sob a égide do Direito “por princípios”, também ao juiz, em especial, ao juiz constitucional, o papel de decodificador dos valores (igual princípios) que ela aceita em determinado momento e em determinado local.

A nova perspectiva doutrinária verificou-se, no Brasil, a partir da Carta de 1988, quando ocorreu a constitucionalização dos princípios da Administração Pública. O artigo 37 da atual Constituição refere-se de forma expressa aos princípios de observância cogente, pela Administração Pública direta ou indireta, de qualquer dos Poderes da União: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sobremais, há obrigatoriedade de observância, pela Administração Pública, de princípios gerais de Direito como técnica de controle jurisdicional da atuação administrativa. Dentre eles, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A constitucionalização desses princípios da Administração Pública e dos princípios gerais do Direito criou, para o Poder Judiciário, a possibilidade de verifica,r além da conformidade dos atos administrativos com a lei ao exercer o controle de seus aspectos vinculados, à luz do princípio da legalidade, e também de aspectos não-vinculados desses atos em decorrência dos demais princípios constitucionais da Administração Pública – como da publicidade, da impessoalidade e da moralidade – , do princípio constitucional da igualdade e dos princípios gerais da razoabilidade e da proporcionalidade.

Os princípios constitucionais explícitos da Administração Pública, sob as vertentes da igualdade da imparcialidade, da moralidade – sob as dimensões da boa-fé, da probidade e da razoabilidade, da eficiência – e sob os princípios gerais do Direito implícitos na ordem jurídica – da razoabilidade e da proporcionalidade, forneceram os critérios materiais que possibilitaram a extensão do controle jurisdicional para além dos domínios circunscritos à legalidade administrativa.

Nada obstante, a adoção dos princípios constitucionais da Administração Pública e dos princípios gerais de Direito como técnica de controle jurisdicional da discricionariedade e da aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados na maioria das vezes importa um controle meramente negativo, isto é, conduz à invalidação do ato impugnado mas não à substituição do ato administrativo por outro ato.

A pouca experiência dos membros de Poder Judiciário no manejo dos princípios constitucionais termina subvertendo a lógica jurídica e colocando a população refém das normas infralegais editadas sem nenhuma preocupação com esses princípios superiores. A natureza político-social dessas normas impõe a necessidade de métodos de interpretação específicos. O modelo dominante no Brasil sempre foi de perfil “liberal-individualista-normativista”, que nega a aplicação das normas programáticas e dos princípios constitucionais. Enquanto isso, o positivismo jurídico formalista exigia a neutralização política do Judiciário, com juízes racionais,

imparciais e neutros que aplicam o Direito legislando de maneira lógico-dedutiva e não criativa, fortalecendo desse modo o valor da segurança jurídica[104]:

> O moderno Estado Social requer uma magistratura preparada para realizar as exigências de um direito material ancorado em normas éticas e políticas, expressão de idéias para além das decorrentes do valor econômico.

Além disso[105]:

> O Direito no Estado Liberal dependia basicamente do legislador; no Estado Social da sociedade de massas ele não sobrevive, não se aperfeiçoa, não evolui nem se realiza sem o juiz. Teria, todavia, o juiz consciência disso?

Ainda, segundo o ilustre jurista[106]:

> O juiz deve 'ter um compromisso com a justiça normativamente inscrita na Constituição Federal'. E isso é perfeitamente possível no Brasil, já que ao contrário de outros países, todos os juizes exercem jurisdição constitucional. É imprescindível que o juiz, com apoio de disciplinas como a filosofia, a sociologia e a história jurídicas, desenvolva uma visão global do direito, para poder entender a dimensão axiológica que preside, na atualidade, todo o sistema jurídico e especialmente o texto da Constituição.

A Carta de 1988 inovou profundamente a função a ser cumprida por parte de o Terceiro Poder – o Judiciário – dentro de um Estado social em que os parlamentos e governos de todos os três níveis federativos, em geral, não fazem o suficiente para criar as condições materiais adequadas a fim de garantir a efetividade dos direitos sociais e os princípios da dignidade da pessoa humana e da erradicação da pobreza (artigos 1º, III, C.F.).

Campilongo grafa[107]:

> Há quem alega que, diante das incertezas do processo decisório político (e dos riscos a ele inerentes), o Judiciário deveria cada vez mais assumir um papel de reavaliador, legitimador ou instância

---

[104] APOSTOLOVA, **Poder Judiciário**: Do moderno ao contemporâneo, p. 145 a 169.
[105] CLÈVE. Poder Judiciário: Autonomia e Justiça, **Revista de Informação Legislativa**, nº 117, p 304.
[106] CLÈVE, op. cit., p. 301 e 304.
[107] CAMPILONGO, A Função Política dos Tribunais e do Ministério Público*, In:* Direito e Cidadania, nº 3, 1997 *apud* FRISCHEISER, **Políticas Públicas - A Responsabilidade do Administrador e o Ministério Público**, p. 99.

recursal das decisões políticas.

Para Tércio Ferraz Júnior[108]:

> o sentido promocional prospectivo dos direitos sociais altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles, ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar a fim de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo, examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz), cuja neutralidade é afetada ao ver-se ele posto diante de uma co-responsabilidade numa exigência de ação corretiva de desvios na consecução das finalidades a serem atingidas por uma política legislativa. Tal responsabilidade, que pela clássica divisão de poderes cabia exclusivamente ao Legislativo e ao Executivo, passa a ser imputada também à Justiça.

Em outras palavras: não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-somente o de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias.

Alguns autores defendem com veemência a instalação de uma corte constitucional no Brasil, com o estabelecimento de critérios técnicos (e menos políticos) para a escolha de seus membros e apontam a falta desse tipo de órgão como um dos maiores defeitos do sistema jurídico nacional. Alega-se que magistrados de carreira não estariam preparados para interpretar a Carta federal, pois lhes faltaria familiaridade com os métodos específicos da hermenêutica constitucional.

Capelleti destaca que[109]:

> Os juizes de muitos países têm assumido a posição de negar o caráter preceptivo, ou *self-executing*, de leis ou direitos programáticos de cunho social, que normalmente se limitam a definir finalidades e princípios gerais. No entanto, o Poder Judiciário, mais cedo ou mais tarde, teria que aceitar a realidade da transformada concepção do direito e da nova função do Estado. Para tal fim, os juizes devem controlar e exigir o cumprimento do dever do Estado de intervir ativamente na esfera social.

Lênio Luiz Streck evidencia que[110]:

---

[108] FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à Divisão dos Poderes: um princípio em decadência? In: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n 9, 1995, p. 40-48.

[109] CAPELLETI, **Juízes e Legisladores**, p. 41.

> É razoável afirmam, desse modo, que a força normativa da Constituição - e o seu papel dirigente e compromissário - sempre teve, assim, uma direta relação coma atuação da justiça constitucional na defesa da implementação dos valores substanciais previsto na Lei Maior. Para uma tal constatação, basta um exame na Jurisprudência dos tribunais constitucionais - mormente a dos primeiros anos - de países como Alemanha, Espanha e Portugal, sem olvidar aqui, a importância do assim denominado "ativismo judicial" da *Supreme Court* dos Estados Unidos, por exemplo, do *Tribunal Warren*.

Por derradeiro, nesta quadra, calha registrar a seguinte lição[111]:

> E a quem disser que a Constituição assim cai na utopia sempre se poderá replicar com Lucas Verdú que 'todas as realidades de hoje foram utopias de ontem'. A Constituição justa pode ser utópica, mas como muito bem observa Muguerza, quando uma utopia admite uma remota possibilidade de realização, o seu defeito não é ser uma utopia, mas, precisamente o fato de não o deixar de o ser. Por nosso lado, não hesitaremos em subscrever a 'profecia' de Macpherson: só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana.

Do mesmo renomado autor a advertência[112]:

> Em face dos temores que determinados setores da sociedade têm acerca do ativismo judicial, é necessário recordar, com Garcia Herrera, que quando se defendem os princípios constitucionais não se faz política, mas defesa Jurisdicional da Constituição.
>
> Nunca é demais refletir que o Estado Democrático de Direito assenta-se em dois pilares: a democracia e os direitos fundamentais.

Seguindo as traças de Paulo Bonavides[113], o qual enfatiza que a Constituição

---

[110] STRECK, **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**, p. 108.
[111] PINTO, **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**, p 218 e 219.
[112] PINTO, op. cit. , p 110.
[113] BONAVIDES, **A Constituição Aberta**, p. 9 e 10.

aberta – que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes – somente se institucionalizará em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. De tal sorte, a politização da juridicidade constitucional dos três poderes possa fazer legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo.

Clémerson Cléve, na mesma trajetória, argumenta[114]:

> Os dados normativos da Constituição, aliás, não de qualquer Constituição (a do Zaire, por exemplo), mas de uma Constituição como a brasileira de 1988, devem ser potencializadas por uma dogmática constitucional democrática. Se, a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como elaborar isso juridicamente, esta é obra para uma nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a constituição uma Lei Fundamental integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam a emancipação.

Também se pode dizer que[115]:

> Nos países periféricos como o Brasil, a atuação de muitos juizes se caracteriza pela resistência em assumir a sua co-responsabilidade na ação providencial do Estado. Nessa linha exige-se um Judiciário intervencionista que realmente ousa controlar a falta de qualidade das prestações dos serviços básicos e exigir a implementação de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciar da 'programaticidade principiológica' da Constituição. *Em outras palavras, o Judiciário deve se tornar responsável pela coerência de suas atitudes em conformidade com os projetos de mudança social, deixando o juiz, no atual Estado Constitucional Brasileiro, de ser um funcionário estatal, submetido às hierarquias e ânimos da Administração, para tornar-se uma expressão originária do Poder Estatal*.

A evolução jurisprudencial das técnicas de controle da Administração Pública confunde-se com o desenvolvimento histórico do Direito Administrativo. As fronteiras entre as funções estatais de administrar e de julgar são delimitadas, em última instância, pelos Tribunais, e estão em constante processo de redefinição, ora atendendo ao justicialismo, ora à maior contenção judicial.

---

[114] CLÉVE, **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**, p. 209 e 210.

[115] LEAL, **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**, p. 206.

De mão e sobremão, recorremos novamente aos judiciosos escólios de Germana de Oliveira Moraes, a qual, versando o tema Controle Jurisdicional da Atividade Administrativa na Europa, assim se reporta[116]:

> Neste contexto, colhe-se na investigação da Jurisprudência dos Tribunais Constitucionais e Administrativos da Grã-Bretanha, da Alemanha, da França, da Itália, da Espanha, de Portugal e dos órgãos comunitários da Europa, a evolução histórica do desenvolvimento de diversos parâmetros de controle jurisdicional da aplicação dos conceitos indeterminados e da discricionariedade, do excesso de poder e da discricionariedade técnica, na Itália, assim como a construção pretoriana dos princípios gerais da razoabilidade, na Grã-Bretanha, e da proporcionalidade, nos desdobramentos na Península Ibérica, onde de um lado a jurisprudência portuguesa é fortemente influenciada pelas técnicas francesas e italianas, sem falar da repercussão das germânicas, mais marcantes, contudo em nível doutrinário e, de outra parte, na Espanha, sob a inspiração dos princípios da razoabilidade e da igualdade, constitucionalizou-se o princípio de interdição de arbitrariedade.
>
> O estudo sistemático doutrinário, ainda que sinóptico, desses diversos parâmetros de controle jurisdicional, peculiar a cada Estado europeu, volta-se para o objetivo principal de fornecer subsídios à comparação entre esses parâmetros e aqueles fixados pelos princípios constitucionais da Administração Pública no Direito brasileiro, cujos conteúdos, aliás, ainda não se encontram completa e definitivamente densificados, quer no plano doutrinário, quer no plano jurisprudencial. Diante desse quadro, resguardadas as peculiaridades e especificidades para o gradual amadurecimento do Direito Administrativo Brasileiro, é inegável o valor que a experiência estrangeira representa.
>
> A proporcionalidade, como princípio cardeal do Direito Público, consagrou-se a partir das formulações jurisprudencial e doutrinária germânicas, primeiramente no campo do Direito Administrativo, transplantando-se, depois, para os domínios do Direito Constitucional.

Consoante escreve o constitucionalista brasileiro Paulo Bonavides[117]:

> A proporcionalidade é um conceito em plena e espetacular evolução. Apesar de seu emprego ainda recente no controle jurisdicional de constitucionalidade, acha-se ele, pelo dinamismo intrínseco com que opera, fadado por sem dúvida a expandir-se, ou seja, deixar cada

[116] MORAES, op cit p. 81.
[117] BONAVIDES, **Curso de Direito Constitucional**, p 365 e 366.

> vez mais o espaço tradicional, porém estreito do Direito Administrativo, onde floresceu até chegar ao Direito Constitucional cuja doutrina e jurisprudência o consagraram.

Ainda segundo Paulo Bonavides[118]:

> Com o declínio da primeira concepção do Estado de Direito, vinculado ao princípio da legalidade, já superado pelo princípio da constitucionalidade, sob a égide do segundo Estado de Direito, no qual houve o deslocamento do centro de gravidade da ordem jurídica para o respeito aos direitos fundamentais, 'o controle da proporcionalidade é de natureza, expressão mesma do controle de constitucionalidade' e a adoção do princípio da proporcionalidade representa talvez a nota mais distintiva do segundo Estado de Direito, o qual com a aplicação desse princípio saiu admiravelmente fortalecido', ocorrendo a vinculação do princípio da proporcionalidade ao Direito Constitucional por via dos direitos fundamentais. Por sua crescente importância nos domínios do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, o princípio da proporcionalidade é assunto de presença obrigatória nos manuais e compêndios de Direito Constitucional e Direito Administrativo, onde é tratado como princípio geral de direito.

Em sentido amplo, o princípio da proporcionalidade, também denominado "proibição de excesso", significa que a intervenção pública tem de ser suscetível de alcançar a finalidade perseguida, necessária ou imprescindível, quando não houver outra medida menos restritiva da esfera de liberdade dos cidadãos, quer dizer, pelo meio mais suave e moderado entre todos os meios possíveis: é a lei do intervencionismo mínimo. Em sentido estrito, proporcional significa "ponderado", ou equilibrado, por derivar da idéia de mais benefícios ou vantagens para o interesse geral do que prejuízos para outros bens ou valores em conflito, em especial para os direitos e liberdades.

Assim percebe-se, por meio do raciocínio de Alexandrino e Paulo[119], que o princípio da razoabilidade conduz às idéias de adequação e de necessidade. Dessa forma, não basta que o ato advindo da Administração tenha finalidade legítima; é necessário, além disso, que os meios empregados pela própria Administração sejam adequados à consecução do fim almejado e que a utilização, especialmente quando se trata de medidas restritivas ou punitivas, seja realmente necessária. Com isso, o requisito adequação obriga ao administrador perquirir se o ato praticado mostra-se efetivamente apto a atingir os objetivos pretendidos, ou seja, se realmente alcançará os resultados almejados.

Percebe-se assim que o requisito da necessidade preocupa-se com a exigibilidade ou não da adoção das medidas restritivas, ou seja, pergunta-se se não haveria meio menos gravoso à sociedade e igualmente eficaz na consecução dos objetivos

[118] IDEM.
[119] ALEXANDRINO, PAULO. **Princípios Fundamentais da Administração Pública**. p 130 e 131.

visados, isto é, um meio que não fosse desmedido, excessivo, desnecessário, desproporcional à medida adotada. Pergunta-se se os mesmos fins não poderiam ser alcançados com medida mais prudente, mais branda ou menos restritiva. Sinteticamente, sempre que a autoridade administrativa tiver à sua disposição mais de um meio para a consecução do mesmo fim deverá utilizar aquele que se mostre menos gravoso aos administrados.

Como se vê, o princípio da razoabilidade, que também é chamado por alguns autores como o "princípio da proibição do excesso", tem por finalidade aferir a compatibilidade entre os meios e os fins de um ato administrativo, com o objetivo de evitar restrições desnecessárias, arbitrárias ou abusivas por parte da Administração Pública. É a aferição da adequação da conduta que o agente público escolheu com parâmetro na finalidade que a lei expressa.

Em contrapartida, o princípio da proporcionalidade é tido por muitos como uma das vertentes do princípio da razoabilidade. Essa identificação entre os princípios ocorre porque a razoabilidade exige, entre outros aspectos, que haja proporcionalidade entre os meios utilizados pelo administrador público e os fins que ele pretende alcançar. Dessa forma, se o ato administrativo não guarda proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado, será ele um ato considerado desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade visada e não atenderá, portanto, ao princípio da proporcionalidade. Esse princípio considera que a Administração não deve restringir os direitos do particular além do que caberia, do que seria necessário, do que seria proporcional, pois se fundamenta na idéia de que ninguém está obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis, imprescindíveis à satisfação do interesse público.

Na jurisprudência brasileira os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade têm sido utilizados com muita freqüência, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como um só princípio. Entretanto, embora eles se imbriquem de alguma maneira na sua atuação prática, o fato é que são princípios distintos.

Registra Paulo Armínio Tavares[120] que:

> A mais alta corte de Justiça do Brasil costuma se valer, na fundamentação de diversos acórdãos, do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, também como princípio da razoabilidade.

É de se observar que o legislador brasileiro já começa a notar a diferença entre os dois princípios. Na Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999, este diploma legal oferece tratamento separado no que se refere aos dois princípios.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm origens diferentes quanto à sua aplicação. O princípio da razoabilidade de longa data é utilizado na *Common Law*, enquanto o princípio da proporcionalidade é fruto de maior desenvolvimento pela doutrina alemã.

O princípio da razoabilidade, por causa de sua maior abstração, tem campo de

[120] TAVARES, **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**, p. 151.

incidência mais ampliado do que o princípio da proporcionalidade, que atua de modo geral no plano mais concreto.

Segundo Helenilson Cunha Pontes[121]:

> (...) Reduzir o princípio da proporcionalidade a mero critério de interpretação e aplicação do Direito é menoscabar todo conteúdo normativo desse princípio, porque o intérprete do Direito não pode optar se atende ou não ao princípio da proporcionalidade, mas, pelo contrário, é seu dever concretizar esse princípio, sob pena de inconstitucionalidade da decisão jurídica.
>
> Justamente porque no Estado de Direito se exige a preservação da Constituição na maior medida possível, a proporcionalidade, mais que um método, constitui autêntica imposição constitucional. A Constituição não aconselha a obediência ao princípio da proporcionalidade, mas impõe a sua plena concretização e eficácia.

O princípio constitucional da publicidade é aquele que propicia, ao cidadão, o direito à informação e a transparência dos atos, procedimentos e contratos administrativos.

O fundamento constitucional do direito à informação encontra-se no artigo 5º, XXXIII, da Lei Maior brasileira, no qual se assegura a todos o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse coletivo ou geral, que serão prestados no prazo da lei, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Não é admissível, portanto, o sigilo da atuação administrativa, a não ser para resguardar a segurança da sociedade e do Estado, como também para preservar a dignidade da pessoa humana, se, por exemplo, a publicidade, de qualquer sorte, ameaçar ou prejudicar a eficácia do direito, entrar em conflito com o direito fundamental à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas (artigo 5º, X, da Constituição Federal).

Ao lado do direito substancial à informação, o texto constitucional prevê meios de garantir a publicidade da atuação administrativa. Assim, dispõe no artigo 5º, XXXIV, acerca dos recursos administrativos, do direito de petição aos poderes públicos (independentemente do pagamento de taxas) em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder e do direito à obtenção de certidões em repartições públicas para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal. Introduziu, ainda, no inciso LXXII, do mencionado artigo 5º, a garantia judicial do *habeas data*, destinado a assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante e constituintes de registro ou de banco de dados de entidades governamentais ou de caráter público, ou à retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.

O princípio da publicidade assegura ao administrado não apenas o direito à informação, à transparência da atuação administrativa e à visibilidade do poder,

[121] PONTES, **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**, p. 53 e 54.

mas também o direito à informação verdadeira.

No Direito brasileiro, o princípio da impessoalidade foi introduzido autonomamente entre os princípios constitucionais reguladores da Administração Pública pela Carta Política de 5 de outubro de 1988 e tem assumido dogmaticamente diversos conteúdos jurídicos. Na doutrina brasileira, o princípio da impessoalidade é associado ora à noção de igualdade, ora à finalidade pública, ora ainda à de neutralidade e à de imparcialidade, mas não tem merecido a devida atenção por parte dos juspublicistas nacionais, tanto assim que são raros os estudos autônomos de seu conteúdo. Quando não é visto como corolário do princípio da isonomia é correlacionado com o princípio da finalidade, resolvendo-se sob esta vertente o desacato à impessoalidade com a teoria do desvio de poder.

Apenas recentemente o conteúdo do princípio da impessoalidade vem se desdobrando na acepção objetiva de imparcialidade, de acordo com o enfoque mais atual apresentado, sob a influência da doutrina italiana, por Lúcia Valle Figueiredo.

O princípio constitucional da moralidade administrativa teve como ponto de partida o domínio jusprivatístico, em especial no âmbito do Direito Civil, com a introdução de noções como abuso de direito e obrigação natural e de preceitos como boa-fé e proibição de locupletamento ilícito. Entretanto, também no Direito Público, e de modo especial nas normas de Direito Administrativo, identificam-se preceitos morais.

Mesmo no auge do positivismo, o ordenamento jurídico brasileiro não prescindia do recurso aos princípios gerais do Direito veiculadores de valores éticos, os quais tinham função subsidiária da lei e integradora do Direito. A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro – Decreto 4.657, de 4 de setembro de 1942 – prescreve no artigo 4º que, *"quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".*

No constitucionalismo dos países ocidentais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988 foi a primeira e é a única a erigir a moralidade administrativa à estatura de princípio constitucional.

Encontravam-se no passado, e ainda hoje, na dispersa legislação administrativa numerosos preceitos que se referem à moralidade administrativa. Entre os diplomas legais antigos destaca-se o Decreto 19.938/30, e, na atualidade, a Lei 8.429/92, que estipula sanções para a prática dos atos de improbidade administrativa ali tipificados.

Coube ao jurista lusitano Antônio José Brandão, no artigo denominado "Moralidade Administrativa", publicado em Portugal 1947 e no Brasil em 1951, a divulgação das primeiras informações acerca do tema, quando sublinhou que[122]:

> A atividade dos administradores, além de traduzir a vontade de obter o máximo de eficiência administrativa, terá, ainda, de corresponder à vontade constante de viver honestamente, de não prejudicar outrem e de dar a cada um o que lhe pertence.

[122] *Apud* BRANDÃO, **Moralidade Administrativa**, p. 430.

O Professor paranaense Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, na monografia "O Controle da Moralidade Administrativa", em 1974 dedicou-se com afinco a profundo estudo do assunto e sustentou a possibilidade de controle judicial da moralidade dos atos administrativos.

Observa-se, nas conceituações de moralidade administrativa elaborada pelos juristas brasileiros, além da influência do português Antonio José Brandão, a projeção da doutrina estrangeira: da francesa, em especial da teoria do desvio de poder e da definição de moral interna da Administração (Hauriou); da italiana (Rafaelle Resta), com a divulgação da idéia de dever de boa administração; e da espanhola, defensora da extensão da aplicação do princípio da boa-fé (Jesus Gonzales Peres) aos domínios do Direito Administrativo.

Maurice Hauriou, segundo notícia[123], foi quem falou pela primeira vez em moralidade administrativa. Escreveu ele na primeira edição da obra "Princípios do Direito Público":

> Assim, o poder público constitui a armadura moral da administração pública. E, aliás, deve-se notar que todo controle organizado em nome da moralidade administrativa sobre os atos administrativos, deve partir da noção de poder.

Ao comentar o caso Gommel, do Conselho de Estado da França, esse autor desenvolveu a seguinte tese[124]:

> A legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios básicos de boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa.

Deve-se a Maurice Hauriou a conceituação pioneira de moralidade administrativa, que passou a ser entendida como "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". Sob a influência desse conceito de Hauriou, começou-se a preencher o conteúdo do conceito de moralidade administrativa com a idéia de disciplina interna da administração.

Décadas mais tarde, a idéia de dever da boa administração estendeu-se ao Direito Público na Itália e na Espanha, integrando-se ao conteúdo da moralidade administrativa. E a aplicação do princípio da boa-fé, na Espanha, produziu reflexos no Direito Administrativo brasileiro.

Inspirado pelo juspublicista espanhol Jesus Gonzales Perez, o jusperito Celso

---

[123] *Apud* BRANDÃO, **Moralidade Administrativa**, p. 457.
[124] IDEM.

Antonio Bandeira de Mello grafa que se compreendem no âmbito da moralidade administrativa os princípios da lealdade e da boa-fé, cânones segundo os quais a Administração Pública há de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interditado qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício dos direitos por parte dos cidadãos. Para ele[125]:

> De acordo com o princípio da moralidade, a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade dos princípios éticos. Violá-los implicará violação do próprio direito, configurando ilicitude, que as sujeita a conduta viciada à invalidação, porque tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do artigo 37 da Constituição Federal.

As diversas conceituações de moralidade administrativa na doutrina brasileira relacionam o conteúdo do princípio ora com a teoria do desvio de poder, ora com a moral interna da Administração, ora com o dever de boa administração, ora ainda com pautas éticas da atuação dos agentes públicos.

A moralidade administrativa está associada, finalisticamente, à persecução do interesse público em razão do qual se atribui a competência administrativa de que não se pode afastar, e, metodologicamente, à atenção, pelo agente público titular desta competência, de valores como veracidade, honestidade e lealdade e confiança na expectativa de que sua conduta, sob o ponto de vista ético, seja a de um cidadão comum – sincero, honesto e leal, em quem se possa confiar, e consentânea com os valores aceitos socialmente naquele momento.

A função administrativa do Estado – Administração Pública – está vinculada ao princípio da motivação. Todavia, a Carta de 1988 não fez nenhuma menção expressa a ele. Assim, a teor da ordem constitucional, os juristas tiveram e ainda têm de buscar em uma interpretação sistemática do Texto a motivação como princípio constitucional implícito. E, nesse sentido, a exigência da motivação dos atos administrativos pode ser fundamentada tanto no Estado democrático de Direito como no princípio da legalidade, no princípio republicano, no princípio da razoabilidade, no princípio da proporcionalidade, etc.

Lúcia Valle Figueiredo[126] fundamenta o princípio da motivação dos atos administrativos no artigo 93, X, da Constituição Federal, argumentando que, se o Poder Judiciário, ao exercer a função administrativa, atividade que lhe é atípica, fica obrigado a motivar seus atos, com muito mais razão o exercício típico da função administrativa exigiria o implemento desse requisito.

A decisão motivada, para alguns, encontra fundamento constitucional no princípio do *substantial due process.*

O devido processo legal é uma teoria pela qual o Governo é limitado quanto ao modo pelo qual se pode afetar a vida, a liberdade ou o patrimônio de alguém, estabelecendo esse conceito limitações substantivas à autoridade, de forma que ao

---

[125] MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p 70 e 71.
[126] FIGUEIREDO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 51,

Poder Judiciário assiste o direito de rever com independência a legislação para determinar se o Governo usou os meios apropriados ou se a legislação guarda relação de razoabilidade com um fim governamental legítimo.

Sob esse fundamento é que o Poder Judiciário se acha investido na competência de rever os atos de outro poder da República, que é o Poder Executivo, verificando se os atos deste emanados também guardam relação de compatibilidade com o Direito positivo e com a Constituição.

A motivação das decisões administrativas é a garantia decorrente do devido processo legal substantivo que tornará efetiva a possibilidade do controle da legalidade em seu sentido mais amplo: dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Com base na análise da motivação do ato administrativo é que será exercido o *judicial review,* afastando-se do mundo jurídico os atos editados segundo a Lei e o Direito.

Apenas com conhecimento dos fundamentos de fato e de direito que levaram à prática do ato é que o Estado-Juiz pode verificar se o Estado-Administrador se conteve nos limites de sua competência ou se a transbordou, editando atos que não guardam relação de compatibilidade vertical com as normas que lhe servem de fundamento de validade.

Dentro de uma concepção neoliberal, o Estado brasileiro, na linha de montagem assumida pelos Estados nacionais contemporâneos, aderiu à idéia de Estado mínimo. Essas mudanças, que caracterizam a modificação estrutural de muitos países, centram-se na transfiguração da administração pública burocrática para a administração gerencial.

Em decorrência desse direcionamento, foi editada a Emenda Constitucional nº 19/98, que condensou o conceito de competitividade no setor público e implantou vários conceitos e diretrizes estruturais para a implementação da Administração Pública brasileira.

No desenrolar dessas mudanças, a implementação de uma política de resultados e do princípio da eficiência expressa a concepção de que a Administração deve agir de modo rápido e exato a fim de introduzir resultados que atendam às prioridades e às necessidades da coletividade. A eficiência se amolda pelo anseio de prestação da atividade estatal distanciada da lentidão, exercida de forma coerente e despendendo o mínimo de custos, relacionada de maneira estreita com o princípio da economicidade.

O termo “eficiência” é indicado na maioria da doutrina como correlacionado com o conceito de finalidade, de boa administração, de sorte que eficiente é aquilo que produz efeito.

Nas normas de textura aberta que encerram margem de liberdade ao administrador, seja para preencher os ditos conceitos indeterminados, seja para agir com discricionariedade, a elaboração do ato administrativo discriminatório deve ser avaliada à luz do princípio da eficiência a fim de suprir as necessidades dos cidadãos.

“Eficiência” é termo fluído e impreciso que traduz o senso comum da obtenção de resultados positivos no desempenho das atividades administrativas, seja das atividades-fim da prestação de serviços públicos e da construção de obras públicas,

seja das atividades-meio necessárias à execução daquelas primeiras.

O jovem e douto jurista Emerson Gabardo[127] exalta que no contexto do Estado social a real interpretação da eficiência não pode se restringir à perspectiva neoliberal característica da mentalidade pós-moderna. Também afirma, com o que concordamos plenamente, que o princípio da eficiência agora inserido no art. 37, *caput*, da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19/98 já estava de forma implícito na estrutura do regime republicano.

Anuímos ainda ao comentário do ilustre publicista, o qual grafa que[128]:

> Torna-se clara a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos vir a partir da análise da sua eficiência, de forma independente, embora imbricada com os demais princípios constitucionais explícitos e, até mesmo com o da razoabilidade e da finalidade.

O talentoso autor, na mesma obra, faz citação de trabalho de nossa lavra, no qual manifestamos a descrença sobre a efetividade do princípio da eficiência[129]:

> (...) quem sabe assim seja possível aplacar a descrença de alguns autores com relação à aplicação prática do princípio constitucional da eficiência, que de acordo com José Carlos Abraão consiste em um "verdadeiro truísmo" disposto constitucionalmente com fins exclusivamente retóricos.

São correntes e moentes as mazelas assinaladas, diuturnamente, pela mídia, tais como obras inacabadas ou relegadas ao tempo, estradas esburacadas, filas à porta dos hospitais públicos, leitos insuficientes para albergar os carentes de saúde, escolas públicas sem carteiras e transporte escolar deficiente e perigoso, entre outros exemplos. As graves omissões devem-se, principalmente, à falta de planejamento efetivo, como é tradição em todo o nosso sistema federativo.

3. 1.1 Princípios constitucionais como limites à discricionariedade.

O tema proposto e atinente à nossa dissertação – "Controle dos atos administrativos: limites à discricionariedade" – tem sido objeto, de longa data no Brasil e no Exterior, de reflexão e enfrentamento pelos publicistas. A discricionariedade é tema polêmico, pois, nas palavras do ilustre jurista português

[127] GABARDO. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**, p 146 e 147.
[128] IDEM.
[129] GABARDO, op. cit., p. 18.

Afonso Rodrigues Queiró, *“é uma* quaestio diabolica*”.*

Com efeito, no Estado Democrático de Direito, defletido de duas vertentes de pensamento – de Montesquieu e Rousseau – a discrição, que significa arbítrio, autonomia da vontade, ou poder político, é um paradoxo. No plano jurídico, a Administração Pública – leia-se Poder Executivo – funciona sob o controle da legalidade e tem como tarefa principal a defesa do interesse público. Nessa medida, o principal desafio refere-se ao equacionamento da potestade estatal diante de direitos individuais e coletivos dos cidadãos.

Note-se que a autonomia da vontade, no Estado Democrático de Direito, encontra-se juridicizada. Se a Administração tem suas atividades informadas pelo princípio da legalidade – artigo 5º, II; artigo 37, *caput*; e artigo 84, IV, da Carta Magna – o poder discricionário não há de ser equivalente ao poder arbitrário ou abusivo. O poder discricionário, caracterizado como escolha de uma entre várias soluções, é conferido por normas legais e deve atender a parâmetros no seu exercício.

A discricionariedade significa uma condição de liberdade para o desempenho administrativo, em sede de Administração Pública, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita ao vínculo de natureza peculiar; é uma liberdade-vínculo que só vai exercer-se com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder especifico a determinados órgãos ou autoridades. Por outro lado, o poder discricionário se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.

A autoridade, ao exercer o poder discricionário, deve atender ao interesse público referente à competência que lhe foi conferida, por isso a escolha que realiza é finalística.

Deve-se considerar que, em termos de desempenho administrativo, na órbita do Estado o ato administrativo é o instrumento de aplicação da lei aos casos concretos. Os atos discricionários são aqueles praticados em sentido de uma faixa de liberdade concedida ao administrador, pelo legislador, a fim de que aquele, em face da indeterminação do conceito legal, faça uma escolha que deve ser ótima, isto é, aquela que melhor atenda ao interesse público. Nada obstante, *“a regra de competência discricionária não é um cheque em branco”.*

Essa faixa de liberdade confere ao administrador implementar a vontade legal com dados subjetivos próprios insindicáveis pelo Judiciário, com razões de conveniência ou oportunidade, ou mérito, ou núcleo do ato discricionário, interditado ao controle jurisdicional.

O aspecto mais importante no que diz respeito à garantia dos direitos subjetivos é o controle efetivo do desempenho da Administração Pública a fim de se evitarem privilégios a alguns em detrimento de muitos, causa da insegurança social e de descrédito nas instituições, com toda a gama de conseqüências que a injustiça acarreta.

Além da parte introdutória da Constituição, em que se afirmam os seus princípios fundamentais, em vários outros dispositivos se revela a preocupação com determinados valores a serem observados no desempenho da função estatal e, dentro desta, da função administrativa a cargo da Administração Pública. Esta já não está submetida apenas à lei, em sentido formal, mas a todos os princípios que consagram valores expressos ou implícitos na Constituição e relacionados com a

liberdade, a igualdade, a segurança, o desenvolvimento, o bem-estar e a justiça.

Preocupam-se os doutrinadores em realçar a importância dos princípios gerais de Direito como fonte do Direito Administrativo. Até o preâmbulo das constituições passa a ser visto como tal precisamente pelo fato de consagrar valores por tanto tempo desvinculados do Direito.

Todos esses valores são dirigidos ao legislador, aos magistrados e ao administrador público. A lei que os contrarie será inconstitucional. Eles atuam como limites à discricionariedade administrativa – como poder jurídico que é –, a qual não é limitada só pela lei em sentido formal, mas pela idéia de justiça, com todos os valores que lhe são inerentes e declarados a partir do preâmbulo da Constituição.

3.2 O Controle da discricionariedade por meio da Lei 9.784/99 (que regula o processo administrativo).

A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, LIV, consagra pela primeira vez o princípio do devido processo legal ao garantir que *"ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".*

Pela inscrição do devido processo legal com espaço próprio e autônomo no elenco dos direitos individuais e coletivos, pelos princípios que a Lei Maior consagra como fundamentos da República, pelos objetivos que elege e pelo realce atribuído ao controle da Constitucionalidade pelo Poder Judiciário, pode-se assegurar sua acolhida nos dois aspectos, isto é, em termos processuais e substantivos, como ocorre no Direito norte-americano.

O princípio caracteriza-se pela sua excessiva abrangência. As inferências que dele se podem tirar são no fundo ilimitadas. Algumas delas vêm desdobradas na própria Constituição como direitos autônomos nos parágrafos subseqüentes. São exemplos que aparecem no mesmo artigo 5º do direito de petição aos Poderes Públicos (inciso XXXIV), a não-exclusão, da apreciação pelo Poder Judiciário, de lesão ou ameaça de lesão (inciso XXXV), e o juiz natural (inciso XXXVII). Assim também o contraditório e a ampla defesa, com os meios de recursos a ela inerentes, vêm assegurados em todos os processos, inclusive nos administrativos, desde que haja neles acusados ou litigantes (inciso LV).

É certo que o devido processo legal, pela sua importância e até para a caracterização da garantia, enseja a formulação de muitas questões, dentre as quais é de todo conveniente abordar os princípios do contraditório e da ampla defesa no âmbito do procedimento administrativo.

A Constituição estendeu as garantias aos processos administrativos em que haja litigantes. É esta a grande inovação da Constituição de 1988[130] e, como observa Ada Pellegrini Grinover:

---

[130] GRINOVER, Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo, **Revista de Direito Administrativo** 183/9 - 18, p. 10

> Esta é a única interpretação da norma constitucional que, em obediência ao princípio de que a lei não pode conter disposições inúteis, faz com que não se considere superposta a tutela constitucional para os 'acusados em geral' e para os litigantes em processo administrativo.

Registra, ainda, essa jurista[131]:

> Isso não é casual nem aleatório, mas obedece à profunda transformação que a Constituição operou no tocante à função da Administração Pública, no pressuposto de que o caráter democrático do Estado deve influir na configuração da Administração... Nessa linha dá-se grande ênfase, no direito administrativo contemporâneo, à nova concepção de processualidade no âmbito da função administrativa, seja para transpor para a atuação administrativa os princípios do 'devido processo legal', seja para fixar imposições mínimas quanto ao modo de atuar da Administração.

A lei que regula o processo administrativo na esfera da Administração Pública Federal foi editada somente em meados de 1999. Esse diploma legal é claro ao estabelecer, em seu artigo 1º, *caput* e parágrafo 1º, o processo administrativo *"no âmbito da Administração direta e indireta"*, aplicando-se também *"aos órgãos do Legislativo e do Judiciário quando no desempenho de função administrativa".* É indubitável a aplicação da lei na órbita da União, na medida em que os demais entes federativos gozam de autonomia conferida pelo artigo 18 da Carta Magna para legislar sobre Direito Administrativo. Na qualidade de competência legislativa concorrente secundária, as três órbitas federativas podem exercer simultânea e ilimitadamente o poder dever de legislar acerca de matéria administrativa, o que vem apenas corroborar o entendimento de que a referida lei regula o processo administrativo somente em sede da Administração Federal.

De qualquer forma, o conteúdo principiológico das normas da lei em apreço enseja possibilidade de que, na ausência de elaboração normativa própria, Estados, Municípios e Distrito Federal sirvam-se de seus critérios gerais para colmatação de lacunas na solução de conflitos internos.

São incontroversos os benefícios que a Lei 9.784/99 transfere à ordem jurídica, principalmente aqueles que decorrem dos aspectos formais, constituindo relação jurídica entre administração-cidadão, com atendimento a princípios e regras jurídicas cogentes na referida relação, sem que o agente público possa descurar-se no que atina à fiel obrigação legal de instruir devidamente o processo administrativo sem comportamentos diversos do interesse público.

Sem os aspectos pertinentes a uma relação jurídica formal, os direitos de cidadania ficam adstritos à vontade do agente político, o qual observa muito mais o interesse

[131] GRINOVER, op. cit, p. 10 e 11.

político-partidário que o direito subjetivo pleiteado em face do elastério produzido pela discricionariedade administrativa.

O processo administrativo previsto na Lei 9.784/99 contribui decisivamente para efetivar o controle da discricionariedade, já que enseja um dever-agir por parte do administrador, agir este ainda consoante os ditames legais, o que claramente limita a sua discricionariedade. E limita, também, ao tempo que obriga o administrador a motivar os atos exarados, as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo, de molde a poder-se avaliar sua precedência jurídica e racional perante o caso concreto.

A obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, sem dúvida, é passo decisivo na evolução do controle da discricionariedade, uma vez que abordada, especificamente, no capítulo XII, artigo 50, da supracitada lei. Nesse artigo há previsão de atos cuja motivação é obrigatória, tais como os casos de dispensa de licitação (inciso IV); decisão de recursos administrativos (inciso V); atos que importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (inciso VIII); e também o artigo 50, parágrafo 3º, que determina que as decisões dos órgãos colegiados tenham motivação constatada em ata, com caráter obrigatório.

Observa-se, pois, que a Lei 9.784/99 contribui para a efetivação dos princípios constitucionais na medida em que assegura maior participação dos administrados nas decisões que lhes digam respeito, resguardados o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório, a eficiência, a publicidade e a motivação, configurando marco decisivo na evolução do controle dos atos administrativos e das decisões tomadas pela Administração.

Segundo ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, convém sinalizar dois objetivos na prática do processo administrativo[132]:

> a) resguarda os administrados; e b) concorre para uma atuação administrativa mais clarividente. A) Quanto ao primeiro objetivo, salienta-se que enseja ao administrado a possibilidade de que a sua voz seja ouvida antes da decisão que irá afetá-lo. (...) Trata-se, na verdade, de estabelecer controles “desde dentro”, ou seja, incidentes na própria intimidade da Administração, ao longo da formação de sua vontade, ao invés de contentar-se com controles operados de fora, pelo Judiciário, e, portanto, geralmente só utilizáveis *ex post facto*.
>
> De outro lado, o procedimento ou processo administrativo revela-se de grande utilidade, para complementar a garantia da defesa jurisdicional, porquanto, em seu curso, aspectos de conveniência e oportunidade passíveis de serem levantados pelos interessados podem conduzir a Administração a comportamentos diversos do que tomaria, em proveito do bom andamento da coisa pública e de quem os exibiu em seu interesse (...). B) Concorre para uma decisão mais bem informada, mais conseqüente, mais responsável, auxiliando assim, a eleição da melhor solução para os interesses públicos em causa.

[132] MELLO, **Curso de Direito Administrativo**, p. 248 e 249.

Os aspectos formais da relação jurídica, em linha procedimental, evitam decisões descompassadas da ordem jurídica – normas e princípios – ao mesmo tempo em que inibem a vontade política distanciada da pretensão jurídica, esboçada pelo cidadão, constituindo privilégios para alguns em detrimento de muitos.

Na revista "Direito Administrativo Contemporâneo, Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho", publicamos um trabalho em homenagem ao ilustre administrativista[133]:

> (...) Dr. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em 1971, através da Editora Revista dos Tribunais, fez publicar a obra "Introdução ao Direito Processual Administrativo". No prólogo de sua obra, destacamos tópicos, através dos quais evidencia com profundo senso jurídico, a realidade contemporânea e ao mesmo tempo vislumbra no presente uma realidade futura.
>
> Cabe ainda perquirir como podemos acelerar os processos administrativos e tomadas de decisões num contexto jurídico sabidamente multiforme, cheio de resistência e praxes perturbadoras, eivadas de vícios e limitações burocráticas.
>
> (...) Ainda que não seja uma verdade plenamente reconhecida de momento, o Direito Processual Administrativo caminha para a sua consolidação por meios e fins adequados.
>
> (...) Por outro lado, a presença do Estado nos vários planos da vida social, está a exigir da Administração procedimento rápido, eficaz, flexível, procedimento que permita dar imediata satisfação às necessidades públicas, sem violar nos administrados as garantias jurídicas e fundamentais.

E salientamos:

> Portanto, há 33 anos, o saudoso Mestre, com sua inteligência lúcida e perspicaz já antecipara que o interesse público não poderia prescindir de um instrumento jurídico eficiente, capaz de propiciar, com agilidade, a relação formal entre Administração Pública e cidadãos.

Sobremais, pela primeira vez em nossa Constituição a cláusula do devido processo

[133] ABRAÃO. **Ao mestre de todos nós, com o carinho de sempre**, p. 358.

legal – artigo 5º, LIV, que remonta à Magna Carta Inglesa de 1215 – ganhou significação substantiva na Constituição Americana, especialmente pela interpretação que a Suprema Corte Americana passou a construir a partir das Emendas V e XIV.

Paulo Fernando Silveira[134] anota que:

> Embora o devido processo seja uma ancião de quase oito séculos, a força sobrepujante da carga jurídica que carregam as quatro palavras que enfeixam o princípio (*due process of law)* demonstrou um poder libertador tão expressivo que hoje pode-se dizer, com segurança, todo direito individual se acha tocado por ele, ao longo dos séculos essa cláusula foi imantando demais direitos fundamentais, interagindo com tal força que passa a vinculá-los todos à sua observância prévia. Até mesmo a coluna mestra das garantias individuais - o direito de igualdade - ficou protegido, também, pelo processo legal. Portanto, não se restringe mais a cláusula apenas à vida, liberdade e propriedade. Sob o seu manto protetor abriga todos os direitos outorgados pela Carta Política, como o da privacidade da informação, do julgamento justo e imparcial, da fundamentação das decisões, da mais ampla defesa, do contraditório, do réu falar por último etc.

Cumpre que todas as pessoas governamentais, independentemente da hierarquia, dêem cumprimento efetivo ao devido processo legal e não escamoteiem por critérios meramente políticos, de índole subjetiva.

A efetividade significa a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos e dos preceitos legais, e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social.

O arbítrio dos agentes políticos restringiu-se ainda mais, em sede de Administração Pública, na medida em que a doutrina moderna cria, pela persistência, entre os operadores de Direito e com acentuados reflexos na sociedade civil, a cultura da juridicidade, a qual paulatinamente irá influenciar o Judiciário absenteísta e atrelado ao Executivo.

[134] SILVEIRA. **Devido Processo Legal**, p. 100.

CONCLUSÕES

A doutrina do Direito Administrativo formou-se sob inspiração do ideário do Estado liberal. Suas principais categorias forjaram-se e seus dogmas sedimentaram-se sob o pressuposto do culto à lei. São assim compreensível as dificuldades enfrentadas no texto ao se admitirem e incorporarem os postulados da teoria contemporânea, de "direito por princípios", na fase pós-positivista do constitucionalismo – instaurado após a superação dialética da antítese entre o jusnaturalismo e o juspositivismo, e durante o predomínio do culto à Constituição – fazer novas abordagens sobre a eterna busca, para os cultores do Direito Administrativo, sobre os limites e o controle da discricionariedade. Nada obstante possa o tema ser qualificado como tipicamente de Direito Administrativo, o controle da discricionariedade e os seus limites, por indubitável, mantém uma interface com o Direito Constitucional.

O Executivo tornou-se hegemônico em face das peculiaridades dos tempos modernos. As necessidades da ordem social trouxeram como conseqüência o fortalecimento do Executivo à vista do acúmulo de funções a cargo do Estado, que se transformou em Estado empresário, prestador de serviços e investidor. O resultado do fortalecimento do Executivo foi o mais sério golpe do qual onde emanam atos de natureza normativa. O grande volume de atribuições assumidas pelo Estado concentrou-se, em sua maioria, no Executivo, que para atuar não podia ficar à espera de lei a cada vez, já que a sua promulgação depende de complexo e demorado procedimento legislativo. Passou-se, então, a conferir atribuições normativas ao Poder Executivo, que veio a exercer essa competência por meio de decretos-lei, leis delegadas, regulamentos autônomos e medidas provisórias. Acresça-se que a iniciativa das leis foi atribuída, em grande parte, ao Executivo.

Assim, o grande problema é o controle desse Executivo hipertrofiado em face dos direitos subjetivos públicos. Como contender a força desregrada do Executivo? Como conter a discricionariedade camuflada em gigantesco arbítrio? Este tema nodal se impõe à reflexão dos publicistas. Quer nos parecer que o controle da discricionariedade por meio dos princípios constitucionais e dos princípios gerais de Direito é o grande norte, o caminho que se entremostra lógica e juridicamente mais viável.

Dessa forma, levando-se em consideração a estrutura na qual foi elaborado este

trabalho e como os conceitos desenvolvidos foram fundamentados, pode-se concluir que, em relação à construção do conceito de discricionariedade e a sua relação com a exclusão social, configura-se uma interface intimista. Assim:

1) Discricionariedade significa uma condição de liberdade para o desempenho administrativo, em sede de Administração Pública, mas não de liberdade ilimitada. Trata-se de liberdade juridicizada, contida.

2) O regime do Estado de Direito trouxe garantias aos cidadãos relativamente ao agir da Administração. Ao mesmo tempo em que fez dos administrados titulares de direitos subjetivos, reduziu as competências discricionárias dos agentes públicos. *"Direitos subjetivos e poder discricionário são conceitos antitéticos"*, segundo ensina Afonso Rodrigues Queiró.

3) O absenteísmo do Estado acabou por produzir conseqüências funestas no âmbito econômico e social. Surge uma nova classe social – o proletariado – em condições de miséria, doença e ignorância.

4) As graves distorções institucionais que levam a esse quadro dantesco de exclusão possuem raízes históricas. O Direito aqui implantado pelos colonizadores por meio das Ordenações do Reino – Afonsinas, Manuelinas e Filipinas – e comprometido com os detentores do poder, totalmente direcionado às elites e de índole discricionário e patrimonialista, desprezou a cultura autóctone – negra e indígena.

5) As Ordenações do Reino aplicadas em território brasileiro, sem nenhuma alteração, tinham o escopo de beneficiar a Coroa e manter o poder dos proprietários de terras. Tratava-se, portanto, de um Direito discricionário com relação à população nativa e comprometido com a elite do poder – ordenamento formalista e dogmático, decorrente do quadro político-administrativo de Portugal.

6) É de se verberarem as gravíssimas deficiências do nosso ensino jurídico, pois, ao lado do despreparo dos professores, se desenvolve, com a complacência das classes jurídicas, um currículo que, entre outros graves defeitos, prevê o ensino de um só ano de Direito Constitucional, ao lado de quatro anos de Direito Civil, três de Direito Processual, três anos de Direito Comercial, de inúmeras de 'prática forense' e de inutilidades enganosas. Este problema ainda persiste.

7) A deficiência na formação dos magistrados brasileiros é preocupante, pois em muitos casos eles estão mais preocupados em apenas seguir o que diz a lei, o que é insuficiente para permitir a captação das razões dos conflitos e das tensões sociais.

8) O Direito no Brasil Colônia era essencialmente particular, desvinculado da população r voltado aos interesses dos coronéis e da Coroa. Esta não buscava fazer justiça na Colônia, mas tão-somente precaver-se de ameaças e garantir o pagamento de impostos, admitindo que seus magistrados protegessem os seus próprios interesses privilegiando um estrato social específico, representado pelo poder da elite partícipe da administração burocrática do Estado patrimonial. Esse Estado refletia um quadro sociopolítico de dominação, exploração e injustiça.

9) O liberalismo brasileiro emerge com limitações e distorções pelo pouco conhecimento da população, na sua grande maioria analfabeta e alienada, em face das dificuldades de acesso às doutrinas ideológicas estrangeiras, além do fato de que no Brasil importaram-se as idéias liberais, sem que, contudo, elas fossem

realmente absorvidas ou desejadas pelo povo: um país liberal sem a revolução liberal.

10) Da conclusão anterior decorre o fato de que o idealismo europeu com características ideológicas revolucionárias jamais foi abraçado pelos vários estratos nacionais, mas sim adaptado para servir aos interesses dos grandes proprietários de terras, dada a ausência de uma revolução burguesa, o que não permitiu o desenvolvimento do espírito ideológico-liberal como proclamado na Inglaterra, na França e nos Estados Unidos.

11) O combate ao arbítrio, que contém a força desregrada do Executivo e modera a ação despótica da Administração, parece impossível e inútil. Impossível pelo vulto, pela complexidade e pela perpetuação dos vícios. Inútil porque tudo isso é mera conseqüência, simples sintoma. O grande mal está na impunidade das usurpações primeiras, na acomodação do Legislativo omisso no seu dever de vigilância, e na autocastração do Judiciário, que se recusa a assegurar a supremacia da Constituição.

Em relação aos conceitos desenvolvidos no segundo Capítulo, ou seja, a discricionariedade e a relação que esta possui com o princípio da legalidade e todos os outros conceitos inter-relacionados, como a vinculação e com o mérito do ato administrativo, pode-se concluir que:

12) A Administração Pública submete-se não apenas à lei, mas ao Direito, e este pode ser instrumentalizado por outros meios que não a lei formal.

13) É incontestável a não-existência de atos totalmente vinculados e de atos plenamente discricionários. Com supedâneo no entendimento do Direito como um conjunto de princípios e de regras, ampliou-se a margem de vinculação dos atos discricionários.

14) O juízo discricionário do agente público resulta da norma jurídica (legalidade) e decorre da captação dos anseios da sociedade (legitimidade) a que o Estado se submete, em sua atuação, a fim de realizar o interesse público.

15) Há uma diferença – nem sempre perceptível em muitos casos concretos – entre a discricionariedade e a arbitrariedade, o que pode ser objeto de avaliação da finalidade do ato. Em tal circunstância deve-se atentar se houve atendimento dos fins coletivos ou se a decisão se encontra camuflada em intenções alheias ao serviço público, caracterizando desvio de poder.

16) A discricionariedade se sujeita não só às normas específicas para cada situação, mas a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral e impedem seu uso abusivo.

17) A ausência de controle eficaz da discricionariedade administrativa no que atina ao seu núcleo – mérito insindicável pelo Judiciário – postura arraigada da jurisprudência brasileira, compromete a Justiça social e concorre para produzir a exclusão.

18) A textura aberta da linguagem jurídica é conseqüência do fato de decorrer ou socorrer-se da linguagem natural, que representa o campo no qual os fenômenos se manifestam. Assim, não há uma cunhagem de palavras no âmbito do Direito para expressar determinados significados, o que muito se constata em outras ciências. Mesmo diante do problema da imprecisão dos conceitos jurídicos, é dever do aplicador do Direito conferir significado exato a tais termos, visto que a própria lei

assim determina.

19) O conceito indeterminado pode abrigar uma série de situações hipotéticas. É possível identificar, nas situações concretas, os fatos que com certeza se enquadram no conceito. Também é possível identificar as situações concretas que, induvidosamente, não se amoldam no enunciado. Entretanto, remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se se ajustam à hipótese abstrata.

20) O desvio de poder, isto é, a aplicação da teoria do desvio de poder na anulação dos atos administrativos, oferece poucos exemplos concretos nos tribunais brasileiros. A mais expressiva manifestação jurisprudencial, porque lastreada de substância doutrinária e na adequação da hipótese, é o acórdão nº 1.422, que se fundou em erudito voto do desembargador Seabra Fagundes.

21) A jurisprudência do STF, anterior e posterior à Constituição de 1988, sempre se orientou, precisamente, no sentido da insindicabilidade do ato administrativo discricionário no que atina ao mérito.

22) O desvio de poder só pode ser havido como existente quando a análise aprofundada dos fatos e das circunstâncias que o envolvem autoriza margem segura de certeza quanto ao ato viciado.

23) O *détournement de pouvoir* identifica-se sempre que o agente administrativo, embora competente, pratica determinado ato mediante o uso de seus poderes legais para fim diverso daquele em virtude do qual lhe foram concedidos.

24) A teoria do desvio de poder teve o mérito da fiscalizar a noção de interesse público como centro da legalidade do ato administrativo.

25) O mérito pressupõe o exercício da discricionariedade sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica ou de fiscalização pelo Poder Judiciário.

26) O controle de legalidade compreende a verificação da correspondência entre os elementos: competência, finalidade e forma do ato administrativo, com o intuito de evidenciar o que já está previamente fixado na norma e, conseqüentemente, nos atos predominantes vinculados.

27) A discricionariedade é um instrumento conscientemente criado para custodiar os interesses públicos. É a discricionariedade constituída para prover os meios adequados à consecução de uma boa e salutar gestão administrativa.

28) No mundo vivido, tem-se assistido ao fato de a noção de discricionariedade servir de refúgio para devastador arbítrio, nem sempre de fácil ataque pelas vias assecuratórias atuais. Direitos fundamentais continuam sendo sufocados em nome da discrição, embora a Constituição tenha sido generosa ao estabelecer o catálogo aberto de tais direitos. É imperativo esclarecer que, dada a subordinação dos agentes públicos à lei e ao Direito, a discricionariedade resulta invariavelmente vinculada aos princípios constitutivos do sistema e aos direitos fundamentais.

E relacionado ao terceiro Capítulo, que trata do controle jurisdicional dos atos administrativos sob a nova óptica principiológica e as implicações disso no ordenamento jurídico pátrio, inferiu-se que:

29) A discricionariedade entendida como área imune à sindicabilidade judicial

somente se enquadra no perfil do Direito por regras. Esta concepção necessita ser reavaliada e redefinida em face da nova compreensão, que se assenta na idéia de Direito por princípios.

30) Na atual conjuntura, a doutrina jusadministrativista brasileira revela certa tendência para o ativismo judicial ao procurar apresentar argumentos de ordem teórica para ampliar a latitude do controle jurisdicional do ato administrativo. A doutrina brasileira caminha no sentido de fornecer subsídios à ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade.

31) Em contrapartida, os tribunais brasileiros têm assumido uma atitude de autocontenção do controle do mérito do ato administrativo: é insindicável pelo Judiciário.

32) Para o constitucionalismo brasileiro há duas concepções do Estado de Direito: uma em declínio, já ultrapassada e vinculada doutrinariamente ao princípio da legalidade, e outra em ascensão, atada ao princípio da Constitucionalidade, que deslocou para o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica.

33) Permite-se ao juiz, além da verificação da conformidade do ato administrativo com a lei, o exame de sua compatibilidade com outros princípios constitucionais, além da legalidade. Verifica-se destarte a superação do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade.

34) A intangibilidade do mérito pelo Poder Judiciário, no Brasil, assenta-se no princípio da separação de poderes, com independência de cada um deles para atuar de forma livre e com autonomia na sua esfera de competência.

35) O controle de juridicidade, em sentido estrito, começa quando cessa o controle da legalidade e consiste no exame de compatibilidade da valoração dos motivos e da definição do conteúdo do ato administrativo predominantemente discricionário com os princípios jurídicos outros que não o da legalidade, como, por exemplo, o princípio da proporcionalidade.

36) Percebe-se também que as dificuldades em delimitar o ponto onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo, a deter-se diante do mal-definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade nos limites estabelecidos em lei, em proveito das proteções constitucionais.

37) O perfilhamento do neopositivismo pela nova geração de publicistas no Brasil vem atender, em grande parte, ao problema da exclusão social. A lei perde seu prestígio e sua grandeza, sob os vários aspectos apontados, e desvincula-se da idéia de justiça – é mero instrumento de realização do bem comum – e passa a ser instrumento de realização da vontade de grupos, de classes, de partidos. Com isso, a lei perdeu, em grande parte, seu caráter de generalidade, abstração e impessoalidade e passou a ter caráter individual, na medida em que atende a interesses parciais da sociedade ou de grupos.

38) A mais alta corte de Justiça do Brasil costuma se valer, na fundamentação de diversos acórdãos, do princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso, também como do princípio da razoabilidade.

39) A obrigatoriedade de motivação dos atos administrativos, sem dúvida, é passo

decisivo na evolução do controle da discricionariedade, como abordado, especificamente, no capítulo XII, artigo 50, da Lei 9.784/99. Nesse preceptivo, há previsão de atos cuja motivação é obrigatória, tais como os casos de dispensa de licitação (inciso IV); de decisão de recursos administrativos (inciso V); e de atos que importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (inciso VIII). Também o parágrafo 3º do referido artigo 50 determina que as decisões dos órgãos colegiados tenham motivação constatada em ata, com caráter obrigatório.

40) Onde há direito a determinado comportamento da Administração cessa para esta o poder discricionário, pois Direito subjetivo e poder discricionário são conceitos contrários.

41) Mesmo diante do problema da imprecisão dos conceitos jurídicos, é dever do aplicador do Direito conferir significado exato a tais termos, visto que a própria lei assim determina.

42) No Direito, parece ser mais evidente do que na compreensão dos fenômenos quotidianos que seus limites são traçados pela linguagem, ou, em outros termos, pela leitura dada pelo intérprete e aplicador da norma jurídica, no momento de sua concretização, acerca dos fatos e processos sociais e dos valores aceitos em determinado tempo e lugar.

43) O desprestigio do Poder Judiciário agravou o problema, o que se explica pela dependência em relação ao Poder Executivo pelo despreparo dos magistrados em matéria de Direito Público, em especial do Administrativo.

44) Os aspectos formais da relação jurídica, em linha procedimental, evitam decisões descompassadas da ordem jurídica – normas e princípios – ao mesmo tempo em que inibem a vontade política (distanciada da pretensão jurídica) esboçada pelo cidadão, constituindo privilégios para alguns em detrimento de muitos.

45) Considerando a Constituição como lei suprema que prevalece sobre todas as normas, o que se requer é a ação de uma magistratura culta e imparcial – objetiva e subjetivamente imparcial para ver configurado o Estado de Direito.

46) A nova perspectiva doutrinária verificou-se, no Brasil, a partir da Carta de 1988, quando ocorreu a constitucionalização dos princípios da Administração Pública. O artigo 37 da Constituição vigente refere-se de forma expressa aos princípios de observância cogente, pela Administração Pública direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União: os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Sobremais, há obrigatoriedade de observância, pela Administração Pública, de princípios gerais do Direito como técnica de controle jurisdicional da atuação administrativa. Dentre eles, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

47) O processo ou procedimento administrativo previsto na Lei 9.784/99 contribui, decisivamente, para efetivar o controle da discricionariedade, já que enseja um dever de agir por parte do administrador, agir este ainda consoante os ditames legais, o que claramente limita a sua discricionariedade. E limita, também, ao tempo que obriga o administrador a motivar os atos exarados e as razões técnicas, lógicas e jurídicas que servem de calço ao ato conclusivo de molde a poder-se avaliar sua precedência jurídica e racional perante o caso concreto.

48) O controle da discricionariedade pelo Judiciário pode ser exercido para anular tais atos quando incompatíveis com a ordem jurídica vigente. A extensão desse controle limita-se à invalidação, não podendo o juiz substituir a decisão da Administração pela sua.

49) Ressalva se faz aos casos de conceitos indeterminados vinculados e de atrofia da discricionariedade: quando da avaliação do caso concreto, pode o juiz, sopesando a razoabilidade e a proporcionalidade, dentre outros critérios, precisar qual a única solução viável e possível, sendo-lhe válidas a anulação da decisão administrativa e a substituição pela decisão judicial.

50) Na jurisprudência brasileira os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade têm sido utilizados com muita freqüência inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, como um só princípio. Entretanto, embora eles se imbriquem de alguma maneira, na prática são princípios distintos.

Sinteticamente, percebe-se dessa forma que as conclusões parciais aqui recolhidas não impedem a elaboração de uma conclusão geral, linha mestra que unifica todo o trabalho. O Direito no Brasil desenvolveu-se sob uma óptica elitista e patrimonialista, uma vez que foi elaborado para servir aos interesses político-financeiros que a Coroa portuguesa e as elites portuguesas tinham na Colônia. Depois da proclamação da Independência, os interesses que se impuseram foram os dos senhores de terras e de escravos e o de uma ainda incipiente burguesia comercial, que, entretanto, visava estruturar-se. Por isso o Direito brasileiro, mesmo depois da Independência, continuou a ser elitista e patrimonialista. Importaram-se alguns avanços liberais, com a gravidade de que por essas terras não ocorreu uma revolução liberal-burguesa, de sorte que esses avanços importados só serviram para maquiar o grande problema da exclusão que já se delineava no País.

Nesse sentido, no âmbito da Administração Pública a separação de poderes, importada da França, impôs-se como reação a um absolutismo que por aqui nunca existiu, configurando um modelo de Estado que vinculava a discricionariedade da Administração Pública ao princípio da legalidade e à proibição, em alguns casos até constitucional (vide exemplo das constituições de 1934 e 1937), do exame dos atos administrativos por meio do Judiciário. Isso contribuiu para aumentar o fosso social e amplificar uma situação excludente e já histórica.

Como reação a esse modelo de Estado, juristas contemporâneos e com idéias mais arejadas propõem a substituição do princípio da legalidade administrativa, por ora ainda aqui dominante, pelo princípio da juridicidade constitucional, pensamento este a cargo dos estudiosos conhecidos como neo ou pós-positivistas. Considera-se aqui essa posição como a mais adequada para combater a exclusão, principalmente em seara administrativa, uma vez que se pretende materializar as promessas da Constituição de 1988. Com isso, este trabalho procura alinhar-se à busca de uma solução viável para os problemas crônicos constatáveis no ordenamento jurídico do País, apesar de a classe política oferecer uma faceta de aparente neutralidade e distanciamento.

REFERÊNCIAS

ABRAÂO, José Carlos. Ao mestre de todos nós, com o carinho de sempre. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord). **Direito Administrativo Comtemporâneo**: estudos em memória do Prof. Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo horizonte: fórum, 2004.

APOSTOLOVA, Bista Stefanova. **Poder Judiciário:** do moderno ao contemporâneo. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1998.

ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 1985.

_____. **República e Constituição.** 2ª ed. 3º tiragem. São Paulo: Malheiros, 2004.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. Coleção Curso e Concurso. Coordenação Edilnen Mougenot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Superação das Deseigualdades Regionais**. *In*: Eros Roberto Grau; Willis Santiago Guerra Filho. (Org.). Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides. São Paulo, 2001, v., p. 74-107.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**. São Paulo: Paz e Terra. 1992.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. Belo Horizonte, Livraria Del Rey, 1993.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo:Malheiros, 1996.

BRANDÂO, Antonio José. Moralidade Administrativa. *In*: **Revista de Direito Administrativo** n. 25, 1951.

BROSS, Siegfried. Tutela Judicial Efetiva no sistema multinível e as prerrogativas da Administração. *In*: **Revista do Conselho de Justiça Federal (CEJ)**, Brasília, n. 27, p. 5-12 , out./dez 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1993.

CLÈVE, Clemerson M., Poder Judiciário: Autonomia e Justiça. *In:* **Revista de Informação Legislativa**, n. 117,1993.

_____. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *IN:* **Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba**. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRETELLA, JUNIOR, José. **Do ato administrativo**, 1977.

CUNHA, Ferreira. **Res – Pública**. Ensaios Constitucionais, 1998.

CURY, Vera de Arruda Rezo. **Introdução à Formação Jurídica no Brasil**. Campinas: Edicamp, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A Magistratura em face dos Conflitos. *In***: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. v. 31.

_____. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988.** 2ª ed. São Paulo:Atlas, 2001.

ENTERRIA, Eduardo Garcia de; e FERNANDEZ, Tomás – Ramon. **Curso de Derecho Administrativo**, v. I, Madri: Civitas, 1994.

FAGUNDES, Seabra Fagundes. Conceito de Mérito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo.** n. 23/1-16.

FARIA, José Eduardo. Democracia e Governabilidade: Os Direitos Humanos à Luz da Globalização Econômica. *In:* Pinheiro, José Ernane (org.). **Ética, Justiça e Direito**. Petrópolis: Vozes, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **O Judiciário frente à Divisão dos Poderes**: um princípio em decadência? In: **Revista Trimestral de Direito Público**. São Paulo: Malheiros, n 9, 1995, p. 40-48.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2001.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao Direito Processual Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

_____. **O Princípio Contratual da Moralidade Administrativa.** Curitiba: Gênesis. 1993.

FREITAS, Juarez. Carreiras de Estado: a defesa do núcleo estratégico. In: **Revista Zênite**, ano IV, n 38, set 2004/2005.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Políticas públicas – A responsabilidade do administrador e o Ministério Público.** São Paulo: Ed. Max Limonad, 2000.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002.

GORDILLO, Agostín. **Tratado de Derecho Administrativo**. v 1, parte geral, 4ª ed. Madri, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Do Direito de Defesa em Inquérito Administrativo. *In:* **Revista de Direito Administrativo** 183/9 – 18.

KRELL, Andréas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os descaminhos de um Direito Constitucional comparado. Porto Alegra: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl - Teoria de la Constitución. 2.ed. Barcelona: Ariel, 1970.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. IN: **Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos.** MILARÈ, Edis (coord). São Paulo: RT, 2001

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 1989.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional** 2ª ed. E 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. **Revista de Direito Administrativo**, n. 119.

_____. **Curso de Direito Administrativo**, 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MIHALIUIC, Katherine de Macedo Maciel. **Discricionariedade Administrativa e Conceitos Jurídicos Indeterminados:** estudos em face de um paradigma constitucional. Rio de Janeiro: Letra Legal Editora, 2004.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NUNES, Ministro Castro. Embargos na Apelação Cível nº 7.307. Julgamento pelo Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. *In:* **Revista de Direito Administrativo**, v 3.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral **Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PONTES, Helenilson Cunha. **O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **Reflexões sobre a Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo**. Coimbra: Coimbra Editora, 1940.

_____. **A Teoria do Desvio de Poder**. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, suplemento ao V. XVI, Coimbra: Editora da Faculdade de Direito de Coimbra, 1942.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública.** Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS, Boaventura de Souza. Reiventar a Democracia: entre o pré-contratualismo e o pós-contratualismo. *In:* **Os Sentidos da Democracia**. São Paulo, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2006.

SHIRLEY, Robert. **Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido Processo Legal.** 3ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SOUSA, Antônio Francisco de. Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo. Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

STRECK, Lenio. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2ª Edição . Rio de Janeiro: Forense, 2004

TÁCITO, Caio. Vinculação e Discricionariedade Administrativa. In**: Revista de Direito Administrativo**, n. 205.

_____. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, Paulo Armínio**. O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição.** São Paulo: Renovar, 1999.

VALADÃO, Haroldo, **História do Direito**, Principalmente do Direito Brasileiro, 4ª Edição, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

VIANNA, Luis Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann. **A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLKMER, Antônio Carlos**. História do Direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.