

NEOCONSTITUCIONALISMO E CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

MARGALENE CAVALCANTE CORDEIRO*

RESUMO | O presente trabalho apresenta um estudo acerca das divergências existentes, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, com respeito à possibilidade ou não de julgamento, pelo Poder Judiciário, de atos administrativos emanados por qualquer um dos poderes constituídos. Considerando as transformações ocorridas no campo do direito no que diz respeito à aplicação principiológica e à concretização dos direitos fundamentais, busca fazer uma análise resumida dos posicionamentos de vários autores, bem como de decisões jurisprudenciais. Ante o que foi estudado, verifica-se que os atos administrativos, mesmo os discricionários, possuem limitações; quando estas são violadas, cabe ao controle jurisdicional resguardar direitos e fazer valer as normas constitucionais.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo. Ato administrativo. Discricionariedade. Controle.

*Auditora das Contas Públicas do Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco, mestra em ciência política pela Universidade Autônoma de Madri. E-mail: margalene@tce.pe.gov.br.

1 INTRODUÇÃO

São indiscutíveis as mudanças de paradigmas ocorridas na atividade da Administração Pública, advindas de modificações resultantes da reinterpretação do direito administrativo sob a ótica principiológica da Constituição.

Essa reinterpretação, ou melhor, a leitura do direito administrativo através de uma visão mais ampla, tendo por base os princípios constitucionais, é decorrência de um processo de evolução do direito constitucional, que vem ocorrendo não somente no Brasil, mas também na Europa. Os novos modelos baseiam-se na importância dada aos princípios, aplicáveis mediante uso do método da ponderação,¹ considerando a Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico.

O processo de constitucionalização do direito administrativo brasileiro trouxe para dentro da Constituição inúmeros princípios, como os contidos no *caput* do artigo 37, além de outros que estão disseminados por toda a Carta Magna, obrigando, assim, a Administração Pública a segui-los, sob pena de nulidade dos atos praticados.

Neste contexto de superação das teorias positivistas e de consolidação do pós-positivismo, discutiremos, principalmente, como essas mudanças influenciam na forma de abordar o controle dos atos administrativos.

Vamos nos ater aos contornos dessa nova interpretação, pautada pela supremacia da Constituição, pela força normativa dos princípios constitucionais nela contidos. Vamos ver como ela pode interferir e, em muitos casos, modificar a maneira de entender o caso concreto no tocante à sindicabilidade ou à insindicabilidade, pelo Poder Judiciário, do ato administrativo discricionário, já que na ocorrência do ato administrativo vinculado há total consenso em relação ao seu controle pelo Judiciário.

Na abordagem desse tema, começaremos por situar o direito administrativo dentro do neoconstitucionalismo, para depois comentar o conceito dos atos administrativos; em seguida, apresentaremos a distinção entre atos vinculados e discricionários. Por fim, ingressaremos no âmago da questão, ou seja, o controle dos atos administrativos.

Evidentemente, a intenção não é esgotar a matéria, que tem sido objeto de análise e divergências da doutrina e da jurisprudência, mas sim trazer à baila questionamentos, além de posições doutrinárias e também jurisprudenciais.

¹Método em que caberá ao intérprete ponderar os valores em jogo, preservando o máximo de cada um, na medida do possível. Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas a simples determinação da solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada.

2 NEOCONSTITUCIONALISMO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O neoconstitucionalismo pode ser entendido como o instituto que se propõe a descrever as grandes transformações vivenciadas em todos os ramos do direito, no qual prevalecem os princípios e regras constitucionais na interpretação e aplicação das leis a partir da incidência da Constituição.

Gustavo Binenbojm (2006, p. 65), ao tratar do tema, define o neoconstitucionalismo como o “reconhecimento de que toda legislação infraconstitucional tem de ser interpretada e aplicada à luz da Constituição, que deve tornar-se uma verdadeira bússola, a guiar o intérprete no equacionamento de qualquer questão jurídica”.

O tema da constitucionalização do direito, ou seja, a existência de normas constitucionais com poder vinculante somente passa a vigorar com mais proeminência com a Constituição de 1988. A partir daí, surge uma maior preocupação no sentido de interpretar as normas infraconstitucionais em conformidade com os ditames impostos pela Carta Magna vigente. No caso do direito administrativo, significa dizer que os atos administrativos devem guardar consonância com os princípios máximos alojados na Lei Maior.

Segundo Barroso (2005), três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; a sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos e a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo. Todas elas se somam para a configuração do modelo atual, no qual diversos paradigmas estão sendo repensados ou superados.

Entre essas três circunstâncias, nos aprofundaremos na influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo, uma vez que estão diretamente ligados ao controle dos atos administrativos, tema em análise.

Como é sabido, o direito administrativo é guiado principalmente pelo princípio da legalidade, expressamente previsto na Constituição, artigo 37, vinculando toda a administração direta e indireta. Assim, a atuação da Administração está vinculada aos limites da lei, só podendo ocorrer *secundum legem*. Porém, devemos atentar para o fato de que essa vinculação não desobriga a observância de outros princípios instituídos ao longo de toda a Lei Magna; pelo contrário, com a nova interpretação constitucional, não se deve obedecer estritamente ao puro formalismo advindo do positivismo jurídico, mas nortear-se, também, por outros princípios, como os da moralidade, impessoalidade, publicidade,

eficiência e razoabilidade, além, é claro, da boa-fé, sempre no sentido de coibir abusos da Administração, entre outras situações.

A propósito, com inegável acerto, assinala Pazzaglini Filho (2003, p. 10):

[...] os princípios constitucionais consubstanciam a essência e a própria identidade da Constituição e, como normas jurídicas primárias e nucleares, orientam e vinculam a formação, a aplicação e a interpretação de todas as demais normas componentes da ordem jurídica.

Mesmo sem exaurir o tema, mas com o intuito de esclarecer melhor o contexto da presente análise, faremos breves comentários acerca dos princípios acima mencionados, sem olvidar que essa síntese não esgota o rol de princípios emanados da Constituição, tampouco os comentários pertinentes a cada um deles.

Iniciaremos pelo princípio da moralidade administrativa, por ser o de maior abrangência e por englobar conceitos imprecisos, como moral, costumes, interesse público, ética, boa-fé, dever de probidade e de honestidade, equidade e justiça, em suma: “A moralidade significa a ética na conduta administrativa; a pauta de valores morais a que a Administração Pública, segundo o corpo social, deve submeter-se para consecução do interesse coletivo” (PAZZAGLINI FILHO, 2003, p. 29).

O princípio da impessoalidade objetiva tratamento igual, pela Administração Pública, a todos os cidadãos, ou seja, visa atender o administrado sem qualquer privilégio ou discriminação, tendo em vista sempre o bom andamento do serviço público. Exemplo bastante ilustrativo de caso de pessoalidade é nomeação de familiares e amigos para cargos comissionados, baseada em escolhas políticas e não nas competências profissionais. Podemos citar, ainda, a realização de processos licitatórios pela Administração Pública direcionados para apadrinhados políticos, isto é, com ganhadores já conhecidos internamente, antes mesmo da abertura das propostas.

O princípio da eficiência é aquele que obriga o gestor público a escolher, entre as hipóteses possíveis, aquela que melhor se adapta ao interesse público em cada caso, não considerando apenas a legalidade, mas também a otimização dos recursos. Assim, nos ensina Tourinho (2005, p. 129), “[...] a necessidade de otimização, contida no princípio da eficiência, é requisito de validade jurídica da atuação administrativa”.

Ao falarmos de publicidade estamos nos referindo à transparência, pois todo e qualquer ato administrativo tem que ser divulgado, como forma de garantir a segurança jurídica dos membros da coletividade quanto aos seus direitos. Esse princípio identifica-se com o próprio Estado democrático. O sigilo das informações na esfera pública serve, na maioria das vezes, para

privilegiar alguns poucos “amigos do poder”. Fácil visualização dessa situação é a publicação de editais de licitação com conteúdos mínimos necessários à identificação do projeto, excluindo, muitas vezes, a participação de um maior número de participantes por falta de informações.

O princípio da razoabilidade, como os demais, representa uma limitação à atuação discricionária do gestor público, pois determina a este que os atos a serem praticados por ele sejam legítimos, econômicos, eficientes e, principalmente, consentâneos com as necessidades e às deficiências da coletividade.

Deve o administrador praticar políticas públicas que guardem consonância com os preceitos constitucionais, inclusive no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais sociais (art. 6º da CF/88), ou seja, não é admitido que gaste mal o dinheiro público em detrimento de itens como educação, saúde e trabalho. Esse também é o entendimento do STF, conforme o RE 463.210, de 7 de novembro de 2005, do ministro Carlos Velloso, quando decidiu acerca do direito de matrícula de crianças em creche do município de Santo André, *in verbis*:

[...] o artigo 211 determina que a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino e em seu parágrafo 2º esclarece que a atuação dos municípios dá-se prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Como visto, não houve violação a esse dispositivo, mas sua concretização. 16. Quanto à alegada ofensa ao princípio da separação de poderes, entendendo não haver restado configurada, uma vez que a educação, nos termos do artigo 205, *caput*, da Constituição da República, “é direito de todos e dever do Estado e da família”. Prescreve, ainda, o artigo 227 da Constituição que “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. 17. Nesse passo, sendo a educação um direito fundamental assegurado em várias normas constitucionais e ordinárias, a sua não observância pela Administração Pública **enseja sua proteção pelo Poder Judiciário** (grifo nosso).

Claro está que os atos administrativos, ainda que sejam discricionários, possuem limitações, não podendo ser praticados à margem dos aspectos da conveniência e da oportunidade. Eles necessitam ser motivados, sempre que neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; decidam

processos administrativos de concurso ou seleção pública; dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; decidam recursos administrativos; decorram de reexame de ofício; deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo (art. 50, *caput*, da Lei nº 9.784/1999). Quando praticados sem observar essas limitações, podem ensejar anulação judicial.

Imaginemos que determinado chefe do Poder Executivo municipal, dentro de sua discricionariedade administrativa e **sem indicação adequada de motivos**, decida suspender a obra de construção de um hospital, iniciada em gestão anterior de partido oposicionista, em uma região carente de atendimento médico-hospitalar, alegando falta de recursos, e, em seguida, utilizando os recursos antes destinados àquela obra, autorize a construção de uma praça pública ornamentada com o busto de um antecessor político falecido.

A princípio, não se observa nenhuma ilicitude na conduta do administrador, pois ele tem, teoricamente, o direito de eleger quais as ações a que deva dar prioridade em sua gestão. O questionamento reside no fato de deixar de atender às necessidades coletivas legítimas daquela comunidade, em razão de um propósito eleitoral. Ou seja, eleger construir uma praça, cuja utilidade para os cidadãos naquele momento era irrelevante, em detrimento do hospital, só porque ele fazia parte das políticas públicas de iniciativa de partido oposicionista.

Notamos claramente, nesse exemplo, a inobservância do interesse público no que diz respeito à falta de prioridade na efetivação do direito a um sistema de saúde mais eficiente. Ressaltando, ainda, que o ato não comungou da imparcialidade, da boa-fé e da razoabilidade. E, como sabemos, a prática de qualquer ato, pelo gestor público, sem observação desses valores elimina o direito de eleger prioridades, ou seja, restringe a discricionariedade.

Com efeito, é nesse quadro que devemos discutir a possibilidade do controle pelo Judiciário do ato administrativo.

3 ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública cumpre sua função executiva por meio de atos jurídicos denominados atos administrativos, praticados por qualquer um dos poderes constituídos, os quais não se confundem com aqueles emanados do Legislativo e do Judiciário quando desempenham atribuições específicas.

Conforme ensinamento de Medauar (2007, p. 133),

[...] o ato administrativo constitui, assim, um dos modos de expressão das decisões 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.

De forma elucidativa, Figueiredo (2004, p. 162-163) ensina que o ato administrativo à luz dos princípios constitucionais:

[...] 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 contrastada pelo Poder Judiciário.

Conceituado o ato administrativo, partiremos, agora, para a classificação, encontrada na maioria dos autores, quanto ao seu regramento, ou seja, ato administrativo discricionário e ato administrativo vinculado, suas características e consequências.

Salientamos que já há na doutrina autores, como Binenbojm (2006), que consideram todos os atos vinculados; o que varia, na realidade, é o grau de vinculação.

Vinculados são todos aqueles atos em que o gestor público possui uma única solução admissível dentro da possibilidade legal, diante de determinada situação de fato, como no caso de aplicação de uma multa de trânsito, quando transgredida a norma. Já os atos discricionários são aqueles em que o administrador público possui um campo de liberdade, dentro da lei, para agir em busca da melhor alternativa, levando em conta a oportunidade e a conveniência administrativa. Podemos exemplificar com o caso da liberdade de opção que cabe ao agente público para realizar esta ou aquela obra pública, desde que dentro dos parâmetros preestabelecidos pelos princípios constitucionais e obedecendo sempre à finalidade pública.

Corroborando essas definições, citamos o mestre Meirelles (2008, p. 170-171), que considera:

[...] *atos vinculados* aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para validade da atividade administrativa. E *atos discricionários* os que a administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, do seu destinatário, de sua

conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

Diante da salutar importância para o nosso tema, vamos nos deter no conceito de discricionariedade, do qual depende, ou melhor, direciona-se a conclusão pela sindicabilidade ou não do ato administrativo.

A discricionariedade tradicionalmente vem conceituada como a liberdade que possui o administrador público de eleger entre as opções, ou seja, que política pública escolher sob critério de oportunidade e conveniência, qual a melhor para aquele momento, levando sempre em conta o interesse público.

A discricionariedade contém certa dose de subjetividade, ligada diretamente à oportunidade e/ou à conveniência do agente público; no entanto, essa subjetividade não pode operar fora dos limites legais, não somente os impostos por normas infraconstitucionais, mas também aqueles presentes na Constituição da República, em todos os seus aspectos principiológicos.

A esse poder de decisão do administrador público acerca da conveniência ou da oportunidade da prática de determinado ato administrativo chamamos de mérito.

É justamente nesse ponto que há divergência doutrinária e também jurisprudencial acerca da possibilidade do controle do ato administrativo discricionário por via judicial, ou seja, muitos autores e também julgadores consideram que o mérito do ato administrativo não pode ser questionado judicialmente.

Sucedo, todavia, que a discricionariedade possui limites, que, como já visto anteriormente, não residem somente na pura e estrita legalidade, mas também no ordenamento geral, formando um todo unitário. É preciso então que ela esteja de acordo com os princípios da moralidade administrativa, da imparcialidade, da eficiência, da boa-fé, da proporcionalidade e da razoabilidade. Não se pode confundir discricionariedade com arbitrariedade, pois esta significa a liberdade ilimitada, enquanto aquela deve ser entendida tão somente como a possibilidade de eleger a melhor opção, levando em conta tudo o que foi dito acima.

Com efeito, se os atos administrativos vinculados estão restritos à letra da lei, aos discricionários acrescentam-se os princípios.

Por questão de organização metodológica, discutiremos esse tema no próximo tópico.

Por fim, trataremos do controle dos atos administrativos, objetivo principal do nosso trabalho.

4 CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de abordar o controle dos atos administrativos, parece oportuna a discussão concernente ao que entendemos por controle, quais os tipos e como pode ser exercido.

Apesar dos vários conceitos existentes, elegemos o que melhor se adapta ao escopo de nosso trabalho, a saber: “É o poder-dever de vigilância, orientação e correção que a própria Administração, ou outro Poder, diretamente ou por meio de seus órgãos especializados, exerce sobre sua atuação administrativa” (ALEXANDRINO; PAULO, 2006, p. 497).

Embora não seja fácil classificar os tipos de controles existentes, tentaremos fazer uma breve síntese e nos deteremos no que tem maior importância dentro dos nossos objetivos: o controle judicial.

Os controles quanto à origem podem ser internos ou externos. É interno o exercido por órgãos da própria administração e externo quando desempenhado por um Poder sobre os atos administrativo praticados por outro Poder. O controle judicial e o controle realizado pelos Tribunais de Contas são exemplos de controle externo.

Na lição de Alexandrino e Paulo (2006, p. 526), “controle judicial é o exercido pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos praticados pelo Poder Executivo, pelo Poder Legislativo ou pelo próprio Poder Judiciário, quando realiza atividades administrativas”.

Em relação ao aspecto observado, os controles podem ser da legalidade ou da legitimidade. É dentro dessa classificação que se encontra o controle do mérito, considerado aqui como a verificação do ato administrativo, se ele está em conformidade não somente com a lei, mas também com os princípios reguladores da Administração Pública.

O controle do mérito dos atos administrativos discricionários tem sido tema de vários debates, tanto no âmbito doutrinário como jurisprudencial, não havendo consenso a respeito da sindicabilidade ou insindicabilidade dele, ou, em outros termos, há controvérsia quanto à possibilidade de o Poder Judiciário apreciá-lo além da pura legalidade.

De um lado, encontra-se a corrente que defende que o Poder Judiciário não poderá sobrepor ou impor seu juízo de conveniência e oportunidade no lugar do administrador. O que equivale dizer que o juiz somente possui a competência para apreciar a estrita legalidade do ato, sem observar o mérito ou motivação do ato administrativo. E, do outro, aqueles que defendem a apreciação, pelo Judiciário, do mérito administrativo, fundamentada na aplicação dos princípios constitucionais relacionados à Administração Pública.

Para os defensores da primeira corrente, o agente administrativo

raramente se depara com uma norma que contenha uma única solução de aplicação possível. Mas isso não quer dizer que ele tem a liberdade de ultrapassar os limites da legalidade. Sua escolha está limitada pela lei. Se ele escolhe uma solução que não esteja dentro da estrita legalidade, o ato pode ser anulado. Ou seja, pode ser modificada por via judicial. Em suma, somente há possibilidade de anulação quando o ato for ilegal, deixando de lado a legitimidade, oportunidade e conveniência.

Segundo Fagundes (2005, p. 179), “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los, tão-somente, sob o prisma da legalidade”.

No mesmo passo, Carvalho Filho (2007, p. 44) afirma:

O controle judiciário, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiram a conduta.

Ainda, na lição de Fagundes (1957, p.167, apud TOURINHO, 2005, p. 151), “o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando destarte o princípio da separação e independência dos poderes”.

Também na lição do consagrado autor Meirelles (2008, p. 717), sobre o controle do ato administrativo pelo Judiciário, temos que “a competência do Judiciário para revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado”.

Essa posição repousa seus argumentos na tese defendida por Fagundes (1967, p. 148, apud MEIRELLES, 2008, p. 718):

Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos da legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim o agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição Judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do governo ou com elementos técnicos, refoge ao âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é aferir a conformação do ato com a lei estrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do direito.

O Recurso em Mandado de Segurança nº 23543-1/DF, cujo relator foi o ministro Ilmar Galvão, ilustra bem a posição dessa corrente, para a qual somente à Administração Pública é dado o direito de apreciar o mérito do ato administrativo, limitando o exame jurisdicional da sua razoabilidade, proporcionalidade, adequação e justiça. O tema foi tratado quando da ação proposta pelo Sindicato dos Cultivadores de Cana-de-Açúcar do Estado de Pernambuco, em virtude da liberação dos preços da cana-de-açúcar. Neste caso, a Corte Suprema decidiu se tratar de matéria submetida a critérios de conveniência e oportunidade, insuscetíveis, por isso, de controle pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2000).

O argumento principal utilizado por essa corrente é o princípio da separação dos poderes, ou seja, não pode o Poder Judiciário intervir em decisões políticas dos demais poderes.

Entendemos não tratar de uma invasão de competência, mas da intervenção do Judiciário no sentido de fazer valer as determinações constitucionais. Isto é, a Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV, assegura acesso ao Poder Judiciário para, subsidiariamente, fazer valer os direitos constitucionais.

Em decisão recente, o ministro Celso de Mello entendeu que:

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte em especial –, a atribuição de formular e implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primeiramente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, **embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário**, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e integridade de direitos individuais e/ou coletivos, impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático (grifo nosso) (BRASIL, 2004).

Para a segunda corrente, defensora da tese da sindicabilidade jurisdicional, com a qual concordamos, não vigora mais a ideia de discricionariedade clássica, em que os atos administrativos eram imunes ao controle judicial.

Essa vertente compreende que o ato administrativo que não atenda aos princípios constitucionais, ou cuja execução não tenha como primazia a eficiência, moralidade, a razoabilidade e um adequado atendimento ao interesse público, bem como a efetividade dos direitos fundamentais sociais, deve ser submetido ao crivo do Judiciário.

Essa nova visão fundamentada em critérios principiológicos é resultado da constitucionalização do direito administrativo, como comentado em item anterior. Essa nova interpretação baseada em normas, bem como em princípios constitucionais, é hodiernamente o alicerce de todo o ordenamento jurídico, incidindo, como não poderia deixar de ser, no campo da Administração Pública.

É nessa linha de raciocínio que ressaltamos caber ao Poder Judiciário o controle de atos administrativos praticados sem comprometimento com a efetivação dos direitos fundamentais, sem a adequada motivação, ocultando, sob a máscara da legalidade, atos com fins estranhos ao interesse público.

Como defensores dessa tese, encontramos doutrinadores como Celso Bandeira de Mello, Celso Bastos e Juarez Freitas.

Na lição de Bastos (2002, p. 491):

Ao Poder Judiciário cabe também anular atos administrativos, por desvio de poder, por abuso de poder, que atacam exatamente não uma irregularidade formal explícita do ato administrativo, mas ataca seu âmago, sua finalidade, apresentando-se essa irregularidade de forma velada, camuflada.

Na mesma linha, ensina-nos o mestre Celso Bandeira de Mello que:

O mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo (2003, p. 82-83).

Por isso é que todo ato administrativo que se encontre viciado por interesse particular ou falta de agente competente para fazê-lo, ou, ainda, praticado como medida desarrazoada em relação aos fatos, é passível de anulação tanto na esfera administrativa como na judicial, visto que é praticado além da discricionariedade permitida.

A propósito, cumpre mencionar a lição valiosa do mestre Juarez Freitas (2007, p.30), que, mesmo com enfoque diferente do dos doutrinadores acima citados, defende o controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário da seguinte forma:

[...] não se está a pedir, em especial ao Poder Judiciário, o controle dos juízos de conveniência em si, mas o controle da motivação obrigatória, é dizer, a vigilância quanto aos aspectos que dizem respeito não ao merecimento em si, mas à compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios, entre os quais o da eficiência, da eficácia e da economicidade.

Enfatizando essa corrente, segundo a qual ao Poder Judiciário compete não somente apreciar a legalidade, mas também o mérito, temos algumas decisões, como o RE 493.811 do STJ, por meio do qual a relatora ministra Eliana Calmon determinou, com propriedade, que “na atualidade o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autorizam que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador” (BRASIL, 2003).

Também merece destaque a decisão (RE nº 410.715/SP) do ministro Celso de Mello, em que ele afirma:

[...] **O administrador público está vinculado à Constituição** e às normas infraconstitucionais **para a implementação** das políticas públicas **relativas** à ordem social constitucional, ou seja, própria finalidade dela: o bem-estar e a justiça social [...]. **Conclui-se**, portanto, que o administrador público **não tem discricionariedade** para deliberar sobre a oportunidade e conveniência **de implementação** de políticas públicas **discriminadas** na ordem social constitucional, **pois tal restou deliberado pelo constituinte** e pelo legislador que elaborou as normas de integração [...]. As dúvidas sobre essa margem de discricionariedade devem ser dirimidas pelo Judiciário, **cabendo ao juiz dar sentido concreto** à norma e **controlar a legitimidade** do ato administrativo (omisso ou comissivo), **verificando** se ele não contraria sua finalidade constitucional, no caso **a concretização** da ordem social constitucional (grifo do autor) (BRASIL, 2005).

Em face do exposto e das razões arguidas, entendemos que é possível haver controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, não somente devido à obrigatoriedade de acolher os ditames constitucionais como normas que se irradiam por todo o ordenamento jurídico, mas também porque, não o fazendo, estaríamos contrariando o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não é aceitável o mito de que o ato administrativo discricionário é insindicável porque fere o princípio da separação dos poderes; pelo contrário, ao controlar o ato administrativo, o Poder Judiciário está exercendo apenas a sua função de controle da Constituição, evitando que atos do Poderes Legislativos, Executivo ou mesmo do Judiciário, quando agem administrativamente, contrariem regras ou princípios constitucionais. Esse controle não é evidentemente sobre todo e qualquer ato administrativo, mas somente com relação àqueles que escondem, sob a máscara da discricionariedade, interesses escusos, utilizando-a como instrumento para atendimento de fins pessoais de grupos econômicos ou políticos partidários.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O neoconstitucionalismo impõe ao intérprete a aplicação dos princípios e normas constitucionais na resolução de toda e qualquer demanda administrativa ou judicial. Não significa, entretanto, a supressão da legalidade, mas tão somente o reconhecimento de que os valores materiais e axiológicos contidos na Lei Maior deverão irradiar-se por todo o ordenamento jurídico, mesmo que estes não estejam expressamente presentes na legislação infraconstitucional aplicada ao caso concreto. O objetivo perseguido com essa nova visão do direito é que toda interpretação seja feita a lume da Constituição, de modo a realizar valores nela consagrados.

Assim, quando dizemos que cabe ao administrador público eleger, entre as ações possíveis, qual delas vai realizar, não podemos olvidar que sua escolha tem, necessariamente, que obedecer aos preceitos e princípios constitucionais, pois a discricionariedade não é completamente livre, mas sim vinculada às normas impostas pela Lei Maior, para melhor servir ao interesse público.

Neste contexto, mostra-se crucial o papel do Poder Judiciário no controle de atos praticados fora destes parâmetros. É com fundamento nesse posicionamento que defendemos que o ato discricionário deve ser passível de revisão judicial. Com isso, não queremos retirar a competência discricionária do agente público, mas apenas condicioná-la à solução que melhor se adapte ao interesse público para o caso concreto.

A atuação do Poder Judiciário no controle do ato administrativo não caracteriza de forma alguma interferência deste no Poder Executivo, cumprindo ele apenas sua missão constitucional de não excluir de apreciação qualquer lesão ou ameaça a direito, combatendo, dessa forma, os atos praticados em desobediência ao fixado constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de direito constitucional**. São Paulo: Renovar, 2003. t. 2.

_____. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>>. Acesso em: 13 set. 2010

BASTOS, Ribeiro Celso. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Celso Basto Editor, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 set. 2010.

_____. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9784.htm>>. Acesso em: 15 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 23543/DF**. Relator: Ilmar Galvão, 27 jun. 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116016>>. Acesso em: 20 set. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 493811**. Relatora: Eliana Calmon, 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=441599&sReg=200201696195&sData=20040315&formato=PDF>. Acesso em: 16 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45**. Relator: Celso de Mello, 2004. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=\(\(\(CELSO DE MELLO\).NORL. OU \(CELSO DE MELLO\).NPRO.\)\(@JULG = 20040429\)\(@JULG = 20040429\)\) NAO S.PRES.&base=baseMonocraticas](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?sl=(((CELSO DE MELLO).NORL. OU (CELSO DE MELLO).NPRO.)(@JULG = 20040429)(@JULG = 20040429)) NAO S.PRES.&base=baseMonocraticas)>. Acesso em: 17 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 410.715/SP**. Relator: Celso de Mello, 22 nov. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>>. Acesso em: 17 set. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 463210/SP**. Relator: Ministro Carlos Velloso, 6 dez. 2005. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=378405>>. Acesso em: 20 set. 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

FAGUNDES, Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

_____. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 162-163.

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

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle judicial**. São Paulo: Malheiros, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano Pazzaglini. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

TOURINHO, Rita. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (coord.). **Discricionariedade administrativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.