

O CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PELO PODER JUDICIÁRIO

Mádson Ottoni de Almeida Rodrigues¹

RESUMO: Diante do agigantamento do poder conferido à administração pública, cumpre ao Poder Judiciário, por força de seu mister constitucional, e fundado nos princípios da moralidade e da eficiência, controlar a discricionariedade administrativa, desde que o faça com responsabilidade, na medida do necessário e com firmeza, sem cunho emocional ou ideológico.

PALAVRAS-CHAVES: Poder Judiciário. Controle da discricionariedade administrativa. Possibilidade. Princípios constitucionais da moralidade e da eficiência.

1. Distinção entre neutralidade e imparcialidade no exercício da jurisdição

A partir da Revolução Francesa se difundiu a idéia da neutralidade do Poder Judiciário, cuja atividade deveria se limitar à revelação do sentido do texto da lei. Essa limitação se fazia necessário para garantir o prestígio da lei como emanção da vontade popular, em contrapartida ao regime totalitário deixado para trás. Assim, criou-se a concepção do juiz neutro, desapegado de qualquer poder inovador.

Essa concepção do juiz inanimado, cuja atividade interpretativa não passava da literalidade da lei, se prolongou até o advento das mudanças sociais e tecnológicas ocorridas no início do século XX, advindas especialmente da revolução industrial na Inglaterra, quando se passou a perceber que o método de interpretação literal não era bastante para extrair da lei a solução dos problemas sociais do novo tempo. Surgiram desde então outras propostas de possibilidades interpretativas, podendo-se mencionar a

¹Aluno do programa de Pós-Graduação em Direito, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Escola Histórica do Direito, os chamados pandectistas alemães, a Escola da Livre Pesquisa, a Escola Realista etc.

Mas será que a maior ou menor vinculação do juiz ao texto da lei, repercute na neutralidade e imparcialidade que se costuma exigir na atuação jurisdicional? A resposta a esta indagação exige que se analise o significado da neutralidade e imparcialidade do juiz.

Para a maioria das pessoas não existe diferença entre neutralidade e imparcialidade. Ocorre que apesar da proximidade que existe entre as duas terminologias, uma não se confunde com a outra.

A neutralidade se identifica com a indiferença do indivíduo diante de um quadro que apresenta posições antagônicas.² Segundo o dicionário Aurélio, neutralismo é a doutrina que consiste em um estado ou uma pessoa negar adesão a um dos grandes blocos políticos ou ideológicos do mundo.

Já a imparcialidade, que é uma qualidade do ser imparcial, nos dizeres do dicionário Aurélio, significa aquele que julga desapassionadamente; que não sacrifica a sua opinião à própria conveniência, nem às de outrem; justo, reto.

Colocadas as coisas nestes termos, pode-se dizer que o juiz precisar ser imparcial, jamais neutro. O juiz que procura a neutralidade está, na verdade, se afastando da neutralidade, visto que omisso e, portanto, condescendente com o estado de coisas vigente. O juiz neutro, em suma, aceita com passividade a ideologia do poder, porque expressão da legalidade.

Diversamente, o juiz pode ser imparcial e, ao mesmo tempo, transformador e concretizador do direito. A imparcialidade não exclui os atributos da coragem e da independência que o magistrado deve possuir, e isso se manifesta quando, chamado a decidir um conflito de interesses entre a sociedade e o Estado, o juiz o faz com um espírito transformador da realidade social.

O juiz imparcial, porém transformador é bem retratado nas seguintes palavras poéticas de J.J. Calmon de Passos:

“É o grande generalista das ciências humanas, um homem capaz de compreender a realidade econômica, social e política em termos normativos coerentes e integrados, capaz de compreender a linguagem dos especialistas e dar unidade e

²Cf. MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial*, Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007, p. 69

sistematização ao seu discurso. É a grande ponte entre o Poder e a sociedade política, entre o dever dos que governam e as aspirações dos que são governados, mas também um dique posto entre os que pretendem oprimir e os que se recusam a ser oprimidos. Ele é esse dique porque sabe falar a linguagem da convivência social participativa, porque entende a linguagem do Poder e é capaz de decodificá-la para, desmistificando-a, fazê-la acessível aos cidadãos e possibilitar-lhes a mobilização da resistência”.³

É certo que o ativismo judicial, contrário à idéia de neutralidade, não pode ser entendido como a concepção do juiz tal qual o super-homem, que nunca falha e é capaz de resolver todos os problemas. Na verdade, o que se defende é a atuação do juiz que tenha a sociedade e o indivíduo como fins últimos;⁴ que não se coloque indiferente diante da realidade que o rodeia, e que faça valer o sentido de freios e contrapesos que deve existir entre os poderes da República.

2. O controle judicial da discricionariedade do Poder Legislativo

O que se pretende abordar neste tópico é a competência do Poder Legislativo e o controle dos seus atos pelo Poder Judiciário.

Para começar, partir-se-á da lei orçamentária e da possibilidade do controle jurisdicional nesta seara, a fim de viabilizar a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Urge considerar que a peça orçamentária se apresenta como sendo o maior entrave para a efetivação dos direitos sociais, que sempre esbarram na questão do custo financeiro. Atente-se, porém, que o princípio constitucional da competência orçamentária do legislador deve ser ponderado com os direitos fundamentais sociais, igualmente previstos na Constituição Federal. Neste sentido, vale transcrever a posição de Robert Alexy:

“A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Não é um princípio absoluto [...]. Todos os direitos fundamentais restringem a competência do legislador; muitas vezes o fazem de uma forma incômoda para

³PASSOS, J.J. Calmon de. Administração da Justiça no Brasil. Visão para além do imediato. In: Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário / Ada Pelegrini Grinover... [et al.], São Paulo: Saraiva, 1982, p. 188.

⁴Cf. MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial*, p. 126.

este e, às vezes, afetam também sua competência orçamentária quando se trata de direitos financeiramente mais gravosos”.⁵

No mesmo sentido, Eros Roberto Grau, citado por Paulo Gilberto Cogo Leiva, assevera:

“o princípio da legalidade da despesa pública, cuja fonte normativa é o art. 167, II, da Constituição Federal de 1988, cede, no caso concreto (trata o autor da possibilidade do aumento nominal de benefício da seguridade social), quando em colisão com o princípio da sujeição da Administração ao Poder Judiciário. Nesta situação, a Administração deverá elevar o valor nominal do crédito orçamentário mediante a obtenção de autorização legislativa para a abertura de *créditos adicionais, suplementares* (art. 166, *caput*, observado o art. 167, V, da Constituição de 1988). No caso de inexistência de recursos suficientes para o cumprimento de decisões judiciais, *nos termos da normalidade constitucional*, a Administração deverá prover-se de créditos orçamentários sem observar as regras vinculadas pelo art. 167, II, pelo art. 85, VI, pelo art. 166, pelo art. 167, VI e pelo art. 169, da Constituição de 1988 e pelo art. 38 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: a *eficiência* dessas regras, em relação àquela situação, *é afastada* (Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da administração às decisões do poder judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 2, p. 130-148, 1993)”.⁶

O entendimento supra não se restringe a salvaguardar os direitos fundamentais sociais, haja vista que os direitos fundamentais de defesa da liberdade também podem exigir o aporte de recursos públicos: “A reserva financeira do possível coloca com isso um limite de garantia de todos os direitos fundamentais [...] Junto a cada ponderação jusfundamental devem ser levadas em consideração as possibilidades financeiras do Estado”.⁷

Não se pode olvidar que a aprovação da destinação orçamentária é competência do Poder Legislativo, logo o mesmo possui a discricionariedade para eleger as prioridades a serem contempladas na proposta de orçamento encaminhada pelo Poder Executivo. Ocorre que como diz Gustavo Amaral, acertadamente, há uma

⁵LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 100.

⁶Idem.

⁷Idem.

“necessidade de motivação e controle dos critérios de escolha, uma prestação de contas à sociedade do porquê preferiu-se atender a uma situação, e não à outra”.⁸

Considerando, pois, que não existe um critério único e absoluto que possa ser empregado nas decisões alocativas dos recursos públicos, cujos responsáveis diretos são o Legislativo e o Executivo, reserva-se ao Poder Judiciário o papel de controlar as razões apresentadas pelos dois outros poderes para suas escolhas financeiras, nos seguintes moldes:

“fazendo uma ponderação entre o grau de essencialidade da pretensão e o grau de excepcionalidade da situação concreta, a justificar, ou não, a escolha estatal, e a decisão judicial deve respeitar a pluralidade das opções alocativas existentes. Conclui-se que, quanto maior o grau de essencialidade de uma prestação, mais excepcional deverá ser a razão para ela não ser atendida. O grau de essencialidade está ligado ao mínimo existencial, à dignidade da pessoa.”⁹

Quanto aos demais atos legislativos – leis em sentido formal e material – o controle judicial ocorrerá através da via da declaração de inconstitucionalidade. Ada Pellegrini Grinover resume bem a forma como esse controle de constitucionalidade pode operar-se:

“Se o controle for exercido a nível de questão prejudicial, para cuja apreciação qualquer juiz brasileiro é competente (*sistema difuso*), a lei permanece íntegra e o que se ataca é apenas a sua aplicação ao caso concreto, com efeitos *inter partes*. Mas quando se trata de ação direta de inconstitucionalidade da lei em tese [...], a lei é retirada do mundo jurídico, com eficácia *erga omnes*.

“Quanto às denominadas leis de efeitos concretos, que só formalmente são atos legislativos, podem ser invalidadas pelos instrumentos processuais comuns, além de contra eles poder utilizar-se o mandado de segurança e a ação popular”.¹⁰

⁸LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, p. 104.

⁹*Ibid.*, p. 105.

¹⁰GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário / Ada Pellegrini Grinover... [et al.], São Paulo: Saraiva, 1982, p. 20.

3. O controle judicial da discricionariedade do Poder Executivo

Sabe-se que todos os atos administrativos são submetidos à apreciação do Poder Judiciário. “Trata-se de um controle *a posteriori*, *restrito* à legalidade, ou seja, à verificação da adequação do ato à norma legal que o rege”.¹¹

É preciso compreender, todavia, que o sentido de legalidade acima referido não pode ser entendido restritivamente, uma vez os atos discricionários da administração igualmente não refogem do controle judicial, “porquanto a competência, a finalidade, a forma e os próprios limites do discricionarismo constituem matéria de legalidade, assim como o motivo e a motivação do ato”.¹²

Nesse contexto, na seara do controle dos atos administrativos, a doutrina costuma estabelecer a diferença entre atos administrativos vinculados e atos discricionários. São vinculados os atos nos quais a administração, diante de uma determinada realidade fática ou jurídica, não possui nenhuma margem de liberdade, ficando excluído o juízo de conveniência e oportunidade. Esses atos se limitam a observar a forma e o conteúdo previsto em lei.

Diferentemente dos atos vinculados, os discricionários são entendidos como aqueles nos quais a lei confere ao administrador a possibilidade de eleger a solução que melhor atenda aos interesses públicos em jogo. Os atos discricionários se identificam com a liberdade do juízo de conveniência e oportunidade conferido ao agente público.

A preocupação com o controle dos atos discricionários é proporcional ao agigantamento do poder conferido à administração pública. Como o governo atua nos diversos âmbitos da vida social, a concessão de novos poderes e prerrogativas ao administrador público exige, em contrapartida, um controle maior de seus atos, a fim de assegurar a sintonia com os interesses públicos.

No passo desse entendimento, crescem em importância os princípios jurídicos que regem a administração pública, previstos no art. 37 da Constituição Federal. Dois desses princípios se identificam mais diretamente com o controle judicial dos atos administrativos, são eles: o princípio da moralidade e o princípio da eficiência.

¹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário, p. 20.

¹²Idem.

O princípio da moralidade corresponde aos preceitos éticos que devem estar presentes na conduta do administrador público. A este compete “não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto”.¹³

Convém anotar que, embora diverso do conteúdo da legalidade, a moralidade acaba se identificando com aquela, como explica José dos Santos Carvalho Filho, *verbis*:

“Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado está também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa”.¹⁴

Diante desse quadro, resta evidente a possibilidade do controle do ato administrativo imoral pelo Poder Judiciário. Observe-se que não se trata de um controle dos conceitos empíricos da administração, o que não é possível, mas sim de um controle dos conceitos valorativos que a administração precisa respeitar.

Quando a imoralidade administrativa configura improbidade, a atuação judicial encontra fundamento na Lei 8.429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional. Referido diploma legal contempla também os instrumentos processuais adequados à proteção do erário público, a exemplo de ações cautelares de seqüestro e arresto de bens, bloqueio de contas bancárias e aplicações financeiras, além de regulamentar o art. 37, § 4º da Constituição Federal, onde são previstas as seguintes sanções: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário.

A ação popular (regulamentada na Lei 4.717/65) e a ação civil pública (regulamentada na Lei 7.347/85), ambas previstas na Constituição Federal nos arts. 5º, inciso LXXIII, e 129, inciso III, respectivamente, são dois outros instrumentos processuais eficazes colocados à disposição dos cidadãos e do Ministério Público para o enfrentamento da improbidade administrativa através do Poder Judiciário.

¹³FILHO, José Carvalho dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004, p. 15.

¹⁴*Ibid.*, p. 16.

Reportando agora ao princípio da eficiência, segundo o dicionário Aurélio, eficiência significa ação, força virtude de produzir um efeito, a eficácia. Esta, por sua vez, designa aquilo que produz o efeito desejado, que dá bom resultado, que age com eficiência.

Pois bem, com a inclusão da eficiência como um dos princípios constitucionais da administração pública, com o advento da Emenda Constitucional nº 19/98, o Poder Judiciário brasileiro passou a ter poderes para, quando provocado, exercer o controle sobre a qualidade do serviço público prestado à população.

O controle pelo Poder Judiciário da eficiência na prestação do serviço público é um tema que tem despertado muita polêmica na doutrina, como assinala José dos Santos Carvalho Filho:

“A complexidade que envolve o tema é compreensível: de um lado, há que se respeitar as diretrizes e prioridades dos administradores públicos, bem como os recursos financeiros disponíveis e, de outro, não se pode admitir que o princípio constitucional deixe de ser respeitado e aplicado”.¹⁵

O certo é que sempre houve muito receio da intromissão do Poder Judiciário no mérito dos assuntos administrativos. Para a maior parte da doutrina administrativista, o controle jurisdicional do conteúdo ou da razão de ser dos atos administrativos somente pode ocorrer quando se tratar de comprovada ilegalidade, ou seja, “o Poder Judiciário não pode compelir a tomada de decisões que entende ser de maior grau de eficiência, nem invalidar atos administrativos invocando exclusivamente o princípio da eficiência”.¹⁶ Na linha dessa compreensão, José dos Santos Carvalho Filho faz referência, em nota de rodapé, ao pensamento do Professor Vladimir da Rocha França:

“Todos temos nossa ideologia, elemento imprescindível a qualquer ser humano. Mas o ordenamento jurídico rejeita qualquer referência do que seja ideal para o juiz quando no exercício da função jurisdicional, haja vista o ordenamento jurídico não tolerar outra ideologia senão aquela compatível com os valores e fins constitucionalmente assentados”.¹⁷

Percebe-se que o ponto central da polêmica reside na precaução de não transferir a discricionariedade do administrador para a discricionariedade do juiz, em outras palavras, usando a expressão empregada pelo Professor Vladimir da Rocha França, o que se teme é substituir a ideologia do administrador pela ideologia do juiz.

¹⁵FILHO, José Carvalho dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 20.

¹⁶Idem.

¹⁷Idem.

Ocorre que é perfeitamente possível compatibilizar a autonomia dos órgãos administrativos com o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o princípio da eficiência.

Primeiramente, é preciso ter claro que o juízo de eficiência administrativa é sempre posterior e não anterior ao ato. Ao Poder Judiciário não se reserva o direito de fazer um juízo de prognóstico sobre se o ato administrativo deverá ou não existir, se será ou não eficiente. Somente depois do exercício da atividade administrativa é que o Poder Judiciário poderá analisar os resultados que lhe são advindos, aferindo sua qualidade no tocante ao atendimento as necessidades e expectativas da população.

Ao se debruçar sobre a análise da eficiência do ato administrativo, o Poder Judiciário deve ter em vista três aspectos apontados por Ubirajara Custódio Filho: a prestabilidade, a presteza e a economicidade, *verbis*:

“Prestabilidade, pois o atendimento prestado pela administração deve ser útil ao cidadão. Presteza porque os agentes públicos devem atender o cidadão com rapidez. Economicidade porquanto a satisfação do cidadão deve ser alcançada do modo menos oneroso possível ao Erário Público. Tais características dizem respeito quer aos procedimentos (presteza, economicidade), quer aos resultados (prestabilidade), centrados na administração pública/cidadão”.¹⁸

O autor acima citado arremata: “[...] a administração pública deve atender o cidadão na exata medida da necessidade deste com agilidade, mediante adequada organização interna e ótimo aproveitamento dos recursos disponíveis”.¹⁹

É sabido, porém, que a administração pública, em países como o Brasil, deixa muito a desejar em prestabilidade, presteza e economicidade no exercício de suas funções, sendo o caso de indagar até onde o Poder Judiciário pode exigir o cumprimento do princípio da eficiência.

Não é novidade que o maior problema da ineficiência do serviço público no Brasil reside no fator custo, uma vez que o atendimento as necessidades da população depende da disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado. É por isso que se alude à denominada *reserva do possível*, que abrange tanto o fator custo quanto o poder de disposição jurídica dos recursos por parte do Estado.

¹⁸FILHO, Custódio Ubirajara. *A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência da administração pública*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul.1999, p. 214.

¹⁹Idem.

Mesmo sem ignorar a complexidade do tema que envolve a reserva do possível, cuja análise mais aprofundada extrapolaria os limites deste artigo, Ingo Wolfgang Sarlet está coberto de razão quando afirma:

“quanto mais diminuta a disponibilidade de recursos, mais se impõe uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que nos remete diretamente à necessidade de buscarmos o aprimoramento dos mecanismos de gestão democrática do orçamento público, assim como do próprio processo de administração das políticas públicas em geral, seja no plano da atuação do legislador, seja na esfera administrativa [...]”.²⁰

Assim sendo, eleva-se em importância a atuação do Poder Judiciário brasileiro no controle da moralidade e eficiência nos gastos públicos. Esse controle deve ser exercido com responsabilidade e na medida do necessário, mas sempre com firmeza, a fim de atingir aquilo que a doutrina alemã denomina de *proibição de não-suficiência*, que exige do administrador, se está obrigado a uma ação, que não deixe de alcançar limites mínimos, ou seja, o Estado é limitado de um lado por meio dos limites superiores da proibição do excesso, e de outro, por meio de limites inferiores da proibição da não-suficiência.²¹

Se debruçando sobre o tema da reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet apresenta alguns aspectos que podem balizar o controle do Poder Judiciário sobre o mérito da atividade administrativa, os quais destaco: **(I)** observância dos critérios da *adequação* (aptidão do meio no que diz com a consecução da finalidade almejada); da *necessidade* (menor sacrifício do direito restringido) e da *proporcionalidade em sentido estrito* (avaliação da equação custo-benefício);²² **(II)** análise das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral, inclusive da que dispõe sobre a responsabilidade fiscal, o que poderá proporcionar o redirecionamento de recursos disponíveis e disponibilizáveis;²³ **(III)** busca do meio-termo e da justa medida, representado pela “necessidade de abstrair dos direitos sociais o seu cunho emocional e ideológico”.²⁴

²⁰SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 379.

²¹LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, p. 76.

²²SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 382.

²³*Ibid.*, p. 383.

²⁴*Ibid.*, p. 385.

4. Conclusão

Na concepção do Estado constitucional democrático, todos os três poderes são co-responsáveis pela administração da coisa pública e pelo atendimento às necessidades da população, sem que isso represente qualquer comprometimento à competência que a Constituição reserva a cada um deles.

Ao Poder Judiciário moderno, por imposição constitucional, se reserva o papel de zelar pela legalidade dos atos administrativos em geral, aí compreendida a possibilidade de exercer o controle do mérito administrativo, sob o pálio dos princípios da moralidade e da eficiência, o que deve ocorrer com responsabilidade e na medida do necessário, mas com firmeza, sem cunho emocional ou ideológico.

5. Bibliografia

FILHO, José Carvalho dos Santos. *Manual de direito administrativo*, 11. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.

FILHO, Ubirajara Custódio. *A emenda constitucional 19/98 e o princípio da eficiência da administração pública*. In: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 27, p. 210-217, abr./jul.1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A responsabilidade do juiz brasileiro. In: Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário / Ada Pelegrini Grinover... [et al.], São Paulo: Saraiva, 1982.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. *Teoria dos direitos fundamentais sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS, José Renato Silva. *O dogma da neutralidade judicial*, Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2007.

PASSOS, J.J. Calmon de. Administração da Justiça no Brasil. Visão para além do imediato. In: Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º aniversário / Ada Pelegrini Grinover... [et al.], São Paulo: Saraiva, 1982.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

