ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

CONTROLE JURISDICIONAL E DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

JUDICIAL REVIEW AND ADMINISTRATIVE DISCRETION

Jorge Cruz de Carvalho*

RESUMO: Cabe ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV) o controle de legalidade dos atos da Administração Pública, inclusive os discricionários. A discricionariedade deve ser investigada no caso concreto, haja vista que a "solução ótima" para o bem comum é, muita vez, preterida pelo Administrador, que *apenas formalmente* cumpre o desiderato legal. Em que pese não poder o Judiciário ingressar no chamado mérito administrativo, é possível analisar os atos discricionários à luz do Princípio da Juridicidade. Não podem escapar a tal controle, igualmente, as omissões, muitas das quais inadmissíveis em face do modelo de *Estado Social*, sobrelevando-se a compreensão e o manejo adequado da "cláusula de reserva do possível" e do "mínimo existencial".
Palavras-chave: Administração. Controle. Discricionariedade administrativa. Princípio da juridicidade.

ABSTRACT: It is the judiciary's role (art. 5, XXXV) to control the legality of the public administration's acts including the discretionary ones. The discretion should be investigated in each practical case, since the best solution for the common good is often postponed by the Administrator, who only formally fulfills the legal expectation. Despite the judiciary cannot analyze the so-called administrative merit, it can review the discretionary acts under the principle of legality. Omissions cannot escape such control, many of which are unacceptable if considered the model of the welfare state, raised to the understanding and the proper management of the "reserved clause of the possible" and of the " minimum existential".
Keywords: Administration. Control. Administrative discretion. Principle of legality.

* Promotor de Justiça no Rio Grande do Norte, Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte.

1 INTRODUÇÃO

É corriqueiro nas lides forenses o impasse entre a necessidade de se fazer respeitar os direitos constitucionais da coletividade e a necessidade - igualmente constitucional - de se assegurar independência ao Poder Executivo em relação ao Poder Judiciário.

Na medida em que se parte de um Estado liberal para um Estado social, quando se passa a exigir do Poder Público uma atuação *positiva* em prol da sociedade, como forma de efetivar os direitos previstos na Constituição Federal (v.g., educação; habitação; saúde; meio ambiente ecologicamente equilibrado), cresce de importância a discussão do tema aqui abordado.

Compelir a Administração pública a agir em prol do interesse coletivo, quando sua omissão se mostra tão ou mais perniciosa que os atos comissivos, pode ser tarefa assaz difícil. Trata-se de terreno arenoso e inóspito, mas que deve ser desbravado diariamente pelo intérprete do Direito que se preocupa com sua real eficácia, não se acomodando com o discurso fácil da independência dos Poderes e da insindicabilidade do mérito administrativo, que muitas vezes esconde e protege abusos dos agentes públicos.

2 DIVISÃO DO PODER

A tripartição do Poder idealizada por Aristóteles e aprimorada por Montesquieu figura hoje como pilastra principal da democracia, destacando-se como princípio cardeal das Constituições que adotam tal regime político.

Assim ocorre porque os regimes totalitários decorrem da concentração de poder em um único órgão, chegando este, às vezes, a confundir-se com a própria pessoa física que o ocupa.

Destarte, é possível afirmar que a tripartição do Poder funciona como pedra angular da Democracia, ao passo que sua concentração significa porta aberta para o totalitarismo.

Na busca de consolidação da Democracia brasileira, com o país recém-saído de um regime marcado pela concentração de poder no Executivo federal, o Constituinte de 1987/1988 tratou de inserir, no Título I "dos

princípios fundamentais", o art. 2º cuja redação vale conferir: "Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário."

Embora tenha o constituinte brasileiro utilizado a locução "Poderes", em verdade o Poder é uno e indivisível, sendo apenas cindido o seu *exercício* entre as três funções estatais. Nesse sentido, Pinto Ferreira: "O poder político é uno e indivisível, porém se apresenta na prática dividido no exercício das funções institucionais que lhe são inerentes, deferidas a órgãos especializados e independentes do Estado, porém harmônicos, para assegurar a existência do próprio Estado"[1].

Embora independentes, os Poderes (ou, mais propriamente, as funções) interagem entre si. Daí dizer-se serem harmônicos entre si. Aliás, não poderia ser diferente, pois a chave do sistema está nas limitações recíprocas traduzidas na expressão "freios e contrapesos".

Nesse diapasão, temos os mecanismos constitucionais de controle externo, segundo os quais um Poder, dentro de sua legítima esfera de atuação, pode eventualmente conter os excessos praticados por outro, até mesmo agindo preventivamente.

Assim, ao lado da função típica de órgão fazedor de leis, o Legislativo desempenha importante papel na manutenção do equilíbrio entre os Poderes e, conseqüentemente, da democracia, quando, por exemplo, susta atos do Chefe do Executivo que exorbitem do seu poder regulamentar (art. 49, V, CF/88), ou, ainda, quando julga as contas apresentadas por aquela autoridade (inciso IX, mesmo artigo).

Por outro lado, o Poder Executivo dispõe de mecanismos próprios para conter eventuais desmandos do legislativo. Cite-se a possibilidade ao conferida ao Chefe daquele Poder de, através do *veto jurídico*, exercer controle prévio da constitucionalidade de projetos de lei submetidos a sua apreciação.

Interessa-nos, contudo, dentro dos limites do presente estudo, o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os *atos administrativos* praticados no âmbito de qualquer dos Poderes, especialmente o Executivo.

1 FERREIRA, Pinto. **Comentários a Constituição Brasileira.** São Paulo: Saraiva. 1989. v. 1.

3 SISTEMA DA JURISDIÇÃO UNA

Os sistemas de controle jurisdicional podem ser divididos em dois: a) sistema do contencioso administrativo (dualidade de jurisdição) ou sistema francês; b) sistema da jurisdição una, ou sistema inglês.

No primeiro sistema, ao lado do Poder Judiciário funciona uma "Justiça administrativa" que aprecia litígios envolvendo a Administração Pública. Essa jurisdição administrativa, assim como a exercida pelo Judiciário, reveste-se do caráter de definitividade.

No Brasil, contudo, vige o segundo sistema, no qual impera o princípio da inafastabilidade da jurisdição exercida pelo Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88). Assim, as decisões de cunho administrativo, em nosso sistema jurídico, estarão passíveis de revisão judicial sempre que representem lesão ou ameaça de lesão a direito.

Esse controle é corolário do próprio estado democrático de direito, pois de nada valeriam regras e princípios voltados para o atendimento do bem-comum se não dispusessem, o cidadão e a sociedade, de mecanismos para corrigir eventuais desvios.

4 CONCEITO E ALCANCE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Dentro dessa divisão de funções, coube ao Poder Executivo aplicar a lei no âmbito administrativo, basicamente provendo às necessidades dos cidadãos através da prestação dos serviços que lhe são inerentes (serviços públicos), mas também limitando a atuação dos particulares em prol da coletividade (poder de polícia).

No desempenho do seu mister, o administrador público não poderá afastar-se dos Princípios Constitucionais da Administração Pública (art. 37, caput, CF/88), dentre os quais o da legalidade.

Significa dizer que, ao administrador público, nessa qualidade, só é lícito fazer aquilo que a lei permite. Entretanto, dada a impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis com as quais poderá o administrador deparar-se, surgiu a necessidade de se conferir a este maior liberdade (dentro da lei) para

que possa alcançar o interesse público primário (bem comum).

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles:

> A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso concreto[2].

Como não existem poderes ilimitados num regime democrático, a discricionariedade não poderia esquivar-se a determinados balizamentos legais.

Não nos ateremos aqui à análise dos elementos vinculados do ato discricionário (competência, finalidade e forma), mas a uma limitação *teleológica* ao exercício da discricionariedade, que muitas vezes não é sindicada pelo controle jurisdicional.

Observe-se que o administrativista citado deixou consignado em sua valiosa lição que, em última análise, a razão de ser da discricionariedade é possibilitar que seja adotada a solução "*mais vantajosa para cada caso concreto*".

A expressão "vantajosa", em matéria de Administração Pública, só pode comportar uma interpretação: máximo benefício para o interesse público primário (bem comum).

Assim sendo, temos como limitação teleológica à discricionariedade administrativa a busca (sempre) da solução mais adequada ao interesse público primário, fato que, como veremos, tem relevante interesse prático.

A questão não escapou à arguta observação de Celso Antônio Bandeira de Mello:

> Assim, a discricionariedade existe, por definição, única e tão somente para proporcionar em cada caso a escolha da providência ótima, isto é, daquela que realize superiormente o interesse público almejado pela lei aplicanda. [...] Logo, para verificar-se se o ato administrativo se conteve dentro do campo em que realmente havia discrição, isto é, no interior da esfera de opções legítimas, é preciso atentar para o caso concreto. A esfera de decisão legítima compreende apenas e tão somente o campo dentro do qual ninguém poderá dizer com indisputável objeti-

2 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

> vidade qual é a providência ótima, pois mais de uma seria igualmente defensável. Fora daí não há discrição[3].

Destarte, o simples fato de o ato se voltar ao atendimento da finalidade da lei não o resguardará, necessariamente, com manto da legitimidade. Contrariamente, é possível que o ato praticado esteja *formalmente* voltado para o atendimento da finalidade legal, mas que, no caso concreto, não represente – indubitavelmente - o melhor caminho que poderia ser seguido pela Administração.

Para melhor elucidar a situação proposta, novamente transcrevemos Celso Antônio Bandeira de Melo:

> [...] Vale dizer: haverá casos em que pessoas sensatas, equilibradas, normais, serão todas concordes em que só um dado ato – e não outro – atenderia à finalidade da lei invocada; ou, então, assentirão apenas em que, de todo modo, determinado ato, com certeza objetiva, não a atenderia. Segue-se que, em hipóteses deste jaez, se a Administração agir de maneira inversa, evidentemente terá descumprido a finalidade legal[4].

Tais considerações são valiosas, eis que, em inúmeras situações, a Administração Pública procura escudar-se com o mando da discricionariedade, para praticar atos que, inequivocamente, não atendem de forma mais vantajosa ao interesse público, sendo o seu móvel, algumas vezes, inconfessáveis interesses políticos.

Em casos que tais, subverte-se a própria razão de ser do instituto da discricionariedade, idealizado para se atingir sempre e da melhor forma o interesse público primário no caso concreto.

5 CONTROLE JURISDICIONAL DA LEGALIDADE DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

É comum, nos cursos de Direito Administrativo, a afirmação de que o controle judicial dos atos administrativos restringe-se ao aspecto da legali-

3 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
4 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

dade. Nada mais preciso; contudo, é necessário bem compreender o que se entende por legalidade.

Não se deve restringir a análise da legalidade ao frio cotejo do ato com a regra jurídica positivada pelo legislador. Tal operação restringiria, de modo inaceitável e inconstitucional, a missão conferida pelo constituinte ao Poder Judiciário, para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Melhor seria, em vez de legalidade, falarmos no "Princípio da Juridicidade", que, com mais precisão, reflete o alcance do controle jurisdicional sobre os atos administrativos.

Não é admissível um controle jurisdicional restrito à análise do atendimento *formal* aos ditames da lei. É preciso lembrar que o sistema jurídico não é composto apenas por regras jurídicas, mas também por *princípios*, sejam eles explícitos ou decorrentes do todo sistêmico.

Infelizmente, uma visão reducionista do controle jurisdicional, fruto de uma cultura jurídica que não tem tradição no manejo de princípios, tem legitimado atos e omissões do Poder Público afrontosos ao Direito pátrio.

Destarte, dada a relevância dos princípios jurídicos (que informam e orientam a interpretação de todo o ordenamento), não pode o juiz deixar de aplicá-los ao caso concreto, mesmo diante das dificuldades inerentes ao seu elevado grau de generalidade e abstração, ainda que, dessa aplicação, resulte a invalidação de ato discricionário da Administração.

Discricionariedade, repise-se, é liberdade de ação dentro da lei, devendo entender-se por lei o conjunto de regras e princípios que compõem o nosso sistema jurídico.

A esse respeito, transcrevemos valiosa lição de Emerson Garcia:

> Com a constitucionalização dos princípios, que terminaram por normatizar inúmeros valores de cunho ético-jurídico, a concepção de legalidade cedeu lugar à noção de juridicidade, segundo a qual a noção do Estado deve estar em harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita — com contornos superpostos à regra —, passando a compreender regras e princípios[5].

5 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Não se trata, pois, de invadir a esfera da discricionariedade, mas de compatibilizar os atos administrativos com o ordenamento jurídico em sua inteireza (regras e princípios), e não apenas com sua parte menos abstrata (regras).

Nessa esteira de raciocínio, Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da **interpretação** (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da **vontade** do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.[5]

6 RESERVA DO POSSÍVEL

A infinidade de carências que demandam atuação do Poder Público, aliada à limitação dos recursos públicos, termina por criar a necessidade de seleção de prioridades para aplicação das receitas públicas.

Nessa seleção, por óbvio, o administrador necessita de discricionariedade para que possa realizar, de forma adequada, dentro das limitações orçamentárias, o bem comum.

Nalgumas situações, quando se exige da Administração Pública algo que está além de suas disponibilidades, diz-se que tal exigência viola a *cláusula de reserva do possível*, segundo a qual não se pode exigir do poder público mais do que as disponibilidades financeiras permitem.

Não se pode, contudo, de forma passiva, aceitar a alegação da reserva do possível sem maiores questionamentos. É que a seleção das despesas, embora discricionária, não deve fugir ao controle jurisdicional quando afronte a ordem jurídica vigente (Princípio da Juridicidade).

Não se pode acatar, por exemplo, a alegação de falta de recursos para implementação de políticas públicas voltadas para a defesa da criança e do adolescente, quando se sabe não faltar recurso para publicidade institucional, muitas vezes voltada exclusivamente para exibir "realizações" ao eleitor, ou para o custeio de "shows" musicais para divertimento da grande massa.

Vale transcrever, acerca do assunto, valiosa lição de Ana Paula de Barcellos:

> [...] Na ausência de um estudo mais aprofundado, a reserva do possível funcionou muitas vezes como o mote mágico, porque assustador e desconhecido, que impedia qualquer avanço na sindicabilidade dos direitos sociais. A iminência do terror econômico, anunciada tantas vezes pelo Executivo, cuidava de reservar ao Judiciário o papel de vilão nacional, caso determinadas decisões fossem tomadas[6].

Assim como as fontes de receita pública estão disciplinadas na Constituição Federal, a seleção das prioridades para realização de despesas deve, igualmente, guardar harmonia com o ordenamento jurídico constitucional.

Fala-se, pois, em um 'mínimo existencial', que significa a esfera mínima de direitos a serem assegurados para garantir o mínimo de dignidade ao ser humano. Destarte, a noção de mínimo existencial deve nortear a seleção das prioridades de investimento público, pois, enquanto não atendido esse *mínimo,* não é possível selecionar prioridades outras, de menor importância.

Sobre o mínimo existencial, o lapidar ensinamento da autora supra é digno de mais uma transcrição de nossa parte:

> A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que incluiu, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial) estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.[7]

6 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
7 BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

7 CONCLUSÃO

O presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema versado, eis que extenso e complexo. Contudo, espera-se haver contribuído para o debate acerca do controle jurisdicional como instrumento a serviço da efetividade dos direitos individuais e coletivos assegurados pelo ordenamento jurídico-constitucional.

O controle jurisdicional deve buscar sempre o ponto de equilíbrio, sem se imiscuir nas áreas restritas à apreciação discricionária do administrador público, mas, também, sem acovardar-se diante do enfrentamento das questões mais complexas que a sociedade demanda.

Pensamos que a timidez excessiva na aplicação dos Princípios e Regras jurídicas pode ser tão perniciosa quanto o abuso praticado no exercício da jurisdição.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERREIRA, Pinto. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 1.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.