

**SINDICABILIDADE PRINCIPIOLÓGICA DOS ATOS
ADMINISTRATIVOS: DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA
VINCULADA AOS PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS
INQUIRY PRINCIPLED OF ADMINISTRATIVE ACTS:
ADMINISTRATIVE DISCRETIONARITY LINKED TO FUNDAMENTAL
PRINCIPLES AND RIGHTS**

Andressa Eduardo Souza¹

RESUMO

Propõe-se no presente artigo defender um novo modelo de sindicabilidade judicial dos atos administrativos, a partir de uma interpretação sistemática do Direito Administrativo, adotando-se como marco teórico a ideia defendida por Juarez Freitas (2007, p.20) de vinculação da atuação da Administração Pública aos Direitos Fundamentais, aos Princípios Gerais do Direito e aos Princípios Constitucionais, especialmente ao direito fundamental à boa administração pública, conceituando-se esse como o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação e à plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas. A tal direito corresponde o dever da Administração Pública observar, nas relações administrativas, todo o sistema principiológico do ordenamento jurídico que a rege. Defender-se-á a inexistência de discricionariedade administrativa não passível de controle no Estado Democrático de Direito, posto que toda discricionariedade administrativa encontra-se vinculada, direta e imediatamente, ao sistema constitucional, que engloba uma série de regras e princípios. Propor-se-á, assim, a vinculação dos atos discricionários ao sistema de direitos fundamentais, no intuito de coibir desvios e omissões. Dessa forma, os direitos fundamentais passam a atuar como limite à atividade da Administração Pública, norteando, de forma imperativa, o exercício da discricionariedade administrativa, impondo obrigações de fazer e servindo na resolução de conflitos normativos.

PALAVRAS – CHAVES: atividade discricionária do Estado; mérito administrativo; controle judicial; princípios constitucionais; direito fundamental à boa Administração Pública.

ABSTRACT

The purpose of the present article is to defend a new model of judicial inquiry of the administrative acts from a systematic interpretation of the Administrative Right, adopting as theoretical framework the idea supported by Juarez Freitas (2007, p.20) of linking the public role to the Fundamental Rights to the General Principles of Law, and to the constitutional principles, mainly to the fundamental right to a good public administration. Considering this

¹ *Graduada em Direito pela UFOP. Analista do Ministério Público do Estado de Minas Gerais na Comarca de Ouro Branco. andressaduda@yahoo.com.br*

right as a right to a public administration which is efficient, proportional and responsible of its duties with transparency and motivation, impartiality and respect to morality, to participation and to whole responsibility for its commissive and omissive acts. Such right is related to the obligation of the Public Administration to observe in the administrative relations, all the principles system of law that rules it. It will be defended the absence of administrative discretion non-liable of control in the Democratic Rule of Law, for all administrative discretion is linked, right and immediately to the constitutional system which encompasses a series of rules and principles. Thus it is suggested the binding of the discretion acts to the system of fundamental rights with the purpose to restrain deviations and omissions. Therefore, the fundamental rights will act as a limit to the actions of the Public Administration, guiding in an imperative way the exercise of administrative discretion, demanding obligations and acting in solving normative conflicts.

KEY - WORDS: discretionary activity status; administrative merit; judicial control; constitutional principles; fundamental right to good public administration.

1. INTRODUÇÃO

Desde o advento da Constituição de 1988, que instituiu na República Federativa do Brasil um Estado Democrático de Direito, em que o povo, titular do poder político, pode delegá-lo aos seus representantes (artigo 1º, parágrafo único, c/c os artigos 44 e seguintes da Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB), o Direito Administrativo no Brasil vem sofrendo ampliação de conteúdo e frequentes mudanças. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 21), pode-se atribuir tais fatos tanto ao recrudescimento das funções assumidas pelo Estado em razão das crescentes necessidades da sociedade nos âmbitos econômico e social, como também à inovação principiológica trazida pela novel Carta Política, que trouxe a clara preocupação do legislador constituinte originário em restringir a autonomia administrativa, “aumentando o controle dos demais Poderes sobre a Administração Pública e inserindo a participação popular na função fiscalizadora.”

Como se sabe, na base do Estado de Direito está o princípio da legalidade, pelo qual, no desempenho das suas funções, o administrador público deverá sempre atuar de acordo com os parâmetros traçados pela lei. Isso porque o administrador público, por gerir coisa que não é sua, mas alheia, a coisa pública, deverá atuar conforme o interesse público, tendo que zelar pela legalidade, impessoalidade,

moralidade, publicidade, eficiência, conforme estabelece o artigo 37 do Pacto Federativo.

Deste modo, os atos administrativos são todos adstritos aos comandos legais, sendo sempre possível a revisão desses atos pelo Poder Judiciário em virtude da garantia da inafastabilidade da jurisdição estatal prevista no art. 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988. É, pois, direito dos administrados a faculdade de questionar as intervenções estatais, na via jurisdicional, obtendo do Estado-Juiz, uma resposta de mérito, após regular procedimento em que serão observados fórmulas e garantias processuais, como o contraditório e a ampla defesa.

Outrossim, muito embora a Administração Pública tenha o dever de anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, nos termos do enunciado sumular número 473 da Suprema Corte brasileira, em todos os casos é ressalvada a apreciação judicial, com fundamento no comando constante no art. 5º, XXXV, da Carta Magna de 1988, acima mencionado.

Assim, tendo em vista a referida garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição, propõe-se um novo modelo de sindicabilidade judicial dos atos administrativos, a partir de uma interpretação sistemática do Direito Administrativo, adotando-se como marco teórico a ideia defendida por Juarez Freitas (2007, p.20) de vinculação da atuação da Administração Pública aos direitos fundamentais e aos Princípios Gerais do Direito e aos Princípios Constitucionais, especialmente ao direito fundamental à boa administração pública, conceituando-se esse como o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação e à plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas. A tal direito corresponde o dever da Administração Pública observar, nas relações administrativas, todo o sistema principiológico do ordenamento jurídico que a rege.

2. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Toda manifestação de vontade que tenha por finalidade adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos é um ato jurídico.

A Administração Pública, de qualquer dos Poderes do Estado, edita atos jurídicos, para exprimir sua vontade, com o propósito de gerar certos efeitos jurídicos desejados.

Deste modo, quando a manifestação de vontade é resultante do exercício da função administrativa e o efeito dela decorrente é regido pelo regime jurídico administrativo, tem-se, então, um **ato administrativo**.

Vê-se, portanto, que ato jurídico é o gênero, do qual o ato administrativo é espécie.

Assim, pode-se conceituar ato administrativo como sendo a manifestação de vontade, submissa ao regime jurídico administrativo, pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, ordenada para a produção de efeitos jurídicos.

Os atos administrativos podem ser vinculados ou discricionários.

Os vinculados possuem prévia tipificação legal, são aqueles em que a norma legal define todos os requisitos e condições de sua realização, sem nenhuma margem de liberdade de decisão para o responsável pela elaboração do respectivo ato. O legislador, quando da criação da norma, antecipa qual a possível conduta administrativa a ser adotada pelo agente, retirando-lhe a liberdade para atuar.

De acordo com Carvalho Filho (2011:105), nesse caso a situação legal já está delineada na lei, de modo que ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua o agente como mero executor da lei em virtude do princípio da legalidade que norteia a Administração. Assim, a estrita vinculação do agente à lei caracteriza o ato vinculado.

Já os atos administrativos discricionários, objeto do presente estudo, são os que geram divergência na doutrina, no que se refere aos limites da competência discricionária e do controle pelo Poder Judiciário, como se verá adiante.

A referida divergência decorre do fato de que o ato administrativo discricionário é aquele em que a lei não delinea a situação fática, mas transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo, quais sejam, conveniência e oportunidade. Deste modo, o próprio agente elege a situação fática geradora da vontade, tendo-se, com isso, maior liberdade de atuação.

Conclui-se, pois, que no desempenho das prerrogativas discricionárias, a lei põe a disposição do administrador uma margem de liberdade, com o intuito de permitir a este que decida qual a melhor forma de se atingir o interesse público diante de um determinado fato. Isso ocorre em razão de que é impossível que se faça uma previsão legal determinada de todas as condutas da Administração.

Destarte, a diferença do ato administrativo vinculado para o discricionário reside no grau de liberdade de decisão concedida pelo legislador. No ato discricionário, a lei permite ao agente proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e oportunidade da prática do ato. Tais aspectos, que suscitam tal ponderação, constituem o **mérito administrativo**.

Registre-se, por oportuno, que o ato administrativo discricionário também é vinculado à lei, posto que seus elementos competência, forma e finalidade estão definidos na norma legal. O mérito administrativo, que é a avaliação de conveniência e oportunidade da prática do ato, só existe em relação ao motivo e ao objeto do ato. Assim, não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos, uma vez que estes estão vinculados em qualquer hipótese.

Já no que se refere ao ato vinculado, todos os seus elementos estão traçados na lei, inclusive o motivo e o objeto, de modo que o agente não dispõe de

nenhum poder de valoração quanto aos seus elementos. Por essa razão, não há que se falar em mérito administrativo no ato vinculado.

Nessa linha de raciocínio, haverá discricionariedade administrativa sempre que o Estado, autorizado nos termos da lei, diante de mais de uma solução possível, puder optar entre aquela que melhor atenda ao interesse coletivo. Resta clara, portanto, que o ato discricionário não poderá se desvincular da norma legal que o fundamenta, nem da finalidade pública objetivada. Caso contrário, o ato administrativo deixa de ser discricionário para se tornar arbitrário, abusivo e ilegal.

Nesse sentido, Salomão Abdo Aziz Ismail Filho:

... a discricionariedade administrativa consiste numa competência, a ser exercida dentro de parâmetros previamente fixados pela lei, para que a Administração Pública, diante de situações concretas, escolha, segundo critérios de conveniência, oportunidade e justiça, a solução que melhor atenda ao interesse público.

É importante frisar que a competência discricionária, além de previsão legal, para ser exercida, também necessita da observância do caso concreto, que pode apresentar mais de uma opção ou apenas uma única conduta possível para o atendimento do interesse público. Enfim, é uma competência exercida com fundamento no dever-poder da Administração Pública; dever porque esta deverá sempre atuar conforme o interesse público, e poder em virtude do juízo de mérito que se confere ao governante diante de determinadas situações de fato. O dever precede o poder porque a Administração, como representante da maioria, deve usar, acima de tudo, as suas prerrogativas em prol do interesse público. Logo, a metodologia do Direito Público não deve ter como eixo central a idéia de 'poder', mas a de 'dever'. (2002:725)

Reconhece-se, portanto, que a discricionariedade administrativa decorre da lassidão do texto legal (imprecisão da linguagem, fluidez das expressões da lei), bem como da expressa autorização do legislador que, consciente da impossibilidade de prever todos os comportamentos, confere ao administrador uma margem de opção para atuar ou não no caso concreto.

O problema é que, no Estado Contemporâneo, diversos interesses dos diversos grupos sociais acabam sendo albergados pelo direito positivo e qualificados também como interesses públicos. Assim, quanto mais complexa se torna a

sociedade, em decorrência do próprio desenvolvimento econômico, social e político, mais evidente se tornam os conflitos de interesses públicos na ordem jurídica.

Isso, por consequência, acarreta situações normativas mais complexas, situações que demandam do legislador uma normatização cada vez mais intrincada e, por consequência, textos legais mais fluidos.

Nesse quadro, a lei deixa de apenas definir competências e prescrever meios de atingir finalidades públicas, para também incorporar cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados dentro da ordem jurídica, esta entendida não apenas enquanto legislação ordinária, mas também como constitucional.

Diante disso, a questão que se coloca é, ante a pluralidade de interesses públicos albergados pelo atual ordenamento, como evitar, no caso concreto, que essa margem de arbitramento dada ao administrador seja utilizada para atender interesses particulares em detrimento dos interesses da coletividade.

Nesse cenário de colidência de interesses públicos e de opção e seletividade a ser exercido pelo Poder Público e, por consequência, pelo agente público, o controle da discricionariedade passa a ser questão central para o Direito Administrativo.

Como salienta Floriano Azevedo Marques Neto:

A importância do controle de discricionariedade não se revela apenas pela necessidade de controlar o preenchimento da lacuna do texto normativo, mas, ainda, muitas vezes, pela obrigatoriedade de controlar a discricionariedade na eleição de um determinado interesse público a ser privilegiado na ação estatal em detrimento de outro interesse também de natureza pública, de natureza coletiva, legítimo e albergado numa parcela relevante da sociedade. Se temos maior margem de discricionariedade cometida ao agente público, necessariamente deveremos ter meios de controlá-la, para evitar que, pela porta dos fundos, adentrem os interesses particularísticos, os interesses ilegítimos e que, sob a égide de dizer que há

um interesse público sendo atendido, comecem a ser consagrados apenas interesses de parcelas da sociedade, interesses que não se legitimam à luz da coletividade. Portanto, se a lei não consegue mais prever, a priori, de maneira precisa, os limites da atuação política e cada vez mais é necessária a mediação de interesses públicos, logo cada vez é mais importante que haja um controle forte, presente, no exercício dessa atividade discricionária. (2002:462)

Pois bem. Ante a incapacidade dos tradicionais métodos de controle aferir, de maneira mais eficaz, a legalidade do ato administrativo, aponta-se como solução para a superação da insuficiência das técnicas de controle existentes, um novo modelo de controle calcado numa acepção ampla de legalidade, que envolve não apenas o cumprimento da finalidade do ato administrativo, prevista na lei ordinária, lei do ponto de vista formal, mas, também, e principalmente, o atendimento dos princípios constitucionais da Administração Pública, dos princípios basilares do ordenamento jurídico, notadamente dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, e dos direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental à boa administração pública. Defende-se a inexistência de discricionariedade administrativa não passível de controle no Estado Democrático de Direito, posto que toda discricionariedade administrativa encontra-se vinculada, direta e imediatamente, ao sistema constitucional, que engloba uma série de regras e princípios. Propõe-se, assim, a vinculação dos atos discricionários ao sistema de direitos fundamentais, no intuito de coibir desvios e omissões. Dessa forma, os direitos fundamentais passam a atuar como limite à atividade da Administração Pública, norteando, de forma imperativa, o exercício da discricionariedade administrativa, impondo obrigações de fazer e servindo na resolução de conflitos normativos.

Nesse sentido, Juarez Freitas (2009, p.18-23):

Assim, a própria noção de controle, excessivamente limitada a juízo de mera conformação às regras, haverá de experimentar dignificação e realce em termos de efetividade, máxime na tarefa de outorgar concretização aos

princípios superiores estatuídos na Constituição. Em outras palavras, o critério decisivo para estimar uma adequada atuação controladora reside, justamente, no zelo pela íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo quando se mostrar justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais.

....

Em tudo, é mister apontar novas perspectivas e cobrar soluções melhores no interior do sistema, o mais axiologicamente aptas a garantir a eficácia conjunta dos princípios e das normas juspublicistas à luz desta subordinação à lei e ao sistema que a transcende em intensidade e extensão.

Daí, falar-se não mais em princípio da legalidade administrativa, mas em princípio da juridicidade administrativa, para designar a conformação da atuação do administrador público ao Direito como um todo, para além dos aspectos adstritos à legalidade-regra.

Há de se ressaltar, contudo, que a presente tese não preconiza a invasão do Poder Judiciário na esfera do mérito administrativo, no sentido de que o juiz, em substituição ao administrador, utilizando-se de critérios subjetivos, faria a sua própria escolha do que é conveniente, oportuno e do que mais atende ao interesse público no caso concreto. Ao contrário disso, apregoa-se que a separação e a independência dos Poderes preconizadas no artigo 2º do Texto Constitucional de 1988 devem ser respeitadas. E, de fato isso ocorre quando o Poder Judiciário invalida um ato administrativo viciado, discricionário ou não, posto que ele resguarda a eficácia da normatividade da Carta Magna, restituindo a sua força e o dever de que todos devem atuar em conformidade com os preceitos Maiores. Não havendo que se falar, portanto, em intromissão indevida de um Poder em outro.

Deste modo, o julgador deve, imbuído do espírito republicano, estar atento aos atos do administrador, para ter a capacidade de discernir a discricionariedade legítima daquela invocada como meio para atender interesses escusos ou como desculpa para não implementação dos programas e das metas constitucionais, notadamente aqueles relativos aos direitos sociais – educação, lazer, saúde, comunicação, meio ambiente, segurança. E isso, ou seja, o controle efetivo, só será possível ao julgador se houver o exercício fundamentado das competências

administrativas, principalmente para efeito de controle de políticas públicas. Donde se conclui ser extremamente necessária a motivação de todo e qualquer ato administrativo.

Por essa razão, defende-se no presente artigo que a liberdade concedida pelo legislador ao agente nos atos discricionários é vinculada aos direitos fundamentais e aos Princípios Gerais do Direito e aos Princípios Constitucionais, especialmente ao direito fundamental à boa administração pública, conceituando-se esse como o direito à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação e à plena responsabilidade por suas condutas comissivas e omissivas. A tal direito corresponde o dever da Administração Pública observar, nas relações administrativas, todo o sistema principiológico do ordenamento jurídico que a rege.

Disso decorre o entendimento de que inexistente ato imune ao controle judicial, pouco importando se ele é discricionário ou vinculado.

Inconcebível, portanto, na atual fase do Direito Administrativo, que um ato discricionário não priorize a eficiência, a impessoalidade, a moralidade, a razoabilidade, a legalidade, dentre outros vitais princípios constitucionais.

A visão moderna da discricionariedade administrativa não a vê como um “cheque em branco” assinado e entregue ao administrador público pelo titular do poder político, o povo. Em um Estado Democrático de Direito, como o que se constituiu na República Federativa do Brasil (artigo 1º, caput, da Constituição Brasileira de 1988), é imperioso que o mérito administrativo respeite os exatos limites da discricionariedade, definidos na lei, na Constituição da República e nos princípios basilares do ordenamento jurídico.

Essa interpretação constitucional dos institutos do Direito Administrativo busca a realização dos direitos fundamentais do indivíduo, que deixou de ser súdito para ser cidadão, ocupando papel central no desenvolvimento do Estado.

Tal é a nova fase do Direito Administrativo Constitucional, regrado pelos preceitos maiores em todos os seus segmentos para melhor servir a sociedade.

3. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA VINCULADA AO DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISITRAÇÃO PÚBLICA

Com a releitura de toda a ordem jurídica a partir de uma ótica pautada pelos valores constitucionais, não mais se admite num Estado Democrático de Direito a existência de atos administrativos discricionários não passíveis de controle. Isso porque, há uma inafastável vinculação da atuação administrativa aos princípios e direitos fundamentais, notadamente o direito fundamental à boa administração pública, que, segundo Juarez Freitas (2009:22):

trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.

Ainda segundo o renomado jurista acima mencionado, o direito fundamental à boa administração pública é um plexo de direitos, regras e princípios, isto é, o somatório de direitos subjetivos públicos, entre eles:

a) o *direito à administração pública transparente*, que supõe evitar a opacidade (salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não - definitivamente), com especial ênfase para o direito a informações inteligíveis sobre a execução orçamentária e sobre o processo de tomada de decisões administrativas que afetarem direitos;

b) o *direito à administração pública dialógica*, com as garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), que também implica o dever de motivação consistente;

c) o *direito à administração pública imparcial*, isto é, aquela que não pratica nem estimula discriminação negativa de qualquer natureza e, ao mesmo

tempo, promove discriminações inversas ou positivas (reduzoras das desigualdades injustas);

d) o *direito à administração pública proba*, que veda condutas éticas não-universalizáveis, sem implicar moralismo ou confusão entre o legal e o moral, uma vez tais esferas se vinculam, mas são distintas;

e) o *direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada*, ou seja, sem a 'absolutização' irrefletida das regras;

f) o *direito à administração pública preventiva, precavida e eficaz (não apenas eficiente)*, pois comprometida com resultados harmônicos com os objetivos fundamentais da Constituição, além de redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.

Deste modo, as escolhas administrativas só serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade e da plena responsabilidade.

Donde se conclui que os atos administrativos podem ser vinculados ou de discricionariedade vinculada ao sistema administrativista, ambos adstritos à observância ponderada da lei e dos vetores constitucionais, residindo a diferença apenas na maior ou menor intensidade de vinculação ao princípio da legalidade estrita.

Nesse diapasão, a discricionariedade só é admitida somente para que o administrador público providencie, com eficácia e eficiência, a efetivação dos vinculantes fins constitucionais. Assim, diante de escolhas administrativas igualmente válidas, o administrador público tem que optar por aquela que, no plano concreto, não se mostre transgressora dos princípios e direitos fundamentais, especialmente tendo em mente o primado do direito fundamental à boa administração pública.

A partir de todo o exposto conclui-se que a sindicabilidade dos atos administrativos tem que ser preponderantemente principiológica, sejam eles

vinculados ou discricionários, posto que ambos os tipos de atos devem guardar vinculação com o sistema constitucional.

Assim, prega-se a vinculação da discricionariedade administrativa ao sistema de direitos fundamentais, com o fim de combater os desvios e omissões do Poder Público. Contudo, o controle só será possível se houver o exercício fundamentado das competências administrativas. Sem motivação explícita não há como se proceder à verificação da consistência dos motivos que ensejaram a decisão tomada. Portanto, a exigência da motivação é imperiosa a fim de coibir as arbitrariedades tanto por excesso quanto por omissão. E a sua falta é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação de nulidade do ato administrativo.

Nas lições de Juarez Freitas (2009:49):

Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos. **Imperativo, pois, que todos os atos administrativos sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação**, em analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável. (grifo nosso)

Por tudo quanto exposto, jamais se pode admitir a mera invocação de conveniência e oportunidade para justificar a prática de um ato administrativo. Não há mais espaço no atual cenário constitucional para a invocação da discricionariedade com fins outros que não a implementação das metas constitucionais.

Irreparável, nesse aspecto, a conclusão de Juarez Freitas (2009:132):

O exercício da discricionariedade administrativa demanda, nos dias que correm, a mais rigorosa, expressa e consistente motivação. Atos, contratos e procedimentos devem ser mais prudentemente sindicados, não só em matéria de forma, mas de qualidade da justificação, sobretudo no que diz respeito à eleição das premissas axiológicas das decisões administrativas.

Importa, em suma, vivenciar, com o máximo empenho e a alma inteira, a era da motivação das escolhas administrativas, sem automatismos e sem cair nas seduções liberticidas da discricionariedade pura. Somente desse jeito a escolha administrativa resultará, eficiente e eficazmente, vinculada ao direito fundamental à boa administração pública.

Daí a necessidade de uma maior margem de controle da discricionariedade pelo Poder Judiciário, com alicerce nos princípios constitucionais, tomados como diretrizes efetivamente superiores, a fim de se evitar que ela seja utilizada como instrumento para a prática de caprichos partidaristas e outras arbitrariedades.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A complexidade da sociedade atual leva ao aparecimento dos mais diversos interesses públicos, igualmente amparados pela ordem constitucional, o que às vezes pode gerar conflitos e dar azo a arbitrariedades.

Nessas situações de conflito, há que se ponderar os interesses públicos em jogo, na busca da realização do melhor interesse público possível, otimizando

soluções que resguardem ao máximo possível a inteireza de cada um dos interesses contrapostos.

E, para alcançar a justa e imparcial ponderação entre os diversos interesses, imprescindível a observância dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e demais princípios constitucionais, bem como dos direitos fundamentais.

Conforme exposto, num caso concreto, o juiz deve valer-se de tais critérios para verificar se os motivos e o objeto do ato administrativo guardam relação de razoabilidade/proporcionalidade com o fim público visado. Só assim, a partir de uma sindicabilidade principiológica aprofundada dos atos administrativos, que se poderá perquirir no caso concreto se o interesse público² foi realmente contemplado.

Nos dias atuais, o administrador público, no exercício das escolhas administrativas, estará sempre obrigado a atuar tendo em vista o melhor interesse público a ser atingido, de modo que a liberdade administrativa está sempre voltada para afirmação dos princípios e direitos fundamentais.

Nesse sentido a lição de Ingo Sarlet (2005:365):

os direitos fundamentais vinculam órgãos administrativos em todas as suas formas e atividades (...). O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera da aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária.

Assim, à luz dessa interpretação sistemática do Direito Administrativo, conclui-se que toda atuação da Administração Pública é vinculada aos direitos

2 entendido este como “um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem oral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores e que passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas que o mesmo passa a ser identificado como um querer valorativo predominante da comunidade” (BORGES, 2006:1).

fundamentais e aos Princípios Gerais do Direito e aos Princípios Constitucionais, especialmente ao direito fundamental à boa administração pública, de sorte que a tal direito corresponde o dever da Administração Pública observar, nas relações administrativas, todo o sistema principiológico do ordenamento jurídico que a rege (FREITAS, 2007:20).

A partir disso, a discricionariedade administrativa passa a ser diretamente vinculada à Constituição e aos direitos fundamentais, a fim de que não ocorram desvios de finalidade e transgressões recorrentes, tanto por ação como por omissão. Em decorrência, o controle passa a ser mais rigoroso, posto que o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos do ato administrativo, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, já que tais razões são vinculadas aos princípios e aos direitos fundamentais.

No dizer de Juarez Freitas (2009:48):

O “mérito” (atinente ao campo dos juízos de conveniência ou de oportunidade) não é diretamente controlável, mas o demérito e a antijuricidade o serão, inescapavelmente. Mais que nunca, a discricionariedade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública.

Mas, como visto, para que haja efetivo controle da atuação administrativa, imperioso se faz o exercício fundamentado das competências administrativas. Somente com explícita motivação dos fundamentos de fato e de direito dos atos administrativos se poderá aferir se houve arbitrariedades por excesso ou por omissão. Daí falar-se de uma nova era do Direito Administrativo no Brasil, a era da motivação das escolhas administrativas, era em que se busca alcançar os objetivos máximos da Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luiz Roberto. **Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito constitucional.** Revista Forense n.º 336, ano 92, Rio de Janeiro, Forense, 1996.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BORGES, A. G. **Supremacia do Interesse Público: desconstrução ou reconstrução?** Porto Alegre: Revista Interesse Público, v. 37, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo,** 24ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo,** 6ª ed., Malheiros, 2003, São Paulo.

FREITAS JUAREZ. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública.** 2ª ed., Malheiros, 2009, São Paulo.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. **Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade: Critérios limitantes da discricionariedade administrativa através do controle judicial.** Boletim de Direito Administrativo – Doutrina, pareceres e atualidades. Setembro/2002.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. **Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração.** Boletim de Direito Administrativo – Doutrina, pareceres e atualidades. Junho/2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, **Curso de Direito Administrativo**, 12ª ed., Ed. Forense, 2001, Rio de Janeiro.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª ed., Malheiros, 2002, São Paulo.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 5ª ed., Livraria do Advogado, 2005, Porto Alegre.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte, v. 3, n. 9, jan. 2009.