

O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA À LUZ DA TEORIA DA SOLUÇÃO ÓTIMA

Rafael Nonato dos Santos

Faculdade Sete de Setembro, Paulo Afonso, Brasil

Jadson Correia de Oliveira

Pontifícia universidade Católica, São Paulo, Brasil

jadson_correia@hotmail.com

RESUMO

O presente trabalho focaliza o controle judicial do mérito dos atos discricionários à luz da teoria da solução ótima. Seu objetivo é verificar a possibilidade do controle irrestrito pelo Poder Judiciário sobre os atos discricionários. Para a realização do trabalho valeu-se do método dialético a partir da revisão bibliográfica a respeito da doutrina que trata do tema da sindicabilidade da discricionariedade administrativa. O trabalho apresenta aportes interpretativos acerca dos atos administrativos, seguido do controle judicial da Administração Pública e do estudo da teoria da solução ótima e da possibilidade do controle irrestrito da discricionariedade. Finalmente, afirma-se conclusivamente que é possível o controle judicial do mérito do ato administrativo a fim de garantir a excelência da Administração Pública.

Palavras-Chaves: Ato administrativo. Controle Judicial. Teoria da solução ótima. Discricionariedade e o mérito administrativo.

ABSTRACT

This article focus on the judicial control on the merits of discretionary acts in the light of the optimization theory. Its objective is to verify the possibility of unrestricted control by the Judiciary Power over the discretionary acts. To fulfill this paper, it was made use of the dialectic method from a bibliographical review about the doctrine that concerns the syndicability of administrative discretion. This work presents interpretative contributions about administrative acts, followed by the judicial control of Public Administration and by the study of optimization theory and the possibility of unrestricted discretion control. Finally, it is conclusively affirmed that it is possible the judicial control over the merits of administrative acts in order to guarantee the excellence of public administration.

Keywords: Administrative Act. Judicial Control. Optimization Theory. Discretions and administrative merits.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Público trouxe para si o dever de melhor administrar e garantir a seus administrados a boa administração. Para se chegar a esse patamar e administrar com excelência esse Poder deve se resguardar de alguns parâmetros que serão fundamentais para se atingir a boa administração. Administrar com excelência é satisfazer toda e qualquer necessidade da coletividade, claro que sob a observância da normatização e dos princípios administrativos com suas particularidades axiológicas.

Para se alcançar o objetivo deste trabalho será necessário tratar de diversos conceitos e, assim, adentrar no que toca o controle judicial desses atos, e para isto se faz necessário adentrar nos conceitos e, em toda a estrutura de atos administrativos. Será abordado, ainda, neste trabalho, a discussão sobre o controle judicial da Administração Pública e a teoria da solução ótima relacionado ao controle judicial irrestrito da discricionariedade.

Do controle da Administração Pública, este, em sentido amplo, trata-se do gênero, que, segundo o professor DANTAS (2011) é “um conjunto de mecanismos jurídicos para a correção e fiscalização das atividades da Administração Pública”.

Nesse caso o controle da Administração Pública apresenta um rol de classificação do controle, os quais são: quanto aos órgãos incumbidos do controle; quanto ao âmbito; ao controle e legalidade e do mérito; quanto ao momento; e quanto ao controle de ofício e provocado em âmbito administrativo.

No que concerne ao controle judicial, este, por sua vez, trata-se de uma subespécie do controle do Poder Público, está inserido no gênero da Administração Pública, que tem como espécie o controle da legalidade e do mérito. O controle judicial está contido no controle do mérito, que se dá pela interferência do Poder Judiciário na conduta administrativa.

No entanto a interferência desse Poder está ligada ao controle atos discricionários, e para esta ser eficaz deverá ser provocado, não podendo, o Judiciário, neste caso, agir ex officio, respeitando, por sua vez, o princípio da inércia para o poder produzir efeitos.

É importante ressaltar que nem todos os atos administrativos são, necessariamente, praticados pelo Poder Executivo, podendo ser também praticados pelo poder Judiciário, Poder Legislativo

e Ministério Público. No entanto, essas não são suas funções peculiares, tratando-se de atividades atípicas ao seu órgão. Sendo assim, nem todo ato administrativo é praticado pelo Poder Executivo podendo ser praticado por outros órgãos institucionais.

É notório que um dos problemas mais graves que atinge o Estado de Direito são os riscos dos eventuais excessos que são cometidos pela Administração Pública à luz da discricionariedade dos seus atos. Diante disso vê-se que é necessário delimitar as ações discricionárias a fim de coibir o comportamento arbitrário da Administração Pública.

Diante da corrupção e fatos ilícitos, que ocorrem através de atos, que assola a sociedade brasileira, surgiu a necessidade de combate a corrupção e as arbitrariedades de uma ditadura administrativa, que em muitos casos, utiliza-se das ações discricionárias para maquiagem malfeitorias da Administração Pública. E com este estudo contribuir com uma sociedade honesta e comprometida com o futuro de todos.

Isto posto é oportuno o estudo sobre o Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa à Luz da Teoria da Solução Ótima a fim de procurar métodos mais eficazes de fiscalizar excessos administrativos praticados pelos órgãos e agentes públicos.

A transparência da administração pública é essencial e faz-se imprescindível quando atinge ao interesse público, quando interfere no erário, quando há desvio de finalidade, quando há improbidade administrativa, quando há usufruto ilegal da máquina administrativa pública.

Por tratar de controle judicial dos atos praticados na administração pública é viável e interessante averiguar como se dá o controle da discricionariedade, analisando a possibilidade do controle judicial irrestrito.

No que toca a aprovação do controle judicial sobre os atos discricionários doutrinadores prestigiados como Celso Antonio Bandeira Mello e Raquel Melo Urbano de Carvalho, são, dentre outros, os que defendem, em parte, o controle judicial dos atos discricionário sob a luz do cumprimento dos verdadeiros valores dos princípios da Constituição Federal e ainda, sob a luz da teoria da solução ótima trazido por José Augusto Delgado.

Controle judicial é a interferência do Judiciário na conduta administrativa que deverá ser necessariamente invocada, não podendo, esse Poder agir ex officio.

O ato administrativo é classificado em ato vinculado e ato discricionário. O primeiro são aqueles atos que se presume legalidade por estarem descritos em lei e que por esse motivo não poderá deixar de serem cumpridos. Já os atos discricionários são aqueles atos em que a Administração Pública tem-se a liberdade de agir, podendo decidir de acordo com a conveniência e oportunidade do interesse público.

Alguns estudos doutrinários apresentam correntes divergentes. Há aqueles que dizem que não cabe, sobre os atos discricionários, o controle judicial irrestrito, devendo ser limitado, e existem também os que dizem que esse controle é necessário e que deve ser efetivado.

A corrente que contraria ao controle judicial irrestrito dos atos discricionários alega que o Poder Judiciário, com essa fiscalização irrestrita, desequilibra a harmonia dos três poderes, Executivo, Legislativo e Judiciário, uma vez que são independentes não pode haver usurpação de atribuições. Nessa perspectiva, a ilustre doutrinadora Di Pietro (2009, p. 217) argui que “o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela assegurada à Administração Pública pela lei”.

Não há dúvidas que já existe o controle judicial sob os atos discricionários, o que deve ser questionado é o controle sob o mérito. Ambos, de forma geral, dizem que o controle sobre o ato administrativo discricionário é caso de ilegalidade formal, quando este invade a esfera do mérito e, que por isso não deveria haver tal fiscalização.

Por outro lado, há aqueles doutrinadores, que adotam outra corrente, e divergem desses supracitados. Esses doutrinadores defendem que o esse controle é possível e legal, uma vez que respeita e agem de acordo com os princípios constitucionais. Ainda sustentam que o controle irrestrito não há desequilíbrio na harmonização dos três poderes. Isto exposto nota-se que são duas correntes bem fundamentadas onde grandes doutrinadores tomam partidos divergentes. Cabe agora averiguar a mais conveniente e oportuna para o interesse público.

Outrossim, o problema a ser enfrentado trata da possibilidade jurídica do controle irrestrito dos atos administrativos sob à luz a teoria da solução ótima. Para isto, nesta obra, serão abordados tópicos, como a teoria da solução ótima, o controle de legalidade, considerações acerca das politizações das decisões judiciais, entre outros, que nos guiará para um melhor entendimento do tema e permitirá o alcance do objetivo final.

Para alcançar o seu desiderato, o presente trabalho valeu-se do método dialético a partir da realização de uma revisão bibliográfica a respeito da doutrina que trata do tema da discricionariedade administrativa. Vale ressaltar que a teoria da solução ótima ainda não é tema presente em parcela significativa dos manuais de Direito Administrativo, tornando-se então imprescindível a análise de artigos científicos ao final referenciados.

2 APORTES INTERPRETATIVOS ACERCA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Antes de adentrar no que concerne o estudo desse trabalho vale destacar dois pontos de grande importância para o Direito, o primeiro é o surgimento do Estado liberal ou moderno e o advento do direito administrativo.

O enfraquecimento do feudalismo e o surgimento de um novo sistema econômico, o capitalismo mercantil, ocasionaram grandes transformações na idade média. A sociedade passou de um sistema de poder social descentralizado, onde vários feudos detinham poder, para um sistema centralizado, no qual o poder era concentrado nas mãos de um. Essa transição do sistema feudal para o capitalista da origem ao absolutismo que se caracteriza pela concentração de poder nas mãos de um indivíduo, nesse caso, o monarca. A centralização de Poder nas mãos do monarca causou grandes problemas para a burguesia, pois o rei detinha o controle de tudo, pois vigorava o princípio *the king can do no wrong* que permitia que o rei praticasse atos sem limites, uma vez que este nunca erra.

O Estado Liberal surge quando a burguesia se irrita com os excessos do monarca e cria mecanismo para diminuir o poder do absolutista. A sociedade, cheia de novos ideais, clamava por liberdade, e assim aconteceu nas Revoluções Francesas, em 1789, que reivindicava liberdade, igualdade e fraternidade e na Revolução Americana, em 1776, que reivindicava sua independência perante o governo Inglês.

Outro marco importante do direito foi o advento do direito administrativo, que surge, exatamente, no mesmo período em que se erguia o Estado Moderno, com a separação do direito público do privado. O direito administrativo nasce com finalidade de garantir que seus direitos e deveres sejam protegidos por normas próprias, diferentes daqueles do direito privado, visando proteger o direito individual a luz do abuso de poder absolutista.

No que concerne o estudo deste trabalho e alcançar os objetivos proposto precisa-se analisar o conceito de atos discricionários da Administração Pública e adentrar no que toca o controle judicial desses atos, se faz necessário registrar que há dois tipos de atos administrativos, quais sejam: os atos vinculados e os atos discricionários. Há também a preocupação de deixar claro alguns conceitos que ajudará o entendimento do tema proposto. Será importante destacar, brevemente, matéria de Atos Administrativos e o Controle Judicial da Administração Pública será fundamental para o estudo do trabalho.

No ramo do Direito Administrativo como em qualquer outro ramo do Direito, é necessário compreender outras matérias e saber diferenciar alguns conceitos que são importantes para o efetivo entendimento do assunto abordado. Para que seja alcançado o objetivo, é conveniente diferenciar Atos da Administração de Atos Administrativos. O primeiro trata-se do gênero, que classifica uma série de atos, no qual, nessa série, encontram-se os Atos Administrativos, que por sua vez, é uma espécie de Atos da Administração.

Em seus estudos, grandes doutrinadores, como Celso Antônio Bandeira de Mello e Dirley da Cunha Júnior (2011, p. 98 a 99.), adotaram a metodologia de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que destaca as seguintes espécies de atos da Administração: a) Os Atos Jurídicos regidos pelo Direito Privado – são atos que a Administração Pública pratica para gerir seus bens e interesses; b) Os Atos Materiais – são atividades concretizadas da Administração Pública. Esses atos são conhecidos por Fatos Administrativos; c) Os Atos Políticos – são atos de governo editado pelo Estado para regular atividade política interna; e d) Atos Administrativos – os atos administrativos serão conteúdo de estudo do trabalho e será mais bem explicado adiante.

Dito isto, vale ressaltar que nem todos os atos da Administração Pública são atos administrativos uma vez que esta dispõe da prática de diversos outros atos, como acima foi citado. Atos estes que possui outras naturezas, características, e outros elementos que não cabe ser discutido neste estudo.

A Administração Pública, por meio dos atos administrativos, assegura os interesses públicos e que por isso possui supremacia diante dos interesses particulares. O que não justifica os excessos cometidos pela a Administração Pública. É por causa desses e outros temas que se faz necessário estudar a possibilidade de um controle irrestrito dos atos discricionários proferido pela a Administração Pública. Para fazer com a mesma respeite os verdadeiros valores dos princípios da Constituição Federal.

Ora, vale sempre ressaltar que a Carta Magna no seu artigo 5º, inciso XXXV, aprecia a legalidade do Poder Judiciário em controlar as lesões ou as ameaças de Direito. O que nesse sentido nada impede a apreciação atos discricionários pelo poder Judiciário. Este artigo constitucional é de grande importância para o estudo desse trabalho, pois é através do art. 5º, XXXV da CR/88 que é fundamentado o estudo da apreciação dos atos discricionários a luz do controle judicial dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários.

3 A TEORIA DA SOLUÇÃO ÓTIMA E O CONTROLE JUDICIAL IRRESTRITO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A busca pela boa administração é incessável e o Poder Público deve se valer de todos os instrumentos necessários para alcançar essa excelência administrativa. Encontrar a melhor solução requer estudo, análise e compromisso para que se perceba a verdadeira necessidade do interesse público e assim atender de forma satisfatória, justa e igualitária toda a sociedade, sem arbitrariedades, excessos ou omissões postuladas por agentes sem compromisso com os interesses sociais. A boa administração é a grande meta a ser alcançada.

É sabido por todos que o Poder Público tem a obrigação de melhor administrar, e, nessa perspectiva, aplicar a solução ótima a cada caso concreto, pelo menos, é o que se espera.

Talvez uma das primeiras doutrinadoras a trazer, no direito brasileiro, a teoria em foco, na sua obra é Raquel Melo Urbano de Carvalho, na qual faz referência a um trabalho apresentado pelo ex-ministro do STJ, José Augusto Delgado. Ele traz a teoria da solução ótima como um instrumento de melhor proteger o interesse público diante de excessos, omissões e possíveis arbitrariedades cometidas por agentes públicos sem escrúpulos ou valores.

Neste sentido, como proferido por Juarez Freitas (2009, p. 66) o agente público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais. Entretanto, o que se vê é exatamente o contrário, muitos agentes estão extrapolando abusivamente a discricionariedade, que lhe foi atribuída como forma de maior liberdade para solucionar aqueles casos concretos que não são previstos pela lei, e acabam por sacrificar mais, em prol de um nada consubstanciado para a coletividade.

Outrossim, é importante impedir os excessos cometidos pela Administração Pública seja por suas ações ou omissões. Cabe ao Estado promover tais atividades.

Para tanto se vê a possibilidade de um controle mais efetivo à luz da teoria da solução ótima, em sua obra Raquel Melo Urbano de Carvalho referencia José Augusto Delgado, que a este respeito define

A extensão do princípio da moralidade conduz ao entendimento de que a Administração Pública tem mo dever de melhor administrar, que ultrapassa o conceito de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público, ao contrário do particular, não tem o direito de escolher qualquer uma delas. É do seu dever adotar a melhor. Se não fizer, em face de como está posto na constituição Federal o princípio da moralidade administrativa, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de melhor administrar. (apud URBANO DE CARVALHO, 2009, pp. 73-74)

Segundo a referida teoria, o administrador tem a obrigação de escolher a melhor solução dentre quatro ou cinco hipóteses boas, se assim não o fizer o Judiciário tem o dever de rever a decisão, sob pena de nulidade. José Augusto Delgado, citado por Raquel Melo Urbano de Carvalho (apud 2009, p. 74), ainda acrescenta que é possível o controle amplo que julgue a avalie o mérito administrativo.

Todavia, contrariando, manifestadamente, Raquel Melo Urbano de Carvalho argui:

Embora seja certo que a intenção de ampliar o controle jurisdicional sobre a Administração Pública inspira-se no propósito de coibir excessos nesta seara, não se pode olvidar dos riscos de se atribuir ao magistrado a palavra final sobre todas as escolhas pertinentes à atuação administração. (URBANO DE CARVALHO, 2009, p. 74)

Ainda sobre essa corrente continua:

É que não se concebe que, em toda e qualquer hipótese, é sempre determinável, objetivamente, qual é a melhor e única opção a ser eleita pelo administrador. (URBANO DE CARVALHO, 2009, p. 74)

Ora, a discricionariedade surge exatamente para preencher a lacuna deixada pela lei, pois esta não consegue suprir e nem prever todas as situações do caso concreto. Há de corroborar que

a discricionariedade é elemento importante e imprescindível para a boa administração, sendo assim, não poderia de forma alguma ser substituída por apenas atos vinculados.

No entanto, não se pode aceitar os abusos cometidos à luz da discricionariedade, pois acabam por ferir cada vez mais o interesse da coletividade. Privar o Judiciário da apreciação da lesão ao interesse público é o mesmo que colaborar com tais arbitrariedades, e mais, é o mesmo que contrariar a Carta Superior, configurando em ilegalidade constitucional. Não se pode privar o Poder Judiciário do dever de fiscalizar, pois esta é a sua função principal, lhe foi conferida, pela Constituição Federal, para fazer valer as leis e os princípios.

Isto exposto, a inércia do Judiciário termina por configurar em cumplicidade de atividades administrativas ilícitas sendo omissos ao seu dever no controle das ilegalidades.

É sempre pertinente a ressalva de que muitas vezes a discricionariedade é usada como manto invisível, que passa despercebida, encobrindo atividades ilícitas advindo do Poder Executivo. E não só isso se aproveita, também, da limitação do Poder Judiciário em analisar o mérito. É essa atuação que deve ser combatida e o ordenamento jurídico brasileiro não poderá mais tolerar este tipo de atividade

Raciocinando, se a teoria da solução ótima permite a escolha da melhor opção dentre aquelas que são postas diante da Administração Pública, esta estaria se valendo da discricionariedade, para isto o requisito necessário para se chegar à boa administração seria a escolha da única opção suscetível ao caso concreto. Caso a solução adotada não seja a razoável, a mais adequada, a melhor ou a ótima, dentre aquelas qualificadas as melhores opções, será incontestável a atuação do Poder Judiciário.

A teoria da solução ótima nada mais é do que a própria discricionariedade, pois seu objetivo é usufruir da conveniência e oportunidade para a escolha da solução ótima a ser aplicado ao caso concreto. Essa teoria vincula o administrador a escolher a melhor opção dentre aquelas que lhe foi posta, não havendo tal escolha o Judiciário se manifestará a seu respeito.

4 POLITIZAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Ao longo do regimento da Carta Constitucional Brasileira de 1988 é notório que o Poder Judiciário vem adotando funções privativas do Poder Executivo ou Legislativo, exercendo influência

direta nos direitos sociais, como educação, saúde, trabalho, moradia e outros, como forma de proteger o interesse coletivo. Essas atividades do Judiciário não deixam de ser uma forma de controle exercido nos poderes do Legislativo e do Executivo.

Entretanto, o Judiciário também vem sofrendo influência de políticas públicas que passam a ser determinantes nas decisões judiciais. A influência da política no Judiciário surge a partir de movimentos sociais que tem o objetivo de promover direitos sociais – como a educação, moradia, saúde, trabalho, entre outros elencados no artigo 6º da CR/88 – que lhes são assegurados, mas que não lhes são efetivamente garantidos.

Nesse raciocínio, é tese sustentada por Habacuque Wellington Sodré (2011, p.2) que:

As implicações desse novo desenho institucional consistem (...) numa politização do Poder Judiciário, na medida em que os interesses organizados que atuam na arena do Congresso passam a atuar no âmbito judicial, principalmente, no caso em que no Poder Legislativo não tenha conseguido obter sucesso com o lobby ou com outras formas de pressão política no Poder Legislativo. (SODRÉ, 2011, p. 2)

Como se nota o Poder Judiciário serve de “tábua de salvação”, visto que o Legislativo não obtém sucesso na criação de políticas públicas eficientes que atendam aos direitos da sociedade. Uma vez não efetivado o direito social, há a busca da atividade jurisdicional como meio de implementar as garantias constitucionais.

Com a politização da Justiça, o Judiciário passa a preocupar com as políticas públicas a discutir as ações e omissões provindas do Poder Legislativo e do Executivo, com o objetivo de coibir ações arbitrárias, excessos e até mesmo preencher lacunas do legislativo. E não só isso, a politização o Judiciário amplia o poder de decisão dos tribunais e juizes como forma de garantir os Direitos.

O poder que emana do povo é atribuído aos seus representantes no Poder Legislativo e Executivo, e estes, principalmente o Legislativo, é que deveriam garantir políticas públicas que satisfaçam as necessidades de seus administrados, no entanto, nos últimos anos, vê-se que esse papel vem tomando outro rumo e o Judiciário acaba por ser ativado para que os direitos sociais sejam garantidos ao povo, se isso não ocorre, porque o referido Poder está, em alguns casos, omissos quanto a matéria de direitos sociais.

5 LEGITIMIDADE DAS DECISÕES QUE ADENTRAM AO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM PROL DO INTERESSE PÚBLICO

É sabido que as ações ou omissões administrativas devem, obrigatoriamente, atingir o interesse coletivo, no entanto, para que este goze de eficácia e eficiência plena deverá os atos administrativos, seja ato discricionário ou vinculado, estar em concordância com a lei federal e com os princípios constitucionais e administrativos elencados, explícita ou implicitamente, no art. 37 da CR/88. É notório também, que o descumprimento de qualquer elemento supracitado, seja por ilegalidade, vícios, excessos cometidos ou que simplesmente algum princípio constitucional caberá o controle judicial.

Deve-se prevalecer diante do quadro de práticas ilícitas, excessos, vícios e arbitrariedades advindas do mau uso da discricionariedade o Poder Judiciário, pois este tem o dever de fiscalizar tais atos. Essa atividade está petrificada de fato no artigo 5º, XXXV da CR/88, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. O inciso referido, por si só já legitima as decisões do Judiciário diante das lesões e ameaça de direito. Se o ato administrativo é ilícito, seja ele vinculado ou discricionário, causou lesões ou ameaçou o direito, este em respeito às normas deverá ser passível de anulação.

Sabe-se que o interesse público é o bem tutelado pelo direito administrativo, todo ato que Administração prática é em prol da coletividade, e caso esse ato traga mais desvantagens do que benefícios, esses atos deverão ser passíveis de sindicabilidade judicial. Logo encontrado algum vício, e o Judiciário decida a favor da anulação desse ato viciado, essa decisão terá legitimidade, diante da invocação do art. 5º, XXXV da CR/88 e do princípio da supremacia do interesse público.

A discricionariedade conferida a Administração Pública dar certa margem de liberdade na atuação do caso concreto, liberdade nesse caso não é sinônimo de libertinagem, nunca foi. O mérito, como dito alhures, é o exame minucioso do agente público, que realiza de acordo com sua conveniência e oportunidade, equidade, justiça, moralidade sobre determinados fatos nos casos concretos com finalidade de tomar a melhor solução a ser aplicada. Se não o fizer, desrespeita os princípios e a lei superior causando dano direto ao interesse público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os atos vinculados são aqueles previstos pela lei, ou seja, cada ação vinculada está tipificada no ordenamento normativo, e nesse caso, a Administração Pública não poderá atuar fora do alcance dessa tipificação. Já os atos discricionários são aqueles atos dotados de conveniência e oportunidade. Este permite ao Poder Público uma margem de liberdade na prática do ato, a Administração agora pode escolher esta ou aquela solução, devendo ser a que melhor se adéque ao caso concreto. No que toca o mérito, este deverá, dentro da conveniência e oportunidade, atender da melhor forma possível somente o interesse público, pois esta é a sua funcionalidade.

A discricionariedade conferida a Administração pública se caracteriza como competência que lhe foi atribuída pela lei. Não pode se negar que a discricionariedade é um instrumento essencial para se chegar à boa administração. E o administrador só poderá alcançá-la dispondo dessa competência.

O que se questiona, e deve ser sempre rebatido, é a má utilização desse instrumento, pois alguns administradores públicos aproveitam de tal liberdade discricionária para cometer arbitrariedades, abusos, omissões, nepotismos e muitas outras ações que ferem não só o interesse da coletividade como também os princípios e a normatização suprema.

É indiscutível, que os atos administrativos vinculados são controláveis pelo Poder Judiciário, isto já foi exaustivamente consolidado pela doutrina. O que se discute é a possibilidade da sindicabilidade desse Poder diante da discricionariedade administrativa.

Toda lesão ou ameaça de direito deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, logo todo ato discricionário que lesione ou ameace o direito, nesse caso, o interesse público, é passível do controle judicial.

Ora, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, da realidade e da motivação limita a atuação da Administração Pública á luz da discricionariedade, pois estes respectivamente agem de acordo com a conveniência e oportunidade, exigindo a solução razoável que se adeque a cada caso concreto, respeitando a veracidade do plano em concreto, trazendo à tona a relação entre o motivo e o objeto.

Relacionando-se os princípios supracitados com a teoria da solução ótima, que foi muito criticada, por alguns doutrinadores, percebe-se que esta é a junção de todos esses princípios

no mesmo plano de atuação. Esses princípios, em outras palavras, em conjunto formam a teoria da solução ótima.

Dito isto, o controle judicial sobre os atos discricionários, nessas perspectivas, é possível, pois a busca pelo melhor administrar, de encontrar a solução ótima é incessante, e o Poder Público deve procurar todos os institutos ou instrumentos necessários para garantir a excelência da administração.

Outrossim, é inafastável a jurisdição quando esta busca sanar atos viciosos que lesionem ou ameacem o direito da coletividade, pois todo ato administrativo deve atender o interesse público, se assim não for, o Judiciário tem plenos poderes para lhe garantir a reparação, sem ao menos arranhar a tripartição de poderes, uma vez que essa funcionalidade de fiscalizar e corrigir ações contrária ao sistema normativo supremo foi lhe conferido pela própria lei.

Em suma o controle judicial não só mantém e respeita os ditames dos princípios constitucionais, como também vem coibir ações bárbaras praticadas por agentes públicos mal-intencionadas, utilizando-se das vantagens que lhes foram conferidas em prol de uma minoria, e não dá coletividade. Além disso, o Judiciário apenas declara a ilegalidade do ato, tornando-o inválido, para que o Poder Administrativo possa repará-lo. Igualmente, não compete a este Poder a prática de atos administrativos mesmo que os corrijam.

Administração Pública, na produção de quaisquer de seus atos, deverá ter sempre em foco o interesse da coletividade, pois este é o princípio supremo do Direito Administrativo, a supremacia do interesse público.

REFERÊNCIAS

BEDENDI, Luis Felipe Ferrari. **Ainda existe o conceito de mérito do ato administrativo como limite ao controle jurisdicional dos atos praticados pela Administração?** In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 278-302.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. – 14^a Ed. – São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: Promulgada em 5 de outubro de 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21ª Edição, Rio de Janeiro: Editora: Lumen Iuris, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª Edição, Salvador: Editora: JusPodivm, 2011.

DA SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Publicado na Revista dos Tribunais, ano 91, v. 798, p. 23-50, 2002.

DELGADO, José Augusto. **O Princípio da Moralidade Administrativa e a Constituição de 1988**. In: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, Junho, Ano 81, Vol. 680. 1992.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2009.

_____. **Da Constitucionalização do Direito Administrativo**: Reflexos sobre o Princípio da Legalidade e a Discricionariedade Administrativa. In: Maria Sylvia Zanella Di Pietro; Carlos Vinícius Alves Ribeiro (Coords.). *Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 175-196;

ELVIRA, Maria. **Mesa Diretora da Câmara dos Deputados**. Comunica o resultado da apuração dos vetos presidenciais constantes da cédula única de votação utilizada na sessão conjunta realizada no dia 15 de dezembro de 2005. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96190/mensagem-858-05>> acesso em 11 de outubro de 2012.

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

HENRIQUES, Antonio; MEDEIROS, João Bosco. **Monografia do Curso de Direito: Como Elaborar o Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)**. 7ª edição. São Paulo. Editora Atlas, 2010.

KRELL, Andreas J.. **A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil**. Interesse Público. São Paulo. Notadez. 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25ª. Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 29ª Edição, São Paulo: Editora: Malheiros, 2011.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativos**. São Paulo: Editora Malheiros, 2010. 1ª Edição, 2ª tiragem.

SODRÉ, Habacuque Wellington. **A politização do Poder Judiciário como fator de ativismo judicial**: conceituação e casos. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 11, n. 128, p. 9-20, out. 2011.

TÁCITO, Caio. **Desvio de Poder em Matéria Administrativa**, in Temas de Direito Pública (Estudos e Pareceres). 1º vol., Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

URBANO DE CARVALHO, Raquel Melo. **Curso de Direito Administrativo- Parte Geral, Intervenção do Estado e Estrutura da Administração** 2ª ed.- Rev., amp. e atualizada. 2009.