



**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA
CAMPUS III
CENTRO DE HUMANIDADES
CURSO DE DIREITO**

RAISSA VICTÓRIA CAVALCANTE DE OLIVEIRA

**CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: FREIO
À ARBITRARIEDADE E GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

**GUARABIRA
2017**

RAISSA VICTÓRIA CAVALCANTE DE OLIVEIRA

**CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: FREIO
À ARBITRARIEDADE E GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Programa de Graduação em Direito - Bacharelado da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo

Orientador: Prof. Ms. Jossano Mendes de Amorim

**GUARABIRA
2017**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

O48c Oliveira, Raissa Victoria Cavalcante de.
Controle judicial da discricionariedade administrativa [manuscrito] : freio à arbitrariedade e garantia do direito fundamental à boa administração pública / Raissa Victoria Cavalcante de Oliveira. - 2017.

35 p.

Digitado.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades, 2017.

"Orientação : Prof. Me. Jossano Mendes de Amorim, Departamento de Ciências Jurídicas - CH."

1. Discricionariedade. 2. Arbitrariedade. 3. Controle Judicial.

21. ed. CDD 351

RAISSA VICTÓRIA CAVALCANTE DE OLIVEIRA

**CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE
ADMINISTRATIVA: FREIO À ARBITRARIEDADE E GARANTIA
DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

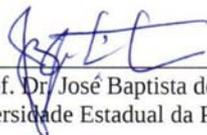
Artigo apresentado ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Estadual da Paraíba, como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Administrativo

Aprovada em: 13/12/2017.

BANCA EXAMINADORA


Prof. Ms. Jossano Mendes de Amorim (Orientador)
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Dr. José Baptista de Mello Neto
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)


Prof. Ms. Renan Aversari Câmara
Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Às vítimas da arbitrariedade disfarçada de liberdade de
escolha, DEDICO.

AGRADECIMENTOS

Ao Criador do universo diante de sua infinita bondade e misericórdia por ter me permitido alcançar patamares que antes pareciam tão inalcançáveis,

Aos meus pais João Nepomuceno de Oliveira Neto e Rita de Cássia Cavalcante Costa de Oliveira, por sempre me priorizarem em suas escolhas e estarem ao meu lado frente os desafios da vida,

Ao meu único irmão Raniery Augusto Cavalcante de Oliveira pela irmandade, companheirismo e incentivo de sempre,

A minha avó materna Maria Neusa Cavalcante da Costa (in memorian) por toda dedicação, amor, pelos valiosos princípios que me ensinou e pelos esforços que empenhou para a minha educação e crescimento,

Ao meu noivo Antônio Costa do Nascimento Freitas pelo apoio e cumplicidade nos momentos mais difíceis dessa jornada,

Ao professor e prestimoso orientador Jossano Mendes de Amorim por toda a paciência, interesse, disponibilidade e presteza indispensáveis para o desenvolvimento desta pesquisa,

A toda a minha família e aos meus amigos pela amizade, torcida sincera e carinho que sempre me depositaram,

A todos os servidores e educadores da Universidade Estadual da Paraíba - em nome da coordenadora do curso de Direito Sônia Medeiros Assis - que trabalharam dia após dia para que essa conquista se tornasse realidade,

Aos colegas de classe que se tornaram verdadeiros amigos, pela convivência compartilhada e por tudo que me ensinaram durante todo esse tempo,

Os meus mais sinceros agradecimentos.

“Quando as pessoas temem o governo, isso é tirania.
Quando o governo teme as pessoas, isso é liberdade.”

Thomas Jefferson

CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: FREIO À ARBITRARIEDADE E GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Raissa Victória Cavalcante de Oliveira

Bacharelada em Direito
Universidade Estadual da Paraíba - UEPB

SUMÁRIO: Introdução; 1. A escolha administrativa; 1.1 Fundamentos da discricionariedade; 1.2 Conformidade com a lei (princípio da juridicidade ou legalidade em sentido amplo); 1.3 O dever de adotar a melhor solução; 1.4 Abuso de poder; 1.5 Discricionariedade como instrumento para o exercício da perseguição e do favoritismo; 2. O direito fundamental à boa administração pública; 2.1 Direito do administrado X dever do administrador; 2.2 A previsão constitucional; 3. Controle judicial; 3.1 Princípio da inafastabilidade de jurisdição; 3.2 Princípio da proporcionalidade; 3.3 Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais; Considerações finais; Referências.

RESUMO

Este artigo científico tem como objetivo promover reflexão sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa frente às duas faces que o ato discricionário pode assumir, a depender do *animus* do administrador público na prática da conduta administrativa: a arbitrariedade ou a efetivação do direito fundamental à boa administração pública. Para uma melhor compreensão do tema e enriquecimento intelectual do trabalho, fontes bibliográficas específicas do direito administrativo nacional e internacional foram empregadas para a redação e menção ao longo do corpo do texto. O estudo realizado passeia pelas noções de ato administrativo, discricionariedade administrativa, abuso de poder, direitos fundamentais, princípio da proporcionalidade, separação dos poderes, sistema de freios e contrapesos, inafastabilidade de jurisdição e conclui por um diagnóstico que elege o controle judicial como instrumento de seleção necessário e importante diante da intenção de perseguição, vingança, inimizade ou favoritismo que o gestor público pode assumir no uso de suas atribuições. Para salvaguardar a coletividade dos desmandos da Administração Pública e garantir a efetividade dos direitos fundamentais do corpo social, em especial o direito fundamental à boa administração pública, o poder judicante pode e deve controlar os atos administrativos com margem de liberdade, sem configurar desrespeito ao preceito da separação dos poderes, adotando critérios justos de análise, a exemplo dos direitos fundamentais e do princípio constitucional implícito da proporcionalidade.

Palavras-Chave: Discricionariedade. Arbitrariedade. Controle Judicial.

INTRODUÇÃO

Todo poder ou liberdade, depositados nas mãos de alguém devem ser utilizados com prudência e com foco no bem. Assim também deve acontecer com a Administração Pública diante da discricionariedade administrativa que lhe é conferida pela lei.

O presente artigo tem como tema geral o controle judicial da discricionariedade administrativa, assunto abordado nesse estudo de maneira específica e voltado a despertar a reflexão acerca do uso distorcido do mérito administrativo e o impacto que essa arbitrariedade reflete nos direitos fundamentais do brasileiro, especialmente, no direito fundamental à boa administração pública.

O ato administrativo discricionário, antes de ser uma prerrogativa do administrador público, consiste numa grande responsabilidade que a Administração Pública carrega em seus braços, visto que, seja num ato vinculado ou dotado de margem de escolha, a legalidade, a proporcionalidade, a impessoalidade e o respeito aos direitos fundamentais, além da boa administração pública são critérios que devem ser alvo de preocupação e referencial para o gestor público.

Sobre a discricionariedade, além da reunião de conceitos relevantes sobre esse instituto jurídico, os seus fundamentos legais e fáticos são destacados, a exemplo da impossibilidade real do legislador em criar leis que prevejam todas as possíveis e imagináveis situações e a lacuna deixada pelos dispositivos legais que contém termos plurissignificativos ou indeterminados.

O que é realçado nessa abordagem é a possibilidade que o administrador público tem de conferir intuitos de perseguição, vingança, inimizade e favoritismo em sua conduta garantida de liberdade e como o controle jurisdicional dos atos administrativos (vinculados e discricionários) pode resguardar o administrado dos desmandos do poder estatal.

Quando o ocupante de cargo eletivo, representante do povo e do Executivo, adota intenções de caráter particular, a função administrativa resta corrompida e se desvirtua do principal pilar da gestão pública que é a submissão do comportamento administrativo ao interesse público. Essa deturpação da discricionariedade administrativa é abuso de poder.

O maior diferencial do presente estudo está em trazer à tona o direito fundamental à boa administração pública como norte limitador do comportamento administrativo, isso porque, embora seja sabido que os princípios constitucionais e a legislação administrativista signifiquem limites à liberdade do gestor, o direito a uma administração executada com

justiça e qualidade não é uma garantia habitualmente considerada nas discussões que envolvem o tema geral desse estudo.

Diante da possibilidade de escolha que o administrador público detém e ante o dever de adotar a melhor solução, a sujeição do comportamento administrativo ao crivo do Judiciário representa proteção aos direitos fundamentais e entrave aos excessos no Governo.

A Judicialização das situações reais que envolvem dever-direito de escolha do Estado pode ser vista com temor e receio por aparentar exagero, invasão à separação de poderes ou desvio de competência. Isso acontece porque a intervenção do Judiciário na gestão pública arrisca-se a parecer que o juiz tem o fito de substituir o administrador público ao determinar o cumprimento de medidas que seriam, em tese, de atribuição desse último.

Frente ao caráter legal e legítimo da discricionariedade administrativa, ao preceito constitucional da separação de poderes, ao princípio da inafastabilidade de jurisdição, diante da possibilidade de arbitrariedade e da necessidade de valorização do direito fundamental à boa administração pública, seria o controle jurisdicional da conduta administrativa um grande erro ou uma grande necessidade? Um aliado ou um vilão do administrado? Um incentivo ou uma fonte de penalidades para a Administração?

A grande problemática deste artigo científico consiste justamente em vislumbrar na discricionariedade administrativa não somente uma prerrogativa do administrador, mas sobretudo, um espaço livre para a prática de arbitrariedades mascaradas de legítima atuação pública. Ao pensar no mérito administrativo mais como dever do que, propriamente, prerrogativa, e ao colocar-se o comportamento da Administração aos pés do poder judicante, a liberdade conferida pela lei ao gestor público, passa a ser vista de uma maneira completamente diferente. A oportunidade de escolha deixa de ser um campo aberto ao abuso de poder e transforma-se numa grande chance de efetivação do direito fundamental à boa administração pública.

Para percorrer todo o caminho de estudo rumo à construção de considerações finais acerca da problemática, o método dedutivo de abordagem foi empregado e o levantamento bibliográfico foi a metodologia adotada. Quanto aos métodos de procedimento, o hermenêutico, o lógico-sistemático e o teleológico foram os escolhidos e as técnicas de pesquisa se resumiram a pesquisa em legislação nacional e pesquisa bibliográfica.

1. A ESCOLHA ADMINISTRATIVA

1.1 Fundamentos da discricionariedade

Com a derrubada dos regimes absolutistas e com o advento do Estado democrático de Direito, a Administração passou a nutrir deveres que antes não portava, dentre eles a promoção do bem estar social.

Edimur Ferreira de Faria atribui ao Estado submisso ao Direito o seguinte conceito:

“O Estado, sob o ângulo jurídico, é pessoa jurídica de direito público interno, dotado de poder de criar o direito, do dever de zelar pela aplicação da ordem jurídica e de promover o bem-estar social e de proteger os cidadãos.” (FARIA, 2001, p.37)

Devendo cumprir os encargos que lhe são inerentes, o administrador público tem em suas mãos uma arma poderosa que pode fazer valer os poderes que lhe foram concedidos: o ato administrativo.

Hely Lopes Meirelles descreve o ato administrativo como sendo:

“Toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direito, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, 1991, p.196)

A prática do ato administrativo pode ocorrer de maneira vinculada, na ocasião em que a lei já estipula o comportamento a ser tomado pelo gestor público e, portanto, não resta ao administrador nenhum espaço para apreciação subjetiva.

Mas, o ato administrativo não precisa e nem deve ser sempre vinculado. Deter margem de escolha, dentro dos parâmetros legais, traz autoridade e dever ao administrador público. Sobre o poder discricionário, Celso Antônio Bandeira de Mello expõe:

Há poder discricionário na medida em que a Administração pratica seus atos com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade, formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora de sua expedição. (MELLO, 2008, p. 422).

Ter autonomia de escolha, ainda que relativa, é algo necessário ao administrador público, pois praticar atos administrativos de modo sempre vinculado traz prejuízos ao atendimento do interesse comum. Além de ser uma potencial fonte de garantia dos direitos fundamentais, a discricionariedade administrativa confirma o princípio da separação dos

poderes, em razão de que atesta a função do poder Executivo, dentro do Estado democrático de direito, de gerir a coletividade através de escolhas acertadas.

Desempenhar a mesma conduta, ainda que legal, frente a toda e qualquer nova circunstância, afeta negativamente o bem comum, uma vez que, as necessidades coletivas mudam com o passar do tempo e os atos administrativos precisam acompanhar esse avanço.

Ao legislador é impossível prever todos os elementos de fato enfrentados pela Administração Pública, posto que eles variam em razão do tempo e do lugar, necessitando, por este motivo, de um espaço para o administrador agir eficazmente. (COSTA, 2009, p.44).

A discricionariedade administrativa surge a partir da omissão do legislador, dado que, diante da diversidade de situações do mundo real, é praticamente impossível que as leis prevejam todas as soluções convenientes e oportunas para cada contexto.

Na maioria das vezes, a lacuna legal que dá ensejo à escolha administrativa não se encontra na ausência de norma regulamentadora de determinada situação fática, mas ao contrário disso, dentro da própria lei faltam previsões sobre de quais procedimentos o administrador deve valer-se.

Celso Antônio Bandeira de Mello defende que o poder discricionário se encontra também nos dispositivos legais que contêm termos plurissignificativos, mas não exclusivamente na lacuna deixada por essa plurissignificação. O autor conclui que “não é aceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade.” e complementa seu pensamento dizendo:

A noção de discricionariedade não se adscreeve apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo. Certamente o compreende, mas não se cinge a ele, pois também envolve o tema da inteligência dos conceitos vagos. (MELLO, 2008, p.27).

Segundo o escritor, o legislador teria escolhido, de forma proposital, palavras que englobam mais de um significado, a depender do contexto e da interpretação para que assim o administrador pudesse exercer seu poder de escolha.

Embora as palavras, como signos que são, possam realmente exprimir as mais diversas significações, nenhum desses sentidos pode se distanciar em demasia do conteúdo indiscutível do vocábulo, de forma a não conceder liberdade plena para que o administrador dê à expressão a acepção que bem entender.

Nesse sentido discorreu o mesmo autor:

O administrador ao interpretar e aplicar a norma não pode atribuir às palavras legais que recubram conceitos vagos ou imprecisos, um conteúdo dissonante daquele que, em dado tempo e lugar, é socialmente reconhecido como o que lhes corresponde. (MELLO, 2008. p. 30)

As razões de ser da discricionariedade passam pelo Estado Democrático de Direito, pelo princípio da separação dos poderes e ainda pela existência de expressões plurissignificativas, mas o seu maior propósito é melhor satisfazer os objetivos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro, destacando-se entre esses, os direitos fundamentais.

1.2 Conformidade com a lei (princípio da juridicidade ou legalidade em sentido amplo)

Apesar da nossa Carta Magna consagrar, dentre os cinco princípios explícitos da Administração Pública, o preceito da legalidade, quando o assunto é ato administrativo discricionário, o dever de consonância com a lei ultrapassa os parâmetros restritos e adentra o âmbito da conformidade. Surge o princípio da juridicidade ou legalidade em sentido amplo.

Não é suficiente que o administrador, no exercício da discricionariedade, pratique atos estritamente respeitosos aos dizeres legais. Mais do que isso, o gestor público deve agir levando em consideração todo o contexto geral que envolve a prática do ato porque só assim, a escolha administrativa pode ser ideal à necessidade coletiva. Nessa perspectiva, evidencia Liana Chaib: “Sob a influência do positivismo jurídico, já não cabe mais à Administração guardar uma relação de não – contrariedade com a lei, mas sim, uma relação de conformidade.” (CHAIB, 2008 p.22).

A constitucionalização do direito administrativo colaborou consideravelmente para que a atuação administrativa não mais se pautasse pura e simplesmente no princípio da legalidade.

A partir do momento que a matéria administrativa passou a figurar na Constituição de 1988, os atos administrativos, especialmente os atos administrativos discricionários, passaram a ter o condão de estarem de acordo não somente com a lei, mas, sobretudo, com os preceitos constitucionais, incluindo os princípios de direito e os direitos fundamentais. Alexandre Santos de Aragão segue a mesma linha:

Trata-se, portanto, de uma visão neopositivista do Princípio da Legalidade, resultado de um sistema constitucional tendencialmente principialista, permitindo a atuação administrativa quando, mesmo diante da ausência de lei infraconstitucional específica os valores da Constituição (lei constitucional) impuserem a sua atuação. (ARAGÃO, 2016 p. 63)

Ainda como requisito para ser um ato discricionário legal, a conduta do administrador precisa honrar a finalidade que a ação se destina a alcançar, ainda que essa finalidade seja o propósito geral do ato administrativo: a satisfação do interesse público.

Saliente-se que não é qualquer finalidade que justifica a expedição do ato. Ela deve sempre atender a um interesse público ou social. Dessa forma, a finalidade do ato administrativo deve ser pública, não particular. (FARIA, 2011, p. 266).

Por fim, como é de se imaginar, para ter congruência com a lei, o ato administrativo discricionário não deve apenas ter um resultado que consagre os preceitos constitucionais, princípios de direito e direitos fundamentais. O caminho percorrido pelo ato discricionário também deve ter sido idôneo. Caso contrário, o efeito do ato, ainda que legal, não cumpre o seu dever.

1.3 O dever de adotar a melhor solução

Como é de se imaginar, diante do caso concreto, o administrador público tem várias alternativas de conduta à sua frente e, pensando no interesse público, precisa escolher o ato que melhor atender às necessidades da população.

Na busca pela providência mais adequada à situação real, a administração não tem liberdade absoluta para adotar qualquer medida. Ao contrário disso, o agente público tem o dever jurídico de eleger a atitude que se encaixe perfeitamente na utilidade social.

Em concordância, garante Edimur Ferreira de Faria:

O administrador não deve agir livremente em nome da discricionariedade. Deve se conter nos limites estabelecidos pela lei. Nessa faixa de conduta, cumpre ao agente escolher entre as várias alternativas que se lhe apresentem, aquela que melhor atenda à vontade genérica e abstrata da lei. (FARIA, 2011, p. 288).

Ainda que o administrador público opte pela prática de um ato administrativo legal, se esse ato não for a melhor escolha possível diante do evento real, o interesse administrativo não terá sido honrado como deveria. A única decisão administrativa que deve ser aceita é a ideal. Se não fosse assim, todo ato administrativo deveria ser vinculado.

O dever de adotar a melhor solução não deixa de ser um dos fundamentos da discricionariedade, pois, sabendo-se que o legislador é incapaz de antever todos os casos concretos possíveis e ainda todos os comportamentos adequados ante cada uma das situações, o gestor público precisa de liberdade para fazer a escolha excelente. Senão, o administrado

seria obrigado a contentar-se com um ato legal, porém, nunca seria beneficiado pela melhor escolha.

É exatamente porque a norma legal só quer a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. (MELLO, 2008, p. 35).

Não é uma tarefa fácil identificar se o ato administrativo praticado pelo gestor público consiste na melhor escolha que a administração poderia ter feito. Alguns parâmetros são capazes de indicar se o caminho tomado foi, de fato, acertado frente ao caso concreto: o atendimento do interesse público e o respeito aos direitos fundamentais são alguns dos principais indicativos da adoção da melhor saída.

A liberdade de escolher e a consequente incumbência de optar sempre pela melhor solução não são encargos conferidos ao administrador de forma despreziosa. Espera-se, do gestor público, a prática de atos discricionários ótimos porque além desse agente ter sido escolhido pelo povo - em decorrência da democracia representativa -, distintamente do legislador, o ocupante de cargo eletivo convive diretamente com a comunidade, o que só contribui para o seu compromisso de praticar atos discricionários pertinentes.

Na atividade permanente, no desempenho de suas competências, a autoridade deve saber o que é melhor para o interesse coletivo. Por isso, a lei lhe confere o poder de, na situação concreta, adotar a alternativa que melhor atenda ao interesse público, finalidade da lei. (FARIA 2011, p. 289).

Não é bastante que o governante aja legalmente, nem que pratique um ato razoavelmente apropriado. Mais do que isso, o gestor público precisa trabalhar sempre procurando atingir o grau máximo de satisfação do interesse coletivo, assim como, necessita ser fiel à finalidade legal; caso contrário, não haveria razão de ser da discricionariedade e nem do direito fundamental à boa administração pública, instituto que será elucidado mais à frente. Ato contínuo, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

Quando a lei regula discricionariedade uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal. (MELLO, 2008, p. 32).

1.4 Abuso de Poder

Apesar de a discricionariedade administrativa consistir numa liberdade relativa e de ter parâmetros específicos para a sua legitimidade, nem sempre o gestor público respeita os

limites que a finalidade e a competência impõem. Quando essa insubordinação à lei acontece, configura-se o abuso de poder.

O administrador da coletividade abusa do poder que lhe é atribuído a partir do momento que enxerga o fim que a lei quer alcançar e, mesmo assim, não transfere esse escopo para a prática do ato, ou quando tem competência para a prática de determinados atos, mas ultrapassa esse domínio. Nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, abuso de poder seria “o manejo de um plexo de poderes (competência) procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência.” (MELLO, 2008, p. 57).

A arbitrariedade cometida pelo governante pode se realizar por desvio de poder, na ocasião que a finalidade da norma não é levada em conta e pode ser ainda excesso de poder sempre que a competência que o gestor detém é sobrepujada. Assim confirma Edimur Ferreira de Faria:

A arbitrariedade é conhecida no Direito Administrativo como resultante do comportamento do agente público, além ou em desacordo com o espaço que lhe é reservado pelo poder discricionário. O transbordamento dos limites desse poder, seja pelo excesso de poder, seja pelo desvio de finalidade, caracteriza comportamento arbitrário. (FARIA, 2011, p. 292).

Vale ressaltar que as duas modalidades de abuso de poder são interligadas, de forma que a finalidade legal do ato só pode ser desrespeitada na medida em que o gestor público detiver competência para a execução desse ato.

O abuso, seja por desvio ou excesso de poder, pode se afigurar com má-fé ou com boa-fé do gestor público; não se faz necessário que o administrador tenha a intenção formada de desrespeitar o fim da norma ou de exacerbar os seus poderes. É suficiente que o ato administrativo discricionário descumpra o interesse público e/ou afronte os direitos fundamentais, sendo esses últimos eventos mais relevantes do que o animus do governante.

É possível, inclusive, que o abuso de poder surja da ausência de conduta do gestor público, tendo-se em vista que esse tem o dever de praticar atos discricionários legais e adequados às necessidades coletivas. Assim sendo, a escassez de atitudes nesse sentido também pode configurar arbitrariedade. Quando o interesse público não é atendido em decorrência da falta de atos administrativos, advém o desvio de poder por omissão. “O exercício da discricionariedade administrativa pode resultar viciado por abusividade (arbitrariedade por excesso) ou por inoperância (arbitrariedade por omissão).” (FREITAS, 2007, p. 64).

Abusando-se do poder, desviando-se a finalidade do ato ou ainda abstendo-se da prática de conduta necessária à satisfação do interesse público, o abuso de poder distancia a administração pública dos princípios do Estado Democrático de Direito, da Constituição brasileira e do direito fundamental à boa administração pública, a ser adiante abordado.

1.5 Discricionariedade como instrumento para o exercício da perseguição e do favoritismo

O administrador público, nem sempre utiliza a escolha administrativa com foco no interesse público. Esse desvio de poder prejudica a coletividade e desvirtua a discricionariedade da administração, além de ferir, veementemente, o princípio da impessoalidade.

O gestor público pode não se deter ao interesse específico que a norma determina para a prática do ato administrativo e assim não estará cumprindo o seu dever de fazer a melhor escolha, mas quando esse administrador não se fixa, sequer, na finalidade geral que é o interesse público, o abuso de poder se torna ainda mais grave.

Se mesmo a busca de um objetivo lícito configura desvio de poder quando efetuada por meio impróprio, maiormente reconhecer-se-á este vício quando a competência é utilizada à margem de qualquer interesse público, para dar vazão a intuítos particulares de favoritismo ou perseguição. (MELLO, 2008, p. 62).

Ao passo que o ocupante de cargo eletivo pratica um ato administrativo discricionário, não é a pessoa física que o faz, pois esse agente público age em nome da administração que representa. Por isso, um ato administrativo jamais deve ter outro condão que não seja alcançar o interesse público, tendo-se em vista que é esse interesse que a administração tem o dever de perseguir.

O princípio da impessoalidade revela-se como um dos limites dessa discricionariedade do administrador, que somente poderá agir em prol da realização do interesse público, divorciado de qualquer interesse particular, favoritismo ou perseguição. (VICTORASSO, 2016, p.1)

Ainda sobre o dever de impessoalidade, José dos Santos Carvalho Filho explica:

O princípio objetiva a igualdade de tratamento que a Administração deve dispensar aos administrados que se encontrem em idêntica situação jurídica. Nesse ponto, representa uma faceta do princípio da isonomia. Por outro lado, para que haja verdadeira impessoalidade, deve a administração voltar-se exclusivamente para o interesse público e não para o privado, vedando-se, em consequência, sejam favorecidos alguns indivíduos em detrimento de outro e prejudicados alguns para o favorecimento de outros. Aqui reflete a aplicação do conhecido princípio da finalidade, (...) segundo o qual o alvo a ser alcançado pela administração é somente o interesse público, e não se alcança o interesse público se for perseguido o interesse

particular, porquanto haverá nesse caso sempre uma atuação discricionária. (Carvalho Filho, 2007, p. 17-18).

A liberdade relativa que o legislador confere ao governante tem a função de beneficiar a comunidade em todas as suas necessidades, já que a lei, por melhor que possa vir a ser, não consegue prever a diversidade de situações fáticas que podem surgir. Mas, quando essa discricionariedade é utilizada para atingir interesses pessoais, concretizar sentimentos de vingança, agir com favoritismo e perseguição, o interesse público é deixado em último plano e a referida liberdade perde completamente o sentido.

Na ocasião em que a discricionariedade é utilizada para satisfazer intentos particulares do administrador, inclusive intentos de cunho político, dificilmente essa ilegalidade é praticada de forma explícita. Assim, o gestor público faz uso de disfarces para alcançar seu designo pessoal.

No desvio de poder, praticado com fins alheios ao interesse público, a autoridade, invocando sua discricionariedade administrativa, arroja-se à busca de objetivos inconfessáveis. É bem de ver o que faz disfarçadamente, exibindo como capa do ato algum motivo liso perante o direito. (MELLO, 2008, p. 63).

Além de desprezar o princípio da impessoalidade e de fazer uso da discricionariedade de forma distorcida, quando o gestor abusa da liberdade de escolha e a utiliza “pela amizade ou inimizade, pessoal ou política ou até em proveito próprio” (MELLO, 2008, p. 62), perde a chance de honrar o poder que tem nas mãos e de concretizar os direitos fundamentais da comunidade.

2. O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Direito do administrado X dever do administrador

Dentre todos os direitos que o brasileiro possui, uma classe deles tem especial importância, visto que são direitos previstos no Título II da Carta Magna e têm status de cláusula pétrea (Artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV). Os direitos fundamentais são provenientes dos direitos humanos e de sua positivação.

Os direitos fundamentais são os direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito Constitucional positivo de determinado Estado; a expressão “direitos humanos”, por sua vez, guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional. (SARLET, 2001, p.58).

A garantia fundamental à boa administração pública é um direito essencial implícito decorrente da legalidade, do Estado de direito e dos direitos fundamentais consagrados no artigo 5^a da Carta Magna. O Professor Juarez de Freitas define esse direito com excelência quando nos diz:

Trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2007, p.22).

A garantia a uma gestão pública boa e de qualidade não pertence somente aos cidadãos brasileiros contribuintes (tributos), mas, sim, a toda pessoa que habite no território nacional, pois cidadania não é requisito para gozar de tal direito.

“É todo ser humano titular de direitos, ainda que o mesmo não os defenda ou não os reconheça em si, devendo estes direitos serem reconhecidos e respeitados por nós seus semelhantes e pelo Estado”. (LIMA, 2013, p. 03).

Em vista disso, é impraticável falar sobre o direito fundamental à boa administração pública sem tocar diretamente nos direitos fundamentais do brasileiro.

Deter a salvaguarda de uma boa administração é ter o direito de viver num lugar gerido com responsabilidade, justiça, proporcionalidade, moralidade, igualdade e eficiência. Mas, além de se ter o direito a uma administração temente aos mais nobres princípios constitucionais, ser possuidor do direito fundamental à boa administração pública também é ter a prerrogativa de ver os direitos essenciais concretizados.

O reconhecimento do direito fundamental à boa administração nada mais é do que o contraponto da constatação da relevância da função administrativa na concretização dos direitos fundamentais. (CARVALHO, 2013, p.13)..

A prerrogativa de ser administrado por uma boa administração envolve o Estado Democrático de Direito, o que implica a observância de todos os princípios constitucionais citados, com vistas à efetivação dos direitos fundamentais e constitui, naturalmente, uma espécie de proteção aos indivíduos frente aos desmandos estatais.

Essa prevenção diante de potencial arbitrariedade da administração decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana - “Caráter inerente ao ser humano, não podendo se distanciar dele, sendo uma meta permanente do Estado Democrático de Direito mantê-la” (SARLET, 2011, p.12) uma das bases para o surgimento do direito fundamental à boa administração pública e desdobra-se, igualmente, do dever administrativo de aperfeiçoamento dessa gestão.

Sobre o direito fundamental à boa administração pública e a proteção das garantias fundamentais, Vanice Regina Lírio do Valle narra:

O que se tem, na afirmação da boa administração como direito fundamental, é uma ampliação da esfera de proteção desses mesmos direitos, que passa a alcançar não mais só os resultados concretos do agir estatal – a prestação “x” ou “y” deferida a um cidadão –, mas também, preventivamente, ao desenvolvimento da função administrativa como um todo, e desde o início. (VALLE, 2011, p. 81).

O direito fundamental à boa administração pública tem vários dispositivos legais que auxiliam a sua existência e aplicação, entre eles está o artigo 37 da Constituição Federal – e ainda na Lei Maior, a dignidade da pessoa humana (Inciso III do Artigo 1º da Carta Magna) apoia intensamente essa garantia.

Diante de tantos conceitos coerentes sobre a dignidade da pessoa humana, torna-se difícil escolher uma conceituação perfeita para um direito tão abrangente e fundamental. Assim, o que importa saber é que todo indivíduo merece ser detentor dessa dignidade, como bem prevê o inciso III do primeiro artigo da CF e que o direito à boa administração pública é essencial para a concretização da respeitabilidade humana.

O direito fundamental à boa administração pública é decisivo quando o assunto é a dignidade da pessoa humana porque, através dos atos administrados com margem para discricionariedade, o gestor público pode melhorar consideravelmente a vida da comunidade de que é regente. Ao mesmo tempo, que pode não contribuir positivamente para levar benefícios ao cotidiano da população. O dever de fazer a melhor escolha está entre essas duas opções de comportamento.

Os direitos administrativos expressos no artigo 37, CF, são deveres a serem obedecidos pelo administrador no exercício de suas funções (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), mas além desse rol existe uma série de outros deveres que o gestor deve cumprir. Podem-se citar alguns: dever de transparência, dever de administrar bem os recursos públicos, dever de ouvir os habitantes antes de tomar decisões, dever de primar pelos direitos fundamentais, dever de oferecer serviços públicos de qualidade (Artigo 7º, I da Lei 8.987/1995), dever de motivar suas escolhas. Acerca do dever de eficiência, o professor Juarez Freitas lembra que na execução desse múnus “O poder público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais”. (FREITAS, 2007, p. 67).

Todas essas obrigações do gestor público (de fazer ou de deixar de fazer algo) implicam, conseqüentemente, em direitos conferidos aos membros da comunidade. Saúde, educação, moradia, alimentação, lazer, urbanidade, transporte, liberdade de expressão e

segurança são amostras desses direitos. Tal rol de garantias forma o direito fundamental à boa administração pública. Logo, tanto o administrador quanto os administrados têm responsabilidade direta quanto à solidificação do direito/dever à boa administração pública.

Mais uma vez o professor Juarez Freitas tem palavras que contribuem para esse estudo. Segundo o docente “todos, sem exceção, têm compromisso precípua com o direito fundamental à boa administração pública.” (FREITAS, 2007, p. 115).

2.2 A previsão constitucional

O direito fundamental à boa administração pública não é fruto de devaneios da doutrina administrativista, nem resultado de desejos utópicos dos estudiosos da área. A garantia a uma administração pública de qualidade tem previsão na Constituição Federal e muitos dispositivos confirmam a sua existência e concretude.

Sobre o ordenamento jurídico brasileiro e o direito fundamental à boa administração pública:

No Brasil, a noção de um direito fundamental à boa administração pública decorre de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, tendo em vista o próprio corpo textual da Constituição Federal de 1988, do qual decorre a elevação da boa administração pública a um patamar de fundamentalidade. (NEVES; VICHINKESKI, 2016, p. 81).

Nem só no Brasil se fala sobre esse direito fundamental. A União Europeia também consagrou a jusfundamentalidade desse direito. Veja-se o que o instrumento jurídico sugerido pelo conselho de Colônia, proclamado pelo Parlamento Europeu, Conselho da União Europeia e pela Comissão Europeia, em 7 de dezembro de 2000, proclamou sobre a referida garantia:

Art. 41 – Direito a uma boa administração:

“1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

- a) O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;
- b) O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;
- c) A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua.”

“O direito fundamental à boa administração pública foi positivado no texto da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia em seu art. 411 que dispõe sobre as garantias que o cidadão detém diante da Administração Pública”. (NEVES; VICHINKESKI, 2016, p. 81).

A ideia brasileira de boa administração pública não foge do conteúdo presente no instrumento jurídico da União Europeia, pois se pauta também na responsabilidade civil do Estado, nos direitos da coletividade, nos deveres morais e éticos do administrador. “Boa administração – assim entendida como aquela voltada à realização eficiente – se constitui simultaneamente, dever ético e jurídico, com aplicações e implicações nos subtemas das escolhas discricionárias e do princípio da eficiência.” (MOREIRA NETO, 1999, p. 18).

O direito fundamental à boa administração pública não está expresso explicitamente na Carta Política nacional, mas tem previsão implícita e respaldo consistente em alguns dispositivos constitucionais e infraconstitucionais. “O caráter fundamental do direito à boa administração, prescinde de interposição legislativa para sua imediata influência sobre o modo de condução da ação estatal”. (VALLE, 2011, p. 124).

O artigo 1º, III, CF é um grande exemplo da existência desse direito fundamental e constitucional, pois não há sentido em consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e não existirem instrumentos que contenham os desmandos do poder estatal e assegurem os direitos fundamentais da coletividade.

Nesse sentido, Anderson Teixeira Vichinkeski e Isadora Ferreira Neves evocam que “A Constituição de 1988 está norteadada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, do qual se infere a necessidade de garantir a proteção dos interesses individuais, caso o cidadão tenha suas liberdades ameaçadas pelo Estado.” (NEVES; VICHINKESKI, 2016, p.88)

O caput do artigo 37 da Carta Magna também atesta a existência do direito à boa administração pública e a sua fundamentalidade, pois determina princípios-deveres do administrador público no desempenho de suas funções. Dentre os 5 preceitos administrativos dispostos no item 37, o princípio da eficiência é o ponto chave que desagua no direito fundamental à boa administração pública, porque uma gestão pública de alto nível precisa otimizar os gastos e o tempo, de forma a obter excelentes resultados para o bem da coletividade.

Nessa esteira, preconiza Juarez de Freitas que “O poder público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais”. (FREITAS, 2007, p. 67).

É importante perceber que a consagração do direito fundamental à boa administração pública não valoriza apenas a satisfação do corpo social, mas, sobretudo, reconhece o valor da Constituição Federal e confere máxima eficácia a seus preceitos, visto que resulta em obediência a seus mandamentos mais nobres.

Convém o apontamento de que o direito fundamental à boa administração pública, ao contrário do que se possa cogitar, não constitui mais um direito fundamental no rol de garantias com esse patamar de relevância. A existência de um direito (com status de fundamentalidade) a uma boa gestão pública agracia a população com a possibilidade de cobrar seus benefícios ao Estado, ou seja, o direito fundamental à boa administração pública funciona como instrumento para consubstanciar os direitos fundamentais já existentes. Sobre esse caráter instrumental, Vanice Regina Lírio do Valle explica:

O reconhecimento de um direito ao adequado desenvolvimento da função administrativa – que, como se sabe, concretiza as deliberações políticas dos demais poderes – expressa uma faceta de garantia aos direitos fundamentais diretamente relacionados à dignidade humana; e nesse sentido, pode ser tido como direito igualmente fundamental, ainda que de índole instrumental. (VALLE, 2011, p. 132.).

A nossa Constituição não prevê, implicitamente, somente o direito fundamental à boa administração, mas vai além: aponta seus critérios e diretrizes. Alguns princípios devem ser respeitados e cumpridos para a efetivação do direito fundamental estudado:

Este conceito envolve os seguintes princípios: interesse público e dignidade humana, proporcionalidade, legalidade temperada, imparcialidade (impessoalidade), moralidade, publicidade (máxima transparência), confiança legítima (boa-fé recíproca), motivação, ampla sindicabilidade e participação, unicidade da jurisdição, eficiência, eficácia e economicidade, legitimidade, responsabilidade objetiva da Administração Pública, precaução e prevenção e intervenção essencial. (NEVES; VICHINKESKI, 2016, p. 82).

Além de previsão constitucional, o direito fundamental à boa administração tem respaldo também em leis infraconstitucionais, como acontece nos artigos 5^a, I a XV e 6^o, caput da lei 13.460/2017 e nos artigos 6^o, caput e 7^o caput e incisos I, II, III, IV e V da Lei 8.987/1995 – leis que estabelecem normas acerca dos direitos dos usuários dos serviços públicos e consequentes obrigações da administração na prestação desses serviços.

3. CONTROLE JUDICIAL

3.1 Princípio da inafastabilidade de jurisdição

Com a clara intenção de evitar a concentração de poder nas mãos de uma determinada autoridade, Montesquieu propôs o princípio da separação de poderes. A fragmentação do exercício do poder em Executivo, Legislativo e Judiciário não serviu somente para desmembrar o poder estatal, mas também, para conferir competências específicas para cada um desses membros que compõem o corpo do Estado.

O sistema de freios e contrapesos está consagrado constitucionalmente no caput do artigo 2º in verbis: “Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” Essa sistemática que permite a existência e o funcionamento concomitante dos três poderes estatais concretiza a separação de poderes, de forma a prevenir abusos.

Tendo-se em vista a possibilidade da migração harmônica de competências de um poder para o outro, o Judiciário tem o direito e o dever de controlar a administração pública em seus atos vinculados e discricionários, adotando parâmetros justos e derivados da legalidade.

Essa competência do Judiciário, consistente no direito-dever de controle dos demais poderes nada mais é do que o princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição, previsto no Artigo 5º, XXXV da Carta Magna. Tal determinação constitucional deriva não só da separação de poderes proposta por Montesquieu, mas também, da proibição da autotutela e da vigência da jurisdição una no nosso país.

Sobre a jurisdição una e o dever de controle do Judiciário, Alexandre de Moraes narra:

O Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade de ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição, uma vez que a toda violação de um direito responde uma ação correlativa, independentemente de lei especial que a outorgue. (MORAES, 1998, p. 197).

Dessa forma, o Judiciário também não pode se eximir de realizar o controle dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. Esses últimos devem ser controlados segundo critérios de legalidade, proporcionalidade e razoabilidade, eficácia dos direitos fundamentais, continuidade e pertinência com o contexto em que estão inseridos.

Esse manejo dos atos administrativos discricionários por parte do Poder Judiciário não representa uma intromissão inconveniente do juiz, já que o controle é função típica desse poder. Sobre o valor dessa vigilância, Edimur Ferreira de Faria expõe “Se, na atividade particular, o controle deve ser regra, na Administração Pública, pelas razões expostas, ele é regra obrigatória. E por que obrigatória? Pelo fato de envolver bens da sociedade.” (FARIA, 2001, p. 681).

A fiscalização promovida pelo Judiciário sob os atos da administração pública não pode acontecer de forma desmedida e exagerada. Se assim for realizada, o administrador público perde a sua razão de ser e acaba por ser substituído pela figura do juiz. A linha tênue entre o controle judicial legal e o controle judicial imoderado deve ser levada em conta, pois é ela que divide a atuação jurisdicional lícita da atuação arbitrária. A preocupação com a extensão do controle judicial do ato administrativo discricionário é, portanto, o que legitima a interferência do juiz no cenário da gestão pública.

Na realização do controle dos atos administrativos, o Judiciário deve considerar todo o contexto que envolve a prática do ato para poder avaliá-lo coerentemente, desde as razões que o motivaram aos direitos fundamentais que são concretizados ou feridos em decorrência de sua prática.

Julgar uma conduta administrativa, dotada de mérito, elegendo somente a legalidade como parâmetro para o julgamento, não é uma escolha acertada, pois o ato administrativo jamais poderá ser compreendido como realmente é. Juarez de Freitas exprime essa ideia com clareza:

Ter-se-á, pois, que controlar o ato administrativo no tocante à mais ou menos intensa vinculação não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas, mormente os de vulto constitucional. (FREITAS, 2007, p. 14).

Ao fazer a supervisão da atividade administrativa com respeito e cuidado ao espaço do gestor público, o Poder Judiciário não substitui a figura do administrador público e nem pode ter essa intenção. Ao contrário, o Judiciário exerce sua missão institucional, contribuindo para o funcionamento da máquina pública.

“Negar ao Juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.” (CAIO TÁCITO, 1975, p. 60 apud MOREIRA NETO, 2009, p.88).

O controle judicial dos atos administrativos discricionários é necessário, inclusive, para a concretização do direito/dever fundamental a uma boa gestão pública, já que esse controle é capaz de anular atos administrativos causadores de prejuízos à comunidade e, portanto, arbitrários. O Professor Juarez Freitas e Celso Antônio Bandeira de Mello atentam para essa função do controle quando dizem:

Não se trata - gize-se bem - de realizar um controle direto ou substitutivo das políticas públicas, porém de sindicá-las, assumidamente, a juridicidade da

implementação, ou não, do direito fundamental à boa administração pública. (FREITAS, 2007, p. 13).

Assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária. (MELLO, 2005, p. 978).

Caio Tácito corrobora esse pensamento e reafirma a indispensabilidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários para a execução de uma gestão pública em conformidade com a lei:

As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado. (TÁCITO, 1961, p. 87)

Além de preservar o corpo social da arbitrariedade, o controle judicial dos atos administrativos com margem de escolha opera também para engrandecer todo o ordenamento jurídico brasileiro, já que prima pelo respeito à legalidade e pelos direitos fundamentais.

A Constituição da República assegura direitos e garantias individuais e coletivos nos termos do art. 5º. Ainda outros direitos são assegurados em diversos artigos da mesma Constituição. De nada valeriam esses direitos e garantias se a sociedade e os indivíduos não dispusessem de instrumentalidade jurídica hábil e eficiente para, em juízo, se defenderem contra os abusos e arbitrariedades dos agentes públicos com poder de decisão. (FARIA, 2001, p. 711).

A previsão de direitos fundamentais constitucionais, entre eles o direito fundamental à boa administração pública sem que houvesse a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos vinculados e discricionários, de modo a garantir a eficácia dessas prerrogativas, seria um completo desperdício. Não pode fazer sentido deter um direito e não poder reclamá-lo judicialmente! Nessa linha de raciocínio, Edimur Ferreira de Faria aponta:

A Constituição da República assegura direitos e garantias individuais e coletivos nos termos do art. 5º. Ainda outros direitos são assegurados em diversos artigos da mesma Constituição. De nada valeriam esses direitos e garantias se a sociedade e os indivíduos não dispusessem de instrumentalidade jurídica hábil e eficiente para, em juízo, se defenderem contra os abusos e arbitrariedades dos agentes públicos com poder de decisão. (FARIA, 2001, p. 711.).

Entende-se, portanto, que o controle judicial dos atos administrativos precisa e deve ser realizado sempre com respeito aos limites desse policiamento feito pelo Judiciário, para

que o princípio da separação dos poderes e o princípio da inafastabilidade de jurisdição retem consagrados.

3.2 O princípio da proporcionalidade

No controle jurisdicional dos atos administrativos, o Poder Judiciário, como visto, precisa observar a extensão desse policiamento, devendo ater-se a critérios justos e que realmente proporcionem uma avaliação correspondente com a realidade. Alguns desses parâmetros são os direitos fundamentais, a legalidade, a finalidade, os motivos do ato, o contexto do caso concreto e a proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade, assim como o da razoabilidade, é um preceito constitucional implícito e infraconstitucional dividido em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade strictu sensu. Na Constituição da República, a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, da moralidade são institutos que dão suporte à ideia de proporcionalidade. “Posto que se trata de um aspecto específico da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade.” (MELLO, 2005, p. 111).

A regra da proporcionalidade não decorre somente do princípio da legalidade, da dignidade da pessoa humana e da moralidade; o respeito à finalidade (Artigo 37, caput da Constituição) também contribui para a vigência do princípio em análise, tendo-se em vista que um ato administrativo proporcional consiste na “Compatibilidade intrínseca entre os motivos e as finalidades dos atos discricionários e sua adequação à situação de fato em vista da qual eram editados.” (BARROS, 1996, P. 38-39).

Ao empregar a proporcionalidade como referencial para o controle judicial dos atos administrativos, o juiz realiza uma análise da legalidade em sentido amplo, visto que, não se detém a averiguar a conduta administrativa somente quanto à sua correspondência com os preceitos legais. Indo além da mera legalidade, o Judiciário examina os motivos que levaram à prática do ato, os meios empregados na ação e a finalidade almejada pelo agente público.

Na atualidade, a Administração Pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo, devendo o Poder Judiciário, pois, não mais se limitar a examinar os aspectos extrínsecos da administração, mas as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que, essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. BRASIL, STJ, 2ªt., RESP N6429570; GO, Rel. Min Eliana Calmon, DJU 22/03/2004

Sobre a obediência à proporcionalidade nos atos administrativos:

“É a compatibilidade intrínseca entre os motivos e as finalidades dos atos discricionários e sua adequação à situação de fato em vista da qual eram editados.” (BARROS, 1996, p. 38-39).

O dever de proporcionalidade não obriga somente o Poder Judiciário quando no controle dos atos administrativos; o administrador público, no uso de suas atribuições legais também deve submeter-se ao princípio da proporcionalidade para não ter seus atos barrados pelo crivo do juiz.

A transformação das leis fundamentais retira do legislador a soberania absoluta, na medida em que confere ao juiz a competência para examinar e controlar a correta aplicação das normas, a partir de aferição da compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas contra os direitos fundamentais. (GUERRA, 2005, p. 15).

Praticar um ato administrativo discricionário sem ter um motivo legal, sem empregar meios legais e sem atingir a finalidade legal prevista na situação fática posta em questão é realizar um ato administrativo ilegal e, portanto, propício à anulação na esfera judiciária. Para ter validade, o ato administrativo - alvo da escolha do gestor - precisa observar o caso concreto de forma a ponderar qual atitude deverá ser tomada. O contrário dessa cautela acarretará algum prejuízo à coletividade.

Sendo a atividade administrativa discricionária uma atividade de concreção da lei, de implementação dos fins legais e constitucionais, deve a Administração, diante do caso concreto, proceder à avaliação da medida apta, necessária e proporcional para se alcançar o fim ou os fins previamente previstos pela lei e pela Constituição, ainda que, por vezes, de forma implícita. (COSTA, 2009, p. 89).

A ordem de proporcionalidade serve para o administrador como um limite que deve ser considerado para a promoção de uma boa gestão pública nas vezes em que tiver oportunidade de escolha, assim como, funciona como empecilho ao uso da discricionariedade para outros fins que não sejam públicos.

O fato de a lei conferir ao administrador certa liberdade (margem de discricção) significa que lhe deferiu o encargo de adotar, ante a diversidade de situações a serem enfrentadas, a providência mais adequada a cada qual delas. Não significa, como é evidente, que lhe haja outorgado o poder de agir ao sabor exclusivo de seu libito, de seus humores, paixões pessoais, excentricidades ou critérios personalíssimos, e muito menos significa que liberou a Administração para manipular a regra de Direito de maneira a sacar dela efeitos não pretendidos nem assumidos pela lei aplicanda. (MELLO, 2005, p. 108).

Esse mesmo princípio funciona no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa como um parâmetro desse controle, de modo a não permitir que o Judiciário

invada o espaço do administrador público, nem lhe retire a permissão legal de fazer a melhor escolha para os seus administrados.

3.3 Judiciário como garantidor dos direitos fundamentais

Na guarda dos direitos fundamentais da coletividade, todos os Poderes estatais devem trabalhar por essas garantias. Em decorrência do sistema de freios e contrapesos e ainda do Estado Democrático de Direito, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem empenhar-se na efetividade dos direitos essenciais.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (SARLET, 2005, p. 70).

Sempre que o Legislativo ou o Executivo não adotam condutas compatíveis com a proteção dos direitos fundamentais, o poder judicante deve controlar esses atos, de forma a executar sua competência – que passa longe de ser apenas controle estritamente legal- no âmbito do Estado social de direito.

Exige-se um Judiciário “intervencionista” que realmente possa controlar a ineficiência das prestações dos serviços básicos e exigir a concretização de políticas sociais eficientes, não podendo as decisões da Administração Pública se distanciarem dos fins almejados pela Constituição. (AVILA, 2013, p. 11)

A judicialização dos direitos fundamentais não é a regra, tendo-se em vista que o legislador e o administrador público precisam garantir a efetivação desses direitos sem que para isso seja necessário encaminhar casos concretos ao Judiciário. Porém, nem sempre esses preceitos constitucionais, previstos como cláusulas pétreas, (artigo 60, § 4º, IV) são prezados como deveriam.

Quando o legislador constituinte atribuiu aos direitos fundamentais uma aplicabilidade imediata, quis evidenciar que eles possuem uma configuração mínima, a ser haurida na própria Constituição, que vincula o legislador, ao mesmo tempo em que pode ser invocável perante a Administração e o Judiciário. (BARROS, 2000, p. 45).

A discricionariedade é a oportunidade de escolha dada ao administrador público para que este opte pela melhor solução aos administrados. Essa abertura ao mérito administrativo pode dar lugar a atos administrativos não condizentes com os direitos individuais e coletivos, situação que enseja a interferência do Judiciário como garantidor de tais garantias.

A argumentação que gira em torno do mínimo existencial e da escassez orçamentária - discussão muito complexa e que não é objeto central desse artigo - e do princípio da separação de poderes tenta afastar do Judiciário a incumbência de julgar os atos administrativos dotados de discricionariedade. Sem dúvidas, o cumprimento de determinação judicial só pode ocorrer quando existem possibilidades reais para essa efetivação, mas vale o destaque de que o mínimo existencial não deve ser utilizado como justificativa para o não cumprimento das obrigações da Administração Pública.

Em situações em que o Estado se nega a prestação de serviços básicos, os argumentos de escassez de verbas e incompetência do Judiciário para decisões sobre a aplicação de tais recursos, não são suficientes para afastar tal intervenção, dado o caráter o caráter fundamental dos direitos sociais. (SARLET, 2001, p. 323).

É fácil de constatar que o Poder Judiciário tem competência para efetuar o controle dos atos administrativos, inclusive, discricionários. Pois, o Judiciário é guardião da Constituição e do Ordenamento Jurídico pátrio, dessa forma, tem a incumbência de resguardar os direitos fundamentais, até mesmo quando esses direitos forem desrespeitados pelo próprio Estado, nas atitudes descabidas do administrador público.

O encargo de tutelar os direitos fundamentais não é somente do Judiciário. Portanto, quando o assunto é ato administrativo com margem de escolha para o administrador, que é o primeiro a ter o dever de proteger os direitos fundamentais em seus procedimentos, podendo ter a sua conduta administrativa controlada judicialmente quando não o faça.

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como conseqüência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais. (STJ, RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, ADPF 45 MC/D Pleno)

O controle jurisdicional dos atos administrativos se justifica, portanto, no dever do Judiciário em salvaguardar os direitos fundamentais e, assim, proteger a coletividade dos desmandos do administrador. Essa atribuição que consiste em averiguar a conduta administrativa para a efetivação das garantias da sociedade não outorga ao juiz o direito de criar políticas públicas e determinar o seu cumprimento à Administração. Ao contrário disso,

o poder judicante deve obrigar o gestor público a primar sempre pela justiça e proporcionalidade em seus atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo excesso é causador de prejuízos e quando o assunto é ato administrativo discricionário e controle jurisdicional, essa regra se mantém. No momento em que a lei confere ao gestor público o poder de escolher uma providência diante do caso concreto, esse poder é muito mais um encargo do que, propriamente, um privilégio.

Isso porque a Administração Pública tem a obrigação de primar pela satisfação do interesse coletivo e, para tanto, não se deve aceitar do gestor menos do que a melhor solução possível, caso contrário, a discricionariedade administrativa perderia completamente o sentido.

Apesar de existirem uma série de princípios, direitos fundamentais, previsão legal de sanções e dever de obediência à lei, os desmandos do poder executivo nunca deixaram de existir e permanecem acontecendo, mesmo diante de tantos limites que funcionam como trava a esse desregramento.

Existe uma característica interessante da arbitrariedade praticada na atualidade: a liberdade de escolha serve de justificativa para o abuso de poder. Muitos atos administrativos anulados pelo crivo do poder Judiciário são resultados do falso sentimento de liberdade dos administradores públicos diante da possibilidade de praticar atos discricionários.

A sensação de autoridade absoluta leva o gestor público a imprimir fitos de inimizade, favoritismo, perseguição e vingança na conduta administrativa, atitudes que causam sequelas muito negativas à coletividade, pois os direitos mais básicos do brasileiro são desrespeitados e o direito-dever de boa administração pública torna-se uma realidade distante.

O controle jurisdicional do comportamento administrativo não significa a quebra do princípio constitucional da separação dos poderes, pois é de competência do Judiciário primar pelo cumprimento dos direitos fundamentais da sociedade e o princípio da inafastabilidade de jurisdição arremata essa legitimidade quando não afasta do poder judicante a apreciação da ameaça ou da lesão a direito.

O ato administrativo discricionário não existe para servir de palanque para o gestor público ou para funcionar como espaço de hostilidade ou apadrinhamento; a oportunidade de escolha frente ao caso concreto, dá ao administrador a grande chance de melhorar a vida do seu povo e de fazer valer os votos que lhe foram confiados, até porque, o ocupante de cargo

eletivo deve agir para dar eficácia à democracia representativa e não para pôr em prática as consequências de suas experiências pessoais: dores, paixões, desentendimentos, promessas ou sede de represália.

Dessa forma, exaurir um tema tão clássico seria impraticável, visto que, a discricionariedade e o seu controle jurisdicional são assuntos que permeiam a pesquisa administrativa há décadas. O que se pode ultimar é a legitimidade e a competência do Poder Judiciário de proteger os administrados da arbitrariedade do administrador, principalmente quando esse agente público utiliza os espaços cedidos pela discricionariedade com a intenção de desrespeitar os direitos fundamentais e não realizar uma boa administração pública.

Dentre tantos preceitos limitadores do abuso de poder, o direito fundamental à boa administração pública é um dos maiores, já que reflete a incumbência que tem o gestor público de não somente primar pelo interesse público em suas condutas, mas que, além disso, tem o dever legal de ofertar ao seu povo uma gestão pública justa, firmada na proporcionalidade, preocupada com os seus administrados e que adote como prioridade não as causas pessoais do administrador, mas sim, os direitos mais básicos do corpo social.

O Judiciário e o controle que esse poder exerce sobre o comportamento administrativo constituem-se em mecanismos favoráveis aos desfavorecidos na relação administrado-administrador, pois, apesar de não existir a criação de novas políticas públicas, as garantias essenciais do brasileiro restam protegidas e essa guarida não precisa desrespeitar o sistema de freios e contrapesos para existir.

ABSTRACT

This scientific article aims to promote reflection on judicial control of administrative discretion regarding the two faces that the discretionary act can assume, depending on the animus of the public administrator in the practice of administrative behavior: arbitrariness or the realization of the fundamental right to good administration public. For a better understanding of the subject and intellectual enrichment of the work, specific bibliographic sources of national and international administrative law were used for the writing and mention throughout the body of the text. The study carried out goes through the notions of administrative act, administrative discretion, abuse of power, fundamental rights, principle of proportionality, separation of powers, system of checks and balances, inability of jurisdiction and concludes by a diagnosis that elects judicial control as an instrument of necessary and important selection in the face of the intention of persecution, revenge, enmity or favoritism that the public manager can assume in the use of his attributions. In order to safeguard the collectivity of public administrative offenses and guarantee the effectiveness of the fundamental rights of the social body, especially the fundamental right to good public administration, the judicial power can and should control administrative acts with freedom of freedom, without configuring disrespect to the precept the separation of powers, adopting fair

criteria of analysis, such as fundamental rights and the implicit constitutional principle of proportionality.

Keywords: Choice. Arbitrariness. Judicial Control.

REFERÊNCIAS

AVILA, Kellen Cristina de Andrade . **O papel do Poder Judiciário na garantia da efetividade dos direitos sociais** Disponível em < <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-papel-do-poder-judiciario-na-garantia-da-efetividade-dos-direitos-sociais,42130.html> > Acesso em 27 de outubro de 2017

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. **Revista de Direito Administrativo**. n 236. Abr./jun. 2016

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL, **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em > 19 de Setembro de 2017

BRASIL, STJ, 2ªt., RESP Nô 429570; GO, Rel. Min Eliana Calmon, DJU 22/03/2004.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria de Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, **Discricionariedade e controle judicial**. Ed. Malheiros. São Paulo.1996

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

CAMPOS, Corine. **Direito de ação: princípio da inafastabilidade de jurisdição**. Disponível em < [Chttps://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdiacao](https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1067/Direito-de-Acao-Principio-da-Inafastabilidade-da-Jurisdiacao) > Acesso em 12 de outubro de 2017

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 18 ed. rev. ampli. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

CARVALHO, Valter Alves. **O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional** Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2> > Acesso em 05 de novembro de 2017

COSTA, Karoline da Silva. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle judicial da discricionariedade administrativa**. João Pessoa: Universidade Federal da Paraíba, 2009. Monografia de conclusão do Curso de Graduação.

CHAIB, Liana. **O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo**. São Paulo: LTr, 2008.

CAVVALI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. **Revista Brasileira de Direito Público**, ano 4, n. 13, p. 201-226, abr/jun. Belo Horizonte, 2006, p. 208.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo** – 21.ed – São Paulo: Atlas, 2008.

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 7ª edição. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2001.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

FISCHER, Rôney. **Direitos Fundamentais. Conceito, história e características**. Disponível < https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=18678 > Acesso em 14 de novembro de 2017

GUERRA, Sérgio. O princípio da proporcionalidade na pós-modernidade. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público da Bahia, nº 2, abr/maio/jun, 2005. Disponível em < <http://www.direitodoestado.com.br>. > Acesso em: 02 julho de 2017.

JÚNIOR, Mauro Nicolau. A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia. **Revista Justitia** Disponível em < <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/74z4wd.pdf> > Acesso em 13 de outubro de 2017

LIMA, Francisco Arnaldo Rodrigues. **O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições do Brasil**. Disponível em < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11138 > Acesso em 10 de novembro de 2017

LIRA, de Oliveira. Bruno. **O direito fundamental à boa administração sob a ótica do Estado. Problemas e desafios**. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/18515/o-direito-fundamental-a-boa-administracao-sob-a-otica-do-estado> > Acesso em 22 de outubro de 2017

Maria Tereza Fonseca Dias, Lucas Gonçalves Da Silva, Roberto Correia Da Silva Gomes Caldas. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI - UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA, **Direito Administrativo e Gestão Pública I**, Santa Catarina.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20 ed. rev.e atual. São Paulo: Malheiros. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MIRANDA, Carlos Henrique Perini. **Ativismo judicial e o processo como garantidor dos Direitos Fundamentais** Disponível em < <https://carlosperini.jusbrasil.com.br/artigos/151297468/ativismo-judicial-e-o-processo-como-garantidor-dos-direitos-fundamentais> > Acesso em 09 de novembro de 2017

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais. Teoria Geral. Comentários aos arts. 1º à 5º da Constituição da República Federativa do Brasil. Doutrina e Jurisprudência.** 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1998.

NEVES, Isadora Ferreira; VICHINKESKI, Anderson Teixeira O direito fundamental à boa administração pública e o mito da supremacia do interesse público: os direitos fundamentais como delimitação do interesse público. **FURB – revista jurídica**, v. 20, nº. 41, jan./abr. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STJ, RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO. ADPF 45 MC/D Pleno**

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988.** 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STAFFEN, Márcio Ricardo. TAVARES, Alexandre Macedo. **Limitações à discricionariedade administrativa no âmbito da contribuição de melhoria** Disponível em < http://www.unigran.br/revista_juridica/ed_anteriores/22/artigos/artigo08.pdf > Acesso em 13 de outubro de 2017

TÁCITO, Caio. **Ato administrativo – poder discricionário.** **RDA 38/351.** Disponível em < Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12238> > Acesso em 28 de outubro de 2017

TÁCITO, Caio. **Administração e o controle da legalidade.** **RDA 37/8** Disponível em < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/13995/12876> > Acesso em 28 de outubro de 2017

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional.** 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Direito fundamental à boa administração e governança.** Belo Horizonte: Fórum, 2011.

VICTORASSO, Lorena Junqueira. **O princípio da impessoalidade e a discricionariedade administrativa. A impessoalidade enquanto limite da liberdade do administrador.** Disponível em < https://semanaacademica.org.br/system/files/artigos/o_principio_da_impessoalidade_e_a_discricionariedade_administrativa.pdf > Acesso em 10 de novembro de 2017