

# O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS: BREVES REFLEXÕES

Gabriela Soares Balestero\*

Resumo: O presente estudo tem o escopo de discutir a possibilidade do exame pelo Poder Judiciário dos atos administrativos discricionários. Durante muito tempo, afirmou-se que o Judiciário não poderia efetuar qualquer controle de mérito sobre os atos administrativos discricionários, haja vista que competiria exclusivamente à Administração Pública a formulação de juízos de conveniência e oportunidade para editar um ato, agindo dentro da sua esfera de liberdade, desde que nos limites da lei. Contudo, não há dúvida da possibilidade de análise da legalidade destes atos, sendo possível o controle judicial do ato discricionário.

Palavras-Chave: ato administrativo discricionário; controle judicial; administração pública, conveniência e oportunidade.

## THE JUDICIAL CONTROL OF THE ACT ADMINISTRATIVE DISCRETIONARY: BRIEF REFLECTIONS

Abstract: This article is scope to discuss the profundity of discretionary administrative actions being considered by the Judi-

---

\* Doutoranda em Direito Constitucional da Universidade de Buenos Aires. Mestre em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Advogada militante graduada pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em 2.006. Pós Graduada em Direito Constitucional e Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito do Sul de Minas. Pós graduanda em Ensino de Espanhol pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Graduada em Ciência Política pela Uninter. Endereço eletrônico para contato: gabybalestero@yahoo.com.br.

ciary. For a long time, it was stated that the judiciary could not make any substantive control over the discretionary administrative acts, considering that compete solely on Public Administration in making judgments of convenience and opportunity to edit a transaction, acting within its sphere of free provided that the limits of the law. However, there is no doubt the possibility of examining the legality of these acts. Here we intend to examine the extent of the act of judicial discretion.

Keywords: act administrative discretionary; control order, public administration and convenience and opportunity.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS



Em um Estado Democrático de Direito, a Administração Pública, enquanto atividade estatal deve estar voltada para a realização do interesse público, ou seja, direcionada para a gestão de interesses da coletividade, devendo ainda ser controlada através de mecanismos adequados com o objetivo de evitar arbitrariedades, ilegalidades e lesões a direitos subjetivos.

Assim, a atividade da Administração Pública está subordinada ao princípio da legalidade estrita, ou seja, à obediência integral da lei. Nesse sentido, o administrador público, quando pratica seus atos, deve sempre agir em observância aos ditames legais, ou seja, à Constituição Federal e à legislação infraconstitucional.

Nessa esteira, o presente objeto de estudo ficará restrito ao controle dos atos administrativos discricionários realizados pelo Judiciário.

No atual paradigma do Estado Democrático de Direito, os atos administrativos podem e devem passar pelo crivo do Poder Judiciário, em respeito aos princípios administrativos da moralidade, da transparência bem como do princípio da inafas-

tabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal Brasileira de 1988, na qual não será excluída da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito e nesse sentido, se alguém alega em juízo a invalidade de um ato administrativo, não poderá o órgão jurisdicional furta-se de analisar a consonância do referido ato com o ordenamento jurídico.

## 2. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

A clássica doutrina pátria brasileira apresenta pouca divergência sobre o conceito de ato administrativo. Como exemplo podemos citar:

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que ato administrativo é:

[...] uma declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.<sup>1</sup>

Nesse sentido, Odete Medauar (2008, p. 134) sustenta que ato administrativo é:

[...] um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir direitos ou impor restrições e obrigações, com observância da legalidade<sup>2</sup>.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 189) conceitua o ato administrativo como “a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e

---

<sup>1</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 368.

<sup>2</sup> MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2008, p. 134.

sujeita a controle do Poder judiciário”<sup>3</sup>.

Lucia Valle Figueiredo, <sup>(18)</sup> utilizando-se da definição de Agustín Gordillo, estabelece como ato administrativo: "Ato Administrativo é a norma concreta, emanada pelo Estado, ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser controlada pelo Poder Judiciário."

### 3. CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO ARGENTINO

Com uma visão autêntica, diferente da dos doutrinadores brasileiros, Agustín Gordillo dedica todo o Tomo III de sua obra para aclarar sua concepção de ato administrativo perfazendo longa digressão sobre o conceito deste.

Gordillo afirma que não é possível dissociar o ato administrativo da noção de função administrativa. Criticando os conceitos puramente materiais, ou puramente subjetivos de ato administrativo e de função administrativa, afirma que a raiz do ato administrativo afunda-se no terreno da função administrativa afirmando que “*acto administrativo es el dictado em ejercicio de funcion administrativa, sin interesar qué órgano la ejerce*” (GORDILLO, 2004, p. I-10) e que esta função é “*toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativo y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los hechos y actos materialmente legislativos y jurisdiccionales*” (GORDILLO, 2004, p. I-6).

Agustín Gordillo afirma ainda que, o ato administrativo apresenta como característica a qualidade de produzir efeitos jurídicos, entretanto, faz diferença entre atos que produzem efeitos jurídicos mediatos e aqueles que os produzem imedia-

---

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 189.

tamente. Para o autor são atos administrativos os que influenciam o mundo jurídico imediatamente, como segue:

“[...] es esencial, pues, al concepto de acto administrativo, que los efectos jurídicos sean inmediatos... han de emanar directamente del acto mismo: solo entonces son inmediatos, no basta decidir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos y a que siempre es posible que surja, em forma indirecta o mediata,algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto debe ser directo e inmediato, surgir del acto mismo y por sí solo, para que la clasificación tenga entonces um adecuado sentido jurídico preciso”(GORDILLO, 2004, p. II-2).

O autor também faz uma crítica aos conceitos que traduzem ser o ato administrativo como declaração de vontade, “*nosotros, em cambio, entendemos que no corresponde hablar de una declaracion... destinada a producir efectos jurídicos*” (GORDILLO, 2004, p. II-19), pois, para o autor argentino, esta definição provém de uma aceitação de que a vontade psíquica do agente é um fator primordial a ser considerado, o que, segundo ele não é totalmente exato afirmar.

“No debe, por tanto, hacerse énfasis em el aspecto subjetivo. Esto es asi porque el acto administrativo nos es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan lãs condiciones previstas por la ley y no solo porque lo funcionario haya querido” (GORDILLO, 2004, p. II-19).

Ao Estado cumpre a finalidade de promoção do bem estar de todos. Esta finalidade é alcançada mediante uma ação. Portanto, quando age, o Estado maneja “poderes” que são na verdade deveres para atender a um determinado fim. Estes deveres-poderes são trazidos ao mundo jurídico mediante os atos administrativos que lhes dão corpo. A manifestação destes deveres-poderes cria, altera ou extinguem direitos, além de suscitar conseqüências no campo material, o que é natural.

Tem legitimidade para ser titular da competência da emissão do Ato Administrativo o servidor público, para o qual a lei designou tal atribuição, ou terceiro que, mediante autori-

zação legal também recebeu tal incumbência. Tenha-se em mente que por se tratar de delegação de competência, os atos administrativos são sempre subordinados à legalidade, não manejando seus prolores qualquer poder discricionário, mas, apenas, competência discricionária legalmente atribuída. É uma manifestação dirigida ao caso concreto, não possui a generalidade e a abstração da lei, cumpre um objetivo determinado e dirigido para um motivo do mundo ôntico.

Assim, pode-se definir o ato administrativo como a materialização do poder-dever do Estado, na realização de sua função constitucional de promoção humanitária, normalmente declarativa, que pode gerar conseqüências materiais, cumprida por seu servidor ou terceiro legalmente designado, para o exercício de competência funcional plenamente vinculada, que produz efeitos jurídicos. É uma manifestação objetiva, dirigida ao caso concreto e subordinada à ordem constitucional.

#### 4. ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS/VINCULADOS

A Administração Pública, quando da realização de sua atividade, pratica atos os quais podem ser vinculados ou discricionários. A doutrina costuma diferenciar os atos administrativos vinculados dos chamados atos discricionários. Trata-se de diferenciação das mais importantes, que apresenta inegável relevância jurídica, tanto de um ponto de vista prático quanto teórico.

Os atos discricionários seriam aqueles nos quais a lei confere ao agente público a possibilidade de escolher a solução que melhor satisfaça o interesse público em questão, ou seja, são aqueles cuja lei deixa a critério do administrador a escolha, dentre diversas alternativas, da mais adequada à realização da finalidade pública. Isto é feito através da emissão de valores acerca da oportunidade e da conveniência da prática de deter-

minado ato – é o que se chama de mérito administrativo.

Ao contrário, os atos vinculados são aqueles cujo conteúdo encontra-se previamente definido na lei, não havendo margem para o gestor externar a sua vontade. Cabe ao mesmo somente executar aquilo que a lei prescreve. Diante de uma determinada situação fática ou jurídica, a autoridade administrativa, sem qualquer margem de liberdade, e sem poder fazer qualquer juízo de conveniência ou oportunidade, encontra-se obrigada a expedir determinado ato, no momento, na forma e com o conteúdo previsto em lei. Ou seja, a atividade é aqui, inteiramente vinculada. Exemplo clássico de ato vinculado é a licença para construir, expedida pela autoridade municipal competente, quando o construtor preenche todas as exigências previstas em lei.

Torna-se pertinente salientar, no entanto, que no caso do ato discricionário, não se confunde margem de escolha com liberdade absoluta, pois o ato discricionário deve sempre respeitar os limites legais e, segundo aduz Odete Medauar (MEDAUAR, Odete, 2003, p. 162) “o próprio conteúdo tem de ser consentido pelas normas do ordenamento; a autoridade deve ter competência para editar; o fim deve ser o interesse público”. Portanto, o administrador não possui total liberdade, estando sempre balizado pelas imposições legislativas.

## 5. A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES DO ATO ADMINISTRATIVO

A teoria dos motivos determinantes do ato administrativo foi originada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês e reconhecida pelo STF, esta teoria entende que a validade do ato administrativo está diretamente relacionada à veracidade e a existência dos motivos apresentados. De tal modo, que se o motivo apresentado for falso ou inexistente, o ato será inválido. Aplica-se a todos os atos administrativos discricionários.

rios e vinculados.

Neste sentido, faz-se necessário mencionar que o motivo caracteriza-se como as razões de fato e de direito que autorizam a prática de um ato administrativo, sendo externo a ele, o antecedendo e estando necessariamente presente em todos eles.

Contudo, cumpre esclarecer que motivo não se confunde com motivação. A motivação feita pela autoridade administrativa afigura-se como uma exposição dos motivos, a justificação do porquê daquele ato, é um requisito de forma do ato administrativo.

De acordo com Celso Antonio Bandeira de Mello:

“é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados (a) a regra de direito habilitante, (b) os fatos em que o agente se estribou para decidir e, muitas vezes, obrigatoriamente, (c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado” (MELLO, 2007, p. 366-367).

Estabelecidas as diferenças entre motivo e motivação, apresenta-se a teoria dos motivos determinantes, que segundo a qual o motivo é um requisito tão necessário à prática de um ato, que este fica fundamentalmente ligado a ele. Isso significa que se for provado a falsidade ou a inexistência do motivo, por exemplo, seria possível anular totalmente o ato.

Dessa forma, uma vez enunciados os motivos do ato pelo seu agente, mesmo que a lei não tenha estipulado a obrigatoriedade de motivá-los, o ato somente teria validade se estes motivos efetivamente forem verdadeiros e realmente justifiquem o ato.

Nesta esteira, surge a debatida discussão acerca da obrigatoriedade ou não de motivação de um ato administrativo.

Há vários posicionamentos a respeito do assunto: o primeiro seria aquele que alarga a extensão da necessidade de motivação dos atos administrativos; o segundo é o da obrigatoriedade de motivação apenas quando a lei impuser; o terceiro seria aquele que defende a motivação sempre obrigatória; e,



por fim, o da necessidade de motivação depender da natureza do ato, exigindo ou não a lei.

Visando sanar a discussão sobre o tema foi criada a Lei 9.784/99, que estabeleceu no artigo 50, as situações em que os atos deverão necessariamente ser motivados:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V – decidam recursos administrativos;

VI – decorram de reexame de ofício;

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo”.

Entretanto, embora a lei disponha expressamente os casos em que deve haver motivação, acredita-se que todo o ato discricionário deveria ser necessariamente motivado.

No que tange ao ato vinculado, a lei já definiu qual a única possibilidade de atuação do administrador diante do caso concreto. Assim, nas hipóteses não esculpidas na lei, em não havendo motivação, mas sendo possível se identificar qual o motivo, não há que se falar em vício, não havendo efetiva necessidade de motivação.

Todavia, relativo aos atos discricionários, entende-se pela sua necessária motivação, independente de designados ou não pela lei; caso não motivado estaria eivado de vício, pendendo à conseqüente invalidação.

Entendemos que os atos discricionários devem ser motivados, isso porque o administrador apesar de possuir uma margem de liberdade de atuação, se encontra na qualidade de mero gestor dos anseios da coletividade, e, assim deve explica-

ção à população como um todo, tem um “dever de boa administração” (FALZONE, 1953, p.55).

Celso Antônio corrobora com tal opinião:

“[...] o campo de liberdade discricionária, abstratamente fixado na regra legal, não coincide com o possível campo de liberdade do administrador diante das situações concretas. Perante as circunstâncias fáticas reais esta liberdade será sempre muito menor, e pode até desaparecer. Ou seja, pode ocorrer que, ante um comportamento seja, a toda evidência, capaz de preencher a finalidade legal. Em Suma – e antes de precisões maiores -, cumpre, desde logo, suprimir a idéia, muito freqüente, de que a outorga de liberdade discricionária na lei significa, inevitavelmente, que a matéria esteja isenta de apreciação judicial quanto à procedência da medida administrativa adotada” (MELLO, 2009, P.161).

Afinal, o fato de vivermos em um Estado Democrático de Direito confere ao cidadão o direito de saber os fundamentos que justificam o ato tomado pelo administrador.

Ressalta-se ainda que, se todas as decisões do Poder Judiciário, bem como as decisões administrativas dos Tribunais, devem necessariamente ser fundamentadas; há de ser motivado também o ato administrativo, principalmente o discricionário.

Ademais, destaca-se que a motivação deve ser sempre anterior ou concomitante a execução do ato, caso contrário, abrir-se-ia margem para a Administração, após a prática do ato imotivado e diante da conseqüente possibilidade de sua invalidação, inventar algum falso motivo para justificá-lo, alegando que este foi considerado no momento de sua prática.

Diante do exposto, defende-se a necessária motivação de todo o ato discricionário, de modo a fazer valer os princípios e valores basilares da Constituição pátria, como a democracia, a moralidade, a probidade administrativa e a publicidade, entre outros.

## 6. DA ADMISSIBILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Nos últimos tempos a doutrina administrativista tem manifestado grande preocupação com o controle dos atos administrativos discricionários. Tal preocupação coincide, em termos jurídico-políticos, com as idéias, valores e princípios positivados pela Constituição de 1988, que não só consagrou e revitalizou princípios antigos (república, federação, autonomia administrativa, igualdade), como inovou em muitos aspectos (princípio da moralidade, da legalidade, da publicidade), no propósito de fazer de suas coordenadas, mormente aquelas norteadoras da atividade administrativa, um marco referencial concreto para a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput).

A reforma administrativa tem aspectos que podem ser considerados retrocesso, mas não há dúvida que a positivação do princípio da eficiência, pela amplitude de suas repercussões, principalmente como mais um referencial de controle da atividade administrativa discricionária, constitui-se, no âmbito do direito administrativo, um inequívoco avanço institucional. A perseguição ao interesse público também é controlado pelo princípio da eficiência. É pacífico o entendimento de ser possível que os atos administrativos discricionários sejam controlados pelo Judiciário, no que tange a sua legalidade e a sua legitimidade.

A divergência se dá, no entanto, quando se fala da extensão desse controle, sobretudo a partir da introdução de uma nova concepção do princípio da legalidade, que passa a abranger não só a conformidade com a lei, mas também com os princípios norteadores do ordenamento jurídico, caracterizando o que muitos doutrinadores tais como Juarez Freitas, Germana de Oliveira Moraes e Carmem Lúcia Antunes Rocha vêm chamando de princípio da juridicidade, que restringe o campo do chamado mérito administrativo.

O princípio da juridicidade consiste na conformidade do

ato não só com as leis, decretos, atos normativos inferiores (regulamentos, portarias), como também com os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico. Engloba o princípio da legalidade e acrescenta a este a necessidade de observância ao ordenamento jurídico como um todo.

No Brasil, verificamos a introdução do princípio da juridicidade com a positivação dos princípios informadores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]".

Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p.79-80) trata do princípio da juridicidade, ressaltando sua importância para se atingir à justiça material:

“O Estado Democrático de Direito material, com o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de "legalidade administrativa" e, agora, mais propriamente rotulada de "juridicidade administrativa", adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social”.

No Direito Argentino há o seguinte entendimento de Carlos Francisco Balbin “...los jueces pueden y deben controlar los hechos, particularmente su existencia y su veracidad, sin limitaciones, en el marco de las potestades regladas o discrecionales del Estado”<sup>4</sup>.

Verifica-se, pois, que os doutrinadores pátrios já reconhecem a necessidade de que a atividade administrativa não seja norteadada tão-somente pela idéia de legalidade formal, mas por um valor mais amplo que é a justiça, consubstanciada em todo ordenamento jurídico.

---

<sup>4</sup> BALBÍN, Carlos F., Curso de Derecho Administrativo, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 518

A redefinição no conteúdo da legalidade com o aparecimento do princípio da juridicidade acarreta alguns reflexos no âmbito da discricionariedade administrativa. Observa-se uma redução do conteúdo do mérito administrativo, elemento livre de apreciação através de controle jurisdicional.

É que, com a positivação dos princípios administrativos, aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato. Permite-se ao julgador examinar o ato à luz dos princípios não só da legalidade, mas também da impessoalidade, da igualdade, da eficiência, da publicidade, da moralidade, da razoabilidade, da proporcionalidade.

Amplia-se, portanto, a possibilidade de controle judicial da administração, na medida em que se permite ao julgador examinar aspectos antes impenetráveis do ato administrativo.

A dificuldade existente seria traçar limites quando do exercício do controle judicial dos atos administrativos discricionários, principalmente quando da verificação de sua conformidade com o princípio da juridicidade, de forma que este controle não implique numa invasão da esfera de competência do administrador pelo órgão judicante, tendo em vista, por outro lado, a importância da sua realização como forma de conter possíveis arbitrariedades no exercício da discricionariedade administrativa.

Contudo, defende-se aqui que não pode a discricionariedade administrativa ser invocada para afastar o controle jurisdicional quando há indícios de violação a princípios administrativos.

A doutrina apresenta certa divergência sobre a natureza da discricionariedade. A grande maioria dos doutrinadores entende que se trata de um poder. Não obstante, há opinião contrária no sentido de que a discricionariedade consiste num dever. Celso Antônio nos informa que, devido ao caráter funcional da atividade administrativa, o que se chama de poder é, na verdade, um instrumento para realização de certos deveres im-

postos pela lei: "surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público" (MELLO, 1998, p. 15). Daí pode-se concluir que quando o ato administrativo discricionário viola direito subjetivo de outrem, cabe proteção judicial.

## 7. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PARA A EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O controle jurisdicional dos atos administrativos remete-nos a mencionar o controle jurisdicional sobre a Administração Pública para a efetivação de políticas públicas.

Segundo o doutrinador Carlos Francisco Balbín "...los jueces pueden y deben controlar los hechos, particularmente su existencia y su veracidad, sin limitaciones, en el marco de las potestades regladas o discrecionales del Estado"<sup>5</sup>.

Na atualidade, alguns apresentam como solução o controle judicial sobre o Poder Legislativo e os atos do Poder Executivo, na forma de prestação de contas, para a efetivação dos direitos fundamentais.

Logo, é possível evidenciar que o controle jurisdicional das políticas públicas fundado no constitucionalismo poderá dimensionar dois âmbitos importantes do conjunto de ações governamentais: formal e material. Por certo sem cair em dicotomizações, cabe ao Poder Judiciário garantir que as políticas públicas adotem uma processualidade capaz de salvaguardar a legitimidade democrática. O que antes foi indicado como necessário para o processo de construção de políticas públicas, com certeza, pode ser levado ao controle jurisdicional como forma até mesmo de realizar a transparência administrativa.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> BALBÍN, Carlos F., Curso de Derecho Administrativo, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 518

<sup>6</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito, p. 339-340.

O Poder Judiciário também pode criar comissões (como, por exemplo, a Procuradoria Geral do Estado do Rio Grande do Sul – “PGE Saúde”<sup>7</sup>) para controlar o cumprimento, pelo Poder Público, das decisões judiciais favoráveis à prestação de direitos fundamentais sociais prestacionais, especialmente no que toca à saúde e à vida, não havendo, portanto, uma liberdade impenetrável dos agentes públicos. E o exercício do controle por parte do Poder Judiciário não representa uma violação ao princípio da separação de poderes.

Destaca-se o entendimento do Ministro Eros Grau no sentido de que a reserva do possível “não pode ser reduzida a limite posto pelo orçamento, até porque, se fosse assim, um direito social sob ‘reserva de cofres cheios’ equivaleria, na prática – como diz José Joaquim Gomes Canotilho – a nenhuma vinculação jurídica”.

Nesse passo, em complemento à citação supramencionada, é forçoso compreender que os direitos fundamentais sociais são plenamente eficazes independentemente da tentativa de restrição de sua aplicabilidade pelo Poder Público.

Ressalta-se que a Constituição Federal possui hierarquia máxima, não devendo ser desvalorizada, estando o administrador vinculado à sua obediência, mediante uma melhora na organização dos orçamentos e pela aplicação dos princípios da moralidade e da probidade administrativa no que tange à alocação e destinação dos recursos públicos, com o auxílio do controle do Poder Judiciário.

Portanto, não é necessária uma reforma constitucional para disciplinar a forma de execução dos direitos fundamentais sociais prestacionais, tanto em sua amplitude quanto em seu mínimo, mas apenas uma melhoria das leis infraconstitucionais buscando superar omissões legislativas ou lacunas orçamentá-

---

<sup>7</sup> MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 108.

rias<sup>8</sup>, e o cumprimento efetivo, pela Administração, da Constituição Federal, otimizando a aplicação dos direitos fundamentais sociais prestacionais, em especial o direito à saúde. E, nas situações já consolidadas, aplicando o legislador o princípio da proibição do retrocesso social, devendo, sim, o Poder Judiciário atuar como controlador dos atos do administrador em prol da preservação dos direitos fundamentais.

Ademais, cabe ressaltar o entendimento de Luciano Benetti Timm<sup>9</sup> e de Ana Paula de Barcellos<sup>10</sup> de que os recursos orçamentários obtidos por meio da tributação, incluindo a abertura de créditos adicionais, devem ser empregados pelo Poder Público de modo mais eficiente para que possa atingir o maior número de demandas da população, cumprindo as metas fixadas. Isto é, devem ser implementadas políticas públicas e sociais, evitar o desperdício de recursos públicos, de maneira a efetivamente aplicá-los na melhora da qualidade da prestação dos direitos fundamentais sociais. Para isso, devem existir ato-

---

<sup>8</sup> Nesse sentido, é interessante o entendimento de Ricardo Lobo Torres em O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 83: “Se não prevalece o princípio da reserva do possível sobre o direito fundamental ao mínimo existencial, nem por isso se pode fazer a ilação de que não deve ser observado o princípio da reserva do orçamento. A superação da omissão do legislador ou da lacuna orçamentária deve ser realizada por instrumentos orçamentários, e jamais à margem das regras constitucionais que regulam a lei de meios. Se, por absurdo, não houver dotação orçamentária, a abertura dos créditos adicionais cabe aos poderes políticos (Administração e Legislativo), e não ao Judiciário, que apenas reconhece a intangibilidade do mínimo existencial e determina aos demais poderes a prática dos atos orçamentários cabíveis”.

<sup>9</sup> TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 67.

<sup>10</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 146.



res públicos mais capacitados, conhecedores das diversas disciplinas tanto humanas quanto exatas, como direito, economia e sociologia, com o escopo de obter uma administração mais eficiente no que tange à aplicação dos recursos públicos.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É plenamente possível o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, pois, mesmo o ato administrativo discricionário, muitas vezes, terá seu mérito analisado e possivelmente reduzido a amplitude de sua atuação.

Além disso, o Direito Administrativo tradicional vem sofrendo profundas alterações decorrentes da institucionalização de políticas públicas e da inserção dos debates sobre o tema no campo jurídico-administrativo. Deixa-se, assim, de centrar a discussão na órbita exclusiva dos atos administrativos, ampliando o leque de problematizações para uma instância antecedente a qualquer decisão dos agentes públicos. Não há como focar adequadamente o tema das políticas públicas num cenário de complexidade, como o atual, sem centrar o debate sobre os regimes políticos que constroem o modo-de-ser cultural dos cidadãos e da própria Administração Pública. Os estudos sobre a questão dos programas de governo partem de pressupostos analíticos e abstratos, olvidando que construir políticas públicas está diretamente relacionado com os diversos contextos públicos.

Assim um ato discricionário viola a esfera de direito subjetivo do administrando, causando-lhe prejuízo, por ter sido efetuado ilegitimamente, cabe proteção judicial e para se apurar tal violação será indispensável uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo, analisando-o a partir do paradigma da “boa administração”, que seria um dever-poder do administrador público. Assim, os atos discricionários deveriam ser motivados sempre, quando este

motivo não fosse verdadeiro, ilegítimo ou contra a finalidade pública, o Judiciário também poderia atacar este ato e indiretamente estaria adentrando no mérito administrativo. Assim, a discricionariedade administrativa deve não só ser exercida em conformidade com a lei que a autoriza, mas também de acordo todos os princípios que informam o ordenamento jurídico.

Portanto, é imprescindível o controle judicial sobre os atos administrativos, uma Administração Pública mais ativa no sentido de melhorar a eficácia, a transparência e até mesmo a efetivação dos direitos fundamentais dos administrados.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. *Direito Administrativo*. 10ª ed. Niterói: Impetus, 2006.
- ANDRADE, Ricardo Luís Sant'Anna de. *O Controle Jurisdicional da Administração Pública*. Disponível em: <http://www.pgj.ce.gov.br/artigos/artigo20.htm>. Acesso em: 15/04/2011.
- BALBÍN, Carlos F., Curso de Derecho Administrativo, Tº I, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Grandes Temas de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e "reserva do possível"*. Porto Alegre: Livraria do Ad-

- vogado, 2008. p.111-147.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade*. Disponível em: <http://www.acta-diurna.com.br/biblioteca/doutrina/d19990628007.htm>. Acesso em: 16/06/2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. Lei Nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular.
- Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, DF, 8 de abril de 1974.
- \_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- \_\_\_\_\_. Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, DF, 01 de fevereiro de 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional Passa; O Direito Administrativo Passa Também. In: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*. Studia Iuridica. Nº 61. Coimbra, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *A evolução do princípio da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7257>. Acesso em: 15/05/2006.

- DALLARI, Adilson Abreu. *Controle Compartilhado da Administração da Justiça*. Disponível em: [http://www.presidencia.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_73/artigos/Adilson\\_rev73.htm](http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_73/artigos/Adilson_rev73.htm). Acesso em: 10/05/2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- \_\_\_\_\_. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- FALZONE, Guido. *IL Dovere di Buona Amministrazione*, Mi-  
lão, Giuffrè Editore. 1953, ParteI, p.53
- GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade Administrativa*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. TOMO 3. FUNDACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO Buenos Aires 2004.
- MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário brasileiro*. Disponível em: [http://www.verbojuridico.net/doutrina/brasil/br\\_constituionalizacaoadministrativo.html](http://www.verbojuridico.net/doutrina/brasil/br_constituionalizacaoadministrativo.html). Acesso em: 16/06/2006.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.87-109.
- MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. N. 55/56,

- jan./dez. 2001. p. 154. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/Revista%20PGE%2055-56.pdf>. Acesso em: 13/05/2010.
- MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração Pública Gerencial. *Revista do Direito*. Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998. Disponível em: <http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/procurad.html>. Acesso em: 21/05/2010.
- OLIVEIRA, Marcus Vinicius Xavier de. *Os princípios reitores do direito público e do direito privado e o princípio da autonomia da vontade regrada*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3871>. Acesso em: 12/06/2006.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato Administrativo*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas Públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do Estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 323-345.
- PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- RÉGNIER, João Roberto Santos. *Discricionariedade Administrativa*. Significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. Vol. 1. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), n. 10, jan. 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 6 maio 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53.
- SOARES, Mário Lúcio Quintão. *Teoria do estado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- SEABRA FAGUNDES, M. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1957.
- Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.
- Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.
- TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do possível”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.55-68.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org). *Direitos fundamentais, orçamento e “reserva do*

*possível*". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.  
p.69-86.

TOURINHO, Rita. *Discricionariiedade Administrativa: Ação de Improbidade & Controle Principiológico*. Curitiba, Juruá, 2004.