
DA APLICAÇÃO DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE NO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

THE APPLICATION OF PROPORTIONALITY RULE IN THE DISCRETIONARY CONTROL

Maria Fernanda Gomes¹

RESUMO: Analisa o controle da discricionariedade administrativa, estudado a partir da teoria de Robert Alexy, com o escopo de solucionar os conflitos existentes entre princípios por meio da aplicação da máxima da proporcionalidade. Possibilita a delimitação de critérios de mensuração da discricionariedade administrativa visada pelo agente público, otimizando o exercício de suas funções e concretizando a finalidade exigida pela mesma, isto é, a satisfação do interesse público. Evoca a necessidade de controle jurisdicional pautado por limitações constitucionais de forma a estabelecer limites de atuação e definir medidas de aplicabilidade. Enumera e define as premissas científicas traçadas pela teoria de Robert Alexy, ponderando seus parâmetros justificativos e a inserção da proporcionalidade como máxima de desempenho na esfera discricionária. Conclui com a necessidade de efetivação dos ditames de controle judicial dos atos administrativos, que lastreado pela consecução dos fins constitucionalmente previstos, objetiva a melhoria das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, nos moldes das prerrogativas delimitadas pelo Estado Democrático de Direito.

Palavras-Chave: Discricionariedade; Limites; Proporcionalidade; Robert Alexy; Controle Judicial.

ABSTRACT: Analyzes the control of administrative discretion, studied from the theory of Robert Alexy, with the intention of solving the conflicts between principles through the application of the maxim of proportionality. Allows the delimitation of measurement criteria of administrative discretion used by the public officer, optimizing the performance of their duties and setting out the requirement for the same purpose, namely to satisfy the public interest. Evokes the need to control court ruled by constitutional limitations so as to establish limits of performance and measures of applicability. Lists and defines the scientific assumptions of the theory outlined by Robert Alexy, weighing his evidence and inclusion criteria of proportionality as a maximum performance in the sphere of discretion. It concludes with the need for enforcement of the dictates of judicial review of administrative acts, which backed the purposes for constitutionally provided for, aims to enhance the activities undertaken by the government, similar to the prerogatives defined by the Democratic State.

Key-Words: Discretion; Limits; Proportionality; Robert Alexu; Judicial Control.

¹ Especialista em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina.

INTRODUÇÃO

Trata-se da análise da discricionariedade da Administração Pública, considerando os limites trazidos pela utilização do critério da proporcionalidade, este enquanto método efetivo de controle judicial dos atos praticados com extrapolação dos ditames constitucionais.

É patente a necessidade de compreensão da Constituição Federal a partir da observância e aplicabilidade dos direitos fundamentais como parâmetros justificativos e interpretativos para a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do Poder Estatal.

O Estado de Direito, pautado pela submissão estatal aos preceitos normativos, ganhou contornos após a Revolução Francesa. Todavia, o conceito de legalidade trazido como premissa se mostrou, em várias oportunidades históricas, desvirtuado, com o subsequente esvaziamento do conteúdo valorativo que o Direito devia proteger. Com o fim da II Guerra Mundial e as atrocidades cometidas pelos governos ditatoriais, legalizados pelo mau uso do Direito, o modelo de formulação estatal se modifica com o fim de acrescer ao formato de Estado a exigência democrática e provocar mais uma série de confusões interpretativas, ainda conflituosas na atualidade.

Neste contexto, a atuação da Administração Pública, no exercício da competência discricionária, deve se pautar pela adequação de condutas, cuja validade condicionada a concretização das formulações trazidas pelo Estado Democrático de Direito. Não pode, assim, apoiar-se exclusivamente em uma regra jurídica – considerada isoladamente, devendo estar em concordância com todo o ordenamento jurídico – enquanto sistema harmônico, com o precípuo objetivo de satisfação do interesse público.

Por fim, perquire-se a expansão da Ciência do Direito pela proposta de solução no que tange ao controle da discricionariedade, através da incidência da máxima da proporcionalidade, conforme a teoria defendida por Robert Alexy.

DA DISCRICIONARIEDADE

Não obstante os ideários democráticos terem sido discutidos desde 1946 – após a II Guerra Mundial, por meio de movimentos de redemocratização que visavam restabelecer as estruturas nacionais abaladas durante a guerra, as modificações fundamentais nas concepções de Estado e Direito restaram solenemente incorporadas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, sob a designação de Estado Democrático de Direito.

Salienta José Afonso da Silva que:

Terminada a II Guerra Mundial, de que o Brasil participou ao lado dos Aliados contra as ditaduras nazi-fascistas, logo começaram os movimentos no sentido de redemocratização do país: Manifesto dos Mineiros, entrevista de José Américo de Almeida, etc. Havia, também, no mundo pós-guerra, extraordinária recomposição dos princípios constitucionais, com reformulação de constituições existentes ou promulgação de outras (Itália, França, Alemanha, Iugoslávia, Polônia, e tantas outras), que influenciaram a reconstitucionalização do Brasil. (SILVA, 2002, p. 85-86)

Nota-se também que as necessidades econômicas e sociais enfrentadas devido aos embates sofridos durante a guerra fomentaram a mudança de concepção do conceito e extensão da legalidade, com vistas a coibir desvios políticos em sua aplicação, bem como perpetuar o compromisso das nações em concretizar respeito à dignidade da pessoa humana, maculada e esquecida durante os períodos totalitários.

Sob este vértice, o Estado passa a se aparelhar em razão da defesa e efetivação dos direitos fundamentais, entendidos como elemento de sustentação de sua própria criação e manutenção, por meio de prescrições normativas e políticas públicas que visassem a concretização de tais direitos.

Willis Santiago Guerra Filho explicita os reflexos de tais mudanças no ordenamento jurídico pátrio nos seguintes termos:

A própria topografia constitucional revela a inversão que estamos aqui a referir, quando os direitos e garantias fundamentais passam a ser consagrados, tal como entre nós, a partir de outubro de 1988, de maneira ampla, e já no início da Constituição, ao invés de ocuparem aquela posição inferior, secundária, que até então era a deles, enunciados ao final das constituições, de maneira sintética, como a apenas determinar uma área residual de impedimento à interferência estatal na esfera jurídica de seus cidadãos (GUERRA FILHO, 2007, p. 02-03).

Inflige-se dessa mudança de paradigma político, o dever, pela Administração Pública, de subordinação aos preceitos legais, vinculado-a plenamente ao princípio da legalidade, que consiste na fiel observância da Lei² para pautar sua atuação e limites na consecução dos fins públicos.

Outrossim, esta só poderá atuar conforme o parâmetro permissivo traçado pela lei (em sentido estrito), ocasião em que a ausência de previsão legal para determinado ato constitui-se

²No presente artigo, adotar-se-á a expressão “Lei” com a inicial maiúscula para fazer referência a todo arcabouço jurídico e não somente àquelas normas instituídas por meio do processo legislativo constitucionalmente previsto.

em impossibilidade material no exercício de tal mister, devendo a Administração abster-se do mesmo em prol do arcabouço jurídico que circunda a atividade.

Contudo, não basta que o administrador observe apenas a lei escrita para exercer suas atribuições. Deve sim tornar o plexo de decisões administrativas razoáveis e ponderáveis do ponto de vista principiológico.

Neste sentido, José Sérgio da Silva Cristóvam ensina:

Reforçados os contornos do princípio da legalidade, sobremaneira avizinjado ao conceito de justiça material, a discricionariedade administrativa ganhou uma série de limitações constitucionais, sendo que o atuar administrativo não deve apenas estar amparado por um permissivo legal. Deve, sobretudo, estar de acordo com os princípios e valores constitucionais que vinculam a Administração. Estes valores principiológicos estão espalhados por todo o texto da Constituição Federal de 1988, desde o preâmbulo até às disposições constitucionais transitórias, alguns até repetidos de modo exaustivo. (CRISTÓVAM, 2005, p. 07).

Dessa forma, as antigas concepções de discricionariedade administrativa, distantes de qualquer ingerência judicial, não mais se sustentam no Estado Democrático de Direito, já que por força do ordenamento vigente se busca a otimização de recursos públicos pelo alcance de suas finalidades previamente determinadas.

Verifica-se, portanto, que a margem de atuação administrativa não é ilimitada, sendo sustentada pelos princípios norteadores da atividade pública, previstos em sua exaustiva maioria pelo Texto Constitucional.

Do mesmo modo, a liberdade conferida ao gestor público, atribuída pela lei em sentido estrito, pressupõe a observância do Direito, materialmente considerado, enquanto ordenamento jurídico sistêmico e harmônico, extraindo-se de tal premissa a necessidade de controle judicial da atividade discricionária pela Administração, a fim de averiguar a existência de ilegalidades e máculas aos princípios constitucionalmente previstos.

Da discricionariedade

Entende-se por discricionariedade o liame de liberdade conferido ao gestor público para a tomada de decisões cabíveis no caso jurídico concreto e que decorre da impossibilidade de previsão legislativa de todas as decisões decorrentes da atividade administrativa.

No princípio, mostrava-se como esfera de atuação administrativa livre de vinculação à lei e de controle judicial. Porém, na atualidade, qualquer exercício por parte da Administração Pública, ainda que discricionário, evidencia-se vinculado à competência e à finalidade precípua da Lei, isto é, ao interesse público.

Rita Tourinho conceitua discricionariedade nos seguintes moldes:

A discricionariedade é decorrente da impossibilidade do legislador prever, em todos os casos, qual a melhor conduta a ser adotada no âmbito da Administração Pública. Não significa a concessão de poderes normativos à Administração, que deverá sempre, ainda que no exercício de competência discricionária, atentar aos limites impostos pela norma. (TOURINHO, 2005, p. 67)

Para Odete Medauar:

Significa uma condição de liberdade, mas não liberdade ilimitada; trata-se de liberdade onerosa, sujeita a vínculo de natureza peculiar. É uma liberdade-vínculo. Não se trata, portanto, de uma liberdade sem limites, uma vez que os fatos se encarregam de fixar limites à atuação no caso concreto, pois o fato de existirem várias condutas possíveis, não implica em dizer que qualquer uma delas pode ser aplicada em todos os casos. (MEDAUAR, 2006, p. 111)

Por sua vez, tem-se como inapropriada a adjetivação de ato administrativo como sendo este discricionário, uma vez que se trata do exercício de competência discricionária pela Administração na concretização de determinados atos, que por sua natureza, oferecem certa margem valorativa e decisória.

O exercício da referida competência consiste na faculdade conferida à Administração Pública na escolha valorativa do ato a ser realizado, bem como de sua forma e conteúdo, com vistas à persecução da finalidade pública taxada pelo Legislador. Nesse caso, a finalidade do ato já se encontra lastreada pelo texto da Lei, mas os meios atinentes a tal mister são valorados pelo administrador, que deverá lograr o mais adequado e idôneo para a satisfação do fim público almejado.

Desse modo, a discricionariedade é concebida a fim de que a Administração Pública concretize a decisão que melhor atenda à finalidade do ato administrativo previsto, e não simplesmente outorga liberdade decisória ilimitada e sem parâmetros valorativos. Pelo contrário, tem-se, inclusive, que a conduta que deixar de visar de qualquer modo os objetivos legislativos

do ato se tornará ilegal por afronta aos ditames jurídicos de aplicabilidade da discricção administrativa.

Exatamente por isso, conservando os ideais democráticos do Estado de Direito, o controle judicial dos atos administrativos levados a efeito, é meio capaz de enaltecer a legalidade que permeia a atividade administrativa, cabendo averiguar a existência de irregularidades e mantendo íntegro todo sistema jurídico vigente.

Sob este ângulo, deve o administrador perquirir no caso jurídico concreto que lhe é apresentado se cabe ação pautada pela competência discricionária para atingir a finalidade legalmente prevista, vez que apenas da análise das situações concretas poder-se-á averiguar se a decisão foi adequada e razoável.

Salienta Celso Antônio Bandeira de Mello que:

É exatamente porque a norma legal só que a solução ótima, perfeita, adequada às circunstâncias concretas, que, ante o caráter polifacético, multifário, dos fatos da vida, se vê compelida a outorgar ao administrador – que é quem se confronta com a realidade dos fatos segundo seu colorido próprio – certa margem de liberdade para que este, sopesando as circunstâncias, possa dar verdadeira satisfação à finalidade legal. (MELLO, 2003, p. 35)

Outrossim, tem-se que a concessão dessa parcela de discricionariiedade em prol da satisfação do interesse público visa garantir a supremacia dos interesses da própria coletividade sobre o particular, visando manter a Administração Pública em posição satisfatória para tanto.

Ora, considerando a impossibilidade do legislador de prever todas as situações que, eventualmente, venham a ocorrer e dadas a multiplicidade e diversidade dos fatos que pedem pronta solução ao Poder Público, a discricionariiedade permite que, em sendo vários os atos passíveis de serem empregados no caso concreto, a Administração logre a escolha do que melhor atenda às finalidades propostas pela Lei e concretize os princípios constitucionais norteadores dessa atividade.

Nestes termos, José de Ribamar Barreiros Soares, atesta que:

Os atos administrativos devem estar voltados à observância de tais princípios, atendendo ao fim maior do Estado, ou seja, a conquista e manutenção do bem-estar comum, a distribuição da justiça e da paz social (SOARES, 1999, p. 61).

Assim, não obstante não ser a discricção administrativa atividade mecânica e automática, devido à gama de situações fáticas imprevisíveis, não é a mesma ilimitada, pois passível de

controle judicial de suas premissas e aplicabilidade, e também vinculada às prescrições normativas concernentes ao exercício, devendo o gestor público empregar todas as medidas cabíveis com o fim de aferir a melhor solução possível no caso em tela apresentado, tornando a atividade administrativa proba e idônea.

A discricionariedade e os conceitos indeterminados

Questão que grande relevância doutrinária é a relação entre a discricionariedade administrativa e a posição ocupada pelos conceitos jurídicos indeterminados, que se constituem por expressões vagas, de conteúdo axiológico e difícil compreensão, que em razão da incerteza de suas definições e da extensão de seus limites, dificultam a aplicabilidade da discricionariedade administrativa ou mesmo a impossibilitam.

Os últimos distinguem-se da própria noção de discricionariedade administrativa, uma vez que esta se caracteriza pela liberdade conferida ao administrador para se decidir por opção mais vantajosa, dentre várias possíveis, ao atendimento do interesse público, enquanto os conceitos jurídicos indeterminados se mostram como possibilidade de adequação de situações fáticas à noção conceitual subjetiva de determinado termo jurídico, que pode alterar-se de acordo com o titular da interpretação.

Com efeito, conceitos são formulações significativas a respeito de determinada matéria, que expressam os elementos identificadores de algo e lhes conferem singularidade. Nos dizeres de Regina Helena Costa:

Sob o prisma material, o conceito é o núcleo irradiador de um significado, isto é, o elemento identificador de algo, o significado do termo, do signo. Todo conceito tem uma compreensão (conotação), donde emana o conteúdo formal do termo, e uma extensão (denotação), pela qual se revela a propriedade que o termo tem de ser aplicável a vários objetos, significações. (COSTA, 1990, p. 126 APUD CRISTÓVAM, 2005, p. 10)

Por sua vez, conceitos jurídicos são prescrições significativas que se dirigem a elementos relacionados à Ciência do Direito, cujo escopo essencial é a viabilização de uma norma jurídica e sua aplicabilidade em dado grupo social que, reconhecendo a significação da norma jurídica por meio de sua conceituação, a aplica conferindo segurança e certeza às relações jurídicas decorrentes.

Apesar disso, estes conceitos jurídicos podem conter significações imprecisas ou vagas no que dizem respeito ao seu conteúdo e extensão. Mesmo assim, não é coerente isentar as práticas administrativas pautadas nos referidos termos de controle jurisdicional, sendo evidente a necessidade de análise de sua legalidade quando aplicáveis ao caso jurídico concreto.

Contudo, tais premissas não são unânimes pela doutrina, havendo entendimentos que os ausentam de discricção administrativa por compreenderem que os conceitos jurídicos indeterminados não subsistem ante a análise do caso concreto, existindo tão somente em abstrato, quando da mensuração das circunstâncias genéricas de aplicação conceitual do termo jurídico.

Para a mencionada doutrina, existe unidade de solução da situação fática exposta, uma vez tratar-se de atividade interpretativa e de aplicação da Lei e não de exercício de competência discricionária. É exatamente o que ressalta José Sérgio da Silva Cristóvam:

A fluidez ou indeterminação dos conceitos jurídicos só existiria “in abstracto”, não subsistindo nos casos concretos, por ocasião de sua aplicação. Para estes autores, a indeterminação do enunciado não se traduz em uma indeterminação das aplicações do mesmo, as quais só permitem uma unidade de solução justa em cada caso (ENTERRÍA e FERNÁNDES, p. 393 APUD CRISTÓVAM, 2005, p. 12).

Neste vértice, tem-se que a aplicação da discricionariiedade administrativa ocorre independentemente da posição que ocupe na ótica da norma jurídica observada. Assim, independe para os ditames expostos se a atividade discricionária residirá na hipótese da norma jurídica, em sua exposição mandamental, ou ainda em sua finalidade legislativa, incidindo em todos os casos no conteúdo do ato realizado – entendido como o espaço decisório que permeia o exercício discricionário do gestor público.

Assegura-se, por conseqüência, que a posição adotada majoritariamente de se distinguir os conceitos jurídicos indeterminados da discricionariiedade, harmoniza-se com os ideais do Estado Democrático de Direito de atender concretamente, através da Lei, as vontades coletivas e não apenas os interesses individuais, fazendo-se necessário que as leis fossem precisas, duráveis e previsíveis, que possibilitassem certa segurança, uma vez que isso reduz o campo de discricionariiedade.

Limites da discricionariiedade

Como dito, o exercício da atividade discricionária não é ilimitado, sendo condicionado a própria finalidade da Lei que institui o ato administrativo a ser praticado, bem como aos ditames adstritos ao interesse público, que norteiam o mister.

Com vistas a averiguar se houve desvirtuamento da atividade por meio da utilização inidônea da discricionariedade e eventualmente a busca de interesses secundários, não essenciais à consolidação do interesse coletivo, utilizam-se dois importantes critérios avaliativos, consistentes na teoria do desvio de poder e no exame dos motivos ensejadores do ato administrativo.

Primeiramente, cumpre ressaltar que independentemente da previsão normativa quanto à finalidade pública que se logra com a prática do ato, não pode o administrador se olvidar de que todas as ações levadas a efeito pelo mesmo devem atentar-se às premissas do interesse público, funcionando o mesmo como o critério essencial de limitação da discricionariedade administrativa. Nos dizeres de José de Ribamar Barreiros Soares (SOARES, 1999, p. 60), “a lei, ao proteger o interesse público, vincula o agente, mesmo naquilo que diz respeito à liberdade de atuação quanto à conveniência e oportunidade”.

A partir deste ponto de vista, a teoria do desvio do poder pode ser definida como o instrumento de visa coibir a utilização da máquina administrativa pelo agente público, dirigida a finalidades secundárias, diversas do interesse público a ser satisfeito pela referida atuação.³

Assim, não poderá o gestor administrativo utilizar-se das premissas da discricionariedade para acobertar práticas oriundas de desvirtuamento de poder que lhe foi conferido nos termos da Lei, visando a satisfação de interesses outros que não os precípuos do Estado democrático de direito, utilizando como sendo de sua propriedade, o que a toda sociedade pertence.⁴

Nestes termos, define Miguel Seabra Fagundes:

Terá havido aí desvio de finalidade, ou o que os franceses denominam *détournement*

³ Recurso Extraordinário 131661/ES Espírito Santo. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 26/09/1005. Segunda Turma. Publicação DJ em 17/11/1995. EMENTA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6., parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle judicial).

⁴ Recurso Extraordinário nº 192568 – Piauí PI. Relator Min. Marco Aurélio. Julgamento em 23/04/1996. Segunda Turma. Publicação DJ em 13.09.1996. CONCURSO PÚBLICO - EDITAL - PARÂMETROS - OBSERVAÇÃO. As cláusulas constantes do edital de concurso obrigam candidatos e Administração Pública. Na feliz dicção de Hely Lopes Meirelles, o edital é lei interna da concorrência. CONCURSO PÚBLICO - VAGAS - NOMEAÇÃO. O princípio da razoabilidade é conducente a presumir-se, como objeto do concurso, o preenchimento das vagas existentes. Exsurge configurador de desvio de poder, ato da Administração Pública que implique nomeação parcial de candidatos, indeferimento da prorrogação do prazo do concurso sem justificativa socialmente aceitável e publicação de novo edital com idêntica finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subseqüentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antonio Bandeira de Mello, “Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta”, página 56).

de powoir. A lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa. Houve uma burla da intenção legal. A autoridade agiu contrariando o espírito da lei. Não importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizado e justo, o ato será inválido, por divergir da orientação legal. (SEABRA FAGUNDES, 1979, p. 71-73)

De outro modo, a observância dos motivos ensejadores do ato administrativo também se configura meio eficaz para a limitação da discricionariedade levada a efeito, consistindo na exposição das causas que fomentaram a escolha decisória do ato de acordo com a situação fática apresentada.

Por tal meio, há verificação quanto à materialidade do pressuposto de fato e sua concretização, ou seja, se o fato alegado ocorreu de forma naturalística, com vistas a embasar a prática administrativa e coibir arbítrios por parte da Administração Pública na realização de ações em desconformidade com os acontecimentos ocorridos.

Dessa forma, não poderá o agente público realizar ato que não se amolde à situação fática anteriormente evidenciada e para qual se dirija a consecução normativa embasada pela ação pública.

Há situações, contudo, em que os motivos que fomentaram o ato comportam configuração imprecisa, cabendo ao administrador valorar a situação apresentada com vistas a dimanar parecer decisório quanto a sua inserção ou não nas hipóteses legais determinadas, devendo avaliar o órgão judicial se tal emprego foi exercido de forma adequada e satisfatória, conforme saliente Celso Antônio Bandeira de Mello, nas seguintes preposições:

Quando o motivo previsto na norma toca a realidades conceituais teóricas, da sua confrontação à situação de fato não ressaí discricionariedade à Administração, contudo, por vezes, o motivo legal comporta configuração imprecisa, vaga, fluida, donde resta ao administrador valorar a situação fática e decidir se está ou não dentro da moldura normativa predeterminada. Nestes casos, compete ao Poder Judiciário examinar se a atividade administrativa se conteve nos limites razoáveis de discricionariedade, quando da apreciação tangente à materialidade do pressuposto de fato exigido à prática do ato administrativo. (BANDEIRA DE MELLO, 1975, p. 18 APUD CRISTÓVAM, p. 14).

Tem-se, dessa forma, que o ato construído deve ser racional, adequado e, sobretudo, coerente do ponto de vista da idoneidade da prática administrativa. Assim, será eivada com o crivo da ilegalidade e da ilegitimidade qualquer ação que vicie os ideários precursores do ente público, tais como a busca incessante pela concretização da justiça social por meio de práticas

que visem o interesse coletivo, bem como a utilização do poder estatal de forma justa, e da coerência entre a vinculação dos motivos do ato com a situação fática apresentada.

DA REGRA DA PROPORCIONALIDADE

A teoria de Robert Alexy

Com vistas a aperfeiçoar o controle de discricionariedade levado a efeito pelo órgão judiciário, o filósofo alemão Robert Alexy, racionalizou a solução de conflitos decorrentes do embate entre princípios e regras por ocasião da aplicação de todo o ordenamento jurídico no caso concreto apresentado para análise. Para isso, sistematizou um método que parte da observância da proporcionalidade para sanar eventuais distorções entre eles e ao mesmo tempo mensurar suas ingerências no caso jurídico concreto.

De acordo com a dita teoria jurídica, princípios e regras são espécies do gênero normas jurídicas, sendo os primeiros relacionados a mandados de otimização (proibitivos ou permissivos) com observância obrigatória, constituindo-se como algo a ser realizado no maior grau possível dentro das alternativas reais e jurídicas presentes, e as segundas tidas como determinações que, se válidas juridicamente, devem ser cumpridas no estrito limite das prescrições contidas na mesma, sem ponderações quanto aos graus de aplicabilidade.

Nos dizeres de Letícia Balsamão Amorim:

Para Alexy, o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Por isso, os princípios são mandatos de otimização, que são caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais como também das jurídicas. (...) Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então há de fazer exatamente o que ela exige, sem mais nem menos (AMORIM, 2005, p. 126).

No caso jurídico concreto, conforme a teoria de Robert Alexy, a colisão entre princípios é resolvida com a predominância de um dos princípios em conflito sobre o outro, porém, sem desprezitar-lhe seu conteúdo essencial, mediante aplicação do critério da proporcionalidade, que implica na priorização de determinado princípio ante os demais, considerando o caso concreto analisado e sua supremacia relativa (por não haver, como regra, princípios com

supremacia absoluta sobre os demais) para a resolução do mesmo.

Tal ponderação se traduz em critério de interpretação especificamente constitucional e requer processo racional para ser aplicado, com vistas a ponderar cientificamente quais os princípios a serem priorizados para a efetivação do controle judicial, que no presente estudo, se transmuta em análise da discricionariedade administrativa pautada na observância criteriosa de proporcionalidade entre princípios conflituosos.

O autor explicita sua teoria nos seguintes termos:

Já se foi insinuado que entre a teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade existe uma conexão. Esta conexão não pode ser mais estreita: o caráter do princípio implica na máxima da proporcionalidade, e esta implica naquela. Que o caráter do princípio implica na máxima da proporcionalidade significa que a máxima da proporcionalidade com suas três máximas parciais da adequação, necessidade (postulado do meio mais benéfico) e a proporcionalidade em sentido estrito (o postulado da ponderação propriamente dita) se inferem logicamente do caráter do princípio, ou seja, é dedutível deste. (ALEXY, 2002, p. 111-112)⁵

Na seara administrativista, não pode a lei restritiva devolver o juízo de restrição para o campo de atuação discricionária da Administração Pública e mesmo quando autorizada, a restrição só poderá ser reputada legítima na medida necessária para salvaguardar outro direito fundamental ou outro interesse ou bem constitucionalmente protegido, sujeitando-se, logo, à regra da proporcionalidade.

Anseia nosso Texto Constitucional, lastreado pelo princípio do Estado Democrático de Direito, da legalidade e da separação dos poderes, que os interesses da coletividade prevaleçam sobre os privados, porquanto o Estado necessita de tal autorização para que possa agir e realizar os seus interesses. Em contrapartida, os direitos privados presumem-se realizáveis independentemente de prévia autorização constitucional.

Contudo, a regra é a da unidade. Interesses públicos e privados não se contradizem, não se negam, não se excluem, antes, harmonizam-se. Devem ser vistas como excepcionais as situações de exclusão mútua. Neste caso, a opção do legislador originário pela prevalência de um ou de outro, não quer dizer que existe um princípio de supremacia formal. Trata-se somente de um critério de solução a priori de conflitos que poderão emergir nas situações jurídicas concretas.

⁵ No original: “Ya se ha insinuado que entre la teoría de los principios y la máxima de la proporcionalidad existe una conexión. Esta conexión no puede ser más estrecha: el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad, y ésta implica aquélla. Que el carácter de principio implica la máxima de la proporcionalidad significa que la máxima de la proporcionalidad, con sus tres máximas parciales de la adecuación, necesidad (postulado del medio más benigno) y la proporcionalidad en sentido estricto (el postulado de ponderación propiamente dicho) se infiere lógicamente del carácter de principio, es decir, es deducible de él”.

Para Mônica Pimenta Júdice:

A máxima da proporcionalidade é verificada pelos critérios da adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e aplicação estrito senso da proporcionalidade, isto é, da ponderação. Assim, quando se estiver diante de uma colisão entre direitos fundamentais, primeiramente, para solucioná-la utiliza-se da adequação do meio, posteriormente, utiliza-se a necessidade desse meio, e em seguida, se ainda não solucionada a colisão, a ponderação. (JÚDICE, 2006, p. 02)

O método interpretativo da proporcionalidade consiste na observância de três etapas procedimentais, visando à resolução do caso jurídico concretamente apresentado de maneira a harmonizar os princípios constitucionais envolvidos e solucionar o impasse. Primeiramente se adequa o meio empregado com a finalidade almejada pelo ato; após, averiguando se foi o mesmo necessário para a determinação do objetivo; e, por fim utilizando-se da proporcionalidade em sentido estrito, ou ponderação, para mensurar a intensidade a importância da intervenção judicial no caso concreto.

A adequação à finalidade perseguida consiste no exame quanto à aptidão do meio utilizado e sua possibilidade de fomento ao objetivo proposto, ou seja, sendo o ato praticado capaz de perquirir a finalidade almejada, ainda que esta não ocorra, será tal medida considerada adequada. Por outro lado, serão inadequados os atos que de nenhum modo contribuam para a concretização do fim logrado, sendo, portanto, desproporcional.

De outro modo, o exame de necessidade se consubstancia pela análise comparativa quanto à possibilidade de emprego de outros atos menos gravosos para a persecução do fim público. Assim, havendo alternativa de emprego de meio menos lesivo a direitos fundamentais e em sendo igualmente adequado para a concretização da finalidade determinada, a observância deste é obrigatória, sob pena de ser o ato acometido de vício de proporcionalidade.

Esgotados os exames de adequação e necessidade e em não sendo possível sanar-se o conflito existente, utiliza-se a prerrogativa trazida pela aplicação da proporcionalidade em sentido estrito que se caracteriza pelo sopesamento dos direitos envolvidos, com vistas a determinar se os motivos que ensejaram o emprego de ato capaz de macular direito fundamental alheio são suficientemente fortes para ação da medida, sustentando a decisão administrativa sob o crivo da proporcionalidade.

Em suma, a colisão entre interesses públicos e privados, deverá ter solução remetida à ponderação de princípios diante do caso concreto, através de mediação jurisdicional, na qual o juiz, em face de cada situação jurídica específica deverá adotar um critério predeterminado

(conforme a maior grau possível de aplicabilidade prática) e decidir, em face dos diversos elementos que integram o âmbito normativo de cada preceito em conflito, qual deverá prevalecer.

DO CONTROLE PELO JUDICIÁRIO

É sabido, pois, que a Administração Pública, no exercício de suas funções, se sujeita além do autocontrole, ao controle por parte dos órgãos Legislativo e Judiciário, com a finalidade de assegurar a sua atuação em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico. Diferentemente dessa sujeição, a Constituição Federal oferece aos cidadãos brasileiros, ferramentas especiais que permitem uma nova forma de controle da Administração Pública mediante o efetivo exercício da cidadania.

Para Justen Filho (2005, pg. 732), “o controle é um processo de redução do poder, entendida essa expressão no sentido da imposição da vontade e do interesse de um sujeito sobre outrem”. Diz o autor que pode o mesmo constituir-se em fiscalização ou orientação da conduta alheia.

No estudo em pauta tem-se a submissão das atividades do Estado e de seus agentes ao controle jurídico, por meio de instrumentos legais ofertados à sociedade e às instituições, além de instrumentos informais decorrentes do controle popular. Os mecanismos jurídicos decorrentes da Constituição Federal, como leis e regulamentos, denominados controle de orientação, não substituem, porém, a participação popular concretizada a partir do exercício da cidadania, consistente em controle-fiscalização e a mais adequada forma de se efetivar os ditames democráticos.

Ora, é dever do Judiciário, como guardião do ordenamento jurídico e zelador do Estado Democrático de Direito, examinar toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos dos cidadãos. Compete-lhe, pois, rever a atividade administrativa quando o Poder Público se vale de discrição descabida ou extrapola os limites estabelecidos na lei.⁶

⁶ RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA – Distrito Federal. Relator Min. Eros Grau. Julgamento em 30/11/2004. Primeira Turma. Publicação DJ em 01.07.2005. EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

Manifesta-se Germana de Oliveira Moraes a respeito do tema:

O princípio constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional constitui o fundamento da possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos exteriorizados em função da atividade administrativa não vinculada, no Direito brasileiro, enquanto o princípio da publicidade, com o consectário dever de fundamentação das decisões administrativas viabiliza esse controle. (MORAES, 2004, p. 107).

Sob este ângulo, deve o mesmo alcançar a todos os atos administrativos, vinculados ou discricionários, sendo que nos atos vinculados o controle judicial é amplo, irrestrito, e nos discricionários é cabível exercício de controle negativo da discricionariedade, isto é, o exame acerca da adequação do ato praticado pela Administração no uso de faculdades discricionárias.

Diante da aplicação do critério objetivo da proporcionalidade, compete ao juiz analisar se o ato praticado pelo administrador se constitui como a melhor solução possível no caso concreto, confrontando o juízo valorativo e axiológico levado a efeito com os princípios norteadores da atividade desenvolvida, anulando-se, eventualmente, atos praticados em desprestígio da proporcionalidade em face da existência de vício de legalidade.⁷

Por outro lado, o controle judicial da discricionariedade não se limita à observância da decisão tomada pelo administrador, podendo submeter esta à análise da própria finalidade da lei que institui o ato a ser praticado e em caso de discrepância por não consecução do interesse público almejado, anular a atividade desenvolvida. Como bem observa Celso Antônio Bandeira de Mello:

Por vezes, pode-se demonstrar que uma única solução – diferente da tomada pela Administração – seria a adequada para a realização da finalidade normativa. Em outros casos tal determinação não se mostra possível, restando apenas demonstrar que aquela específica medida adotada não era idônea a atender, com exatidão, a finalidade da lei. Portanto, em determinados casos, não é possível dizer qual o comportamento único obrigatório para atender o interesse público; pode-se, por outro lado, demonstrar que a solução específica adotada não atende o interesse público cristalizado na norma. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Controle judicial dos atos administrativos. Revista de Direito Público, Ano XVI, n.º 65, jan./mar., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 35-36 APUD CRISTÓVAM, 2005, p. 15)

⁷Re-AgR 365368 – Santa Catarina SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento em 22/05/2007. Primeira Turma. Publicação DJe em 29.06.2007. EMENTA: AGRADO INTERNO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATO NORMATIVO MUNICIPAL. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. OFENSA. INCOMPATIBILIDADE ENTRE O NÚMERO DE SERVIDORES EFETIVOS E EM CARGOS EM COMISSÃO. I - Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. II - Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para atuação do Poder Legislativo local. III - Agravo improvido.

Assim, o controle jurisdicional não se restringe à análise formal dos atos praticados com o objetivo de verificar se decisão permite a concretização dos fins públicos, com aferição material dos resultados ocorridos por meio da atividade. Porém, não se trata de controle desmedido e ilimitado, já que em sendo a decisão lastreada pela observância da proporcionalidade e razoabilidade, ainda que passível de outra solução administrativa que melhor se molde às finalidades almejadas impróprio é exercício de controle jurídico uma vez extrapolado seus limites de atuação.

CONCLUSÃO

Conforme visto, a Administração Pública no exercício da competência discricionária, realiza atos passíveis de apreciação judicial, com vistas a resguardar o interesse público norteador da atividade administrativa e fomentar o equilíbrio e a manutenção das instituições democráticas que sustentam as concepções atuais de Estado.

Tem-se, outrossim, que nestas situações, o administrador fica adstrito aos parâmetros legais para sua atuação, não se considerando a discricionariedade levada a efeito como prerrogativa ilimitada e sem possibilidades de controle. Ao contrário, fica a mesma lastreada pela legalidade que permeia toda a Administração, traçando os limites de sua aplicabilidade e formas de ingerência social.

Assim, na efetivação do controle judicial dos atos administrativos ressalta-se a necessária observância tantos dos requisitos legais formais da gestão pública, como os elementos contrários ao ordenamento jurídico, tais como princípios ou regramento constitucional a respeito do tema, com vistas a extinguir da ordem jurídica, atos que contenham vícios de legalidade e de finalidade legislativa para o mesmo.

Constitui o controle da discricionariedade administrativa atitude relevante para a consolidação do Estado Democrático de Direito almejado, concretizando ideários de justiça material através da análise das finalidades obtidas com a prática administrativa e possibilitando o fomento de controle popular por meio do exercício da cidadania.

Nota-se, a partir do exposto, que no plano da realização do direito não se sustenta, portanto, a tese indiscriminada de que não é possível o controle da discricionariedade. A doutrina do Direito Administrativo brasileiro tem trabalhado na perspectiva de existência de meios para aferir a boa utilização da discricionariedade levando em consideração as diversas hipóteses e

limitações às quais, quando se manifesta, deve se vincular.

Destarte, a tese de Robert Alexy que fundamenta critério consistente na proporcionalidade quando da solução de conflitos envolvendo princípios e regras jurídicas, possibilita a otimização do controle judicial levado a efeito, ou seja, a aplicação da máxima da proporcionalidade conforme os ditames científicos traçados pela referida teoria filosófica fornece elementos para que a atividade de controle dos atos administrativos seja pautada pela estrita observância de elementos de convicção capazes de enaltecer as prescrições constitucionais a respeito do tema, com respeito aos administrados e a toda sociedade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. A evolução do princípio da legalidade e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 804, 15 set. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7257>>. Acesso em: 04 de janeiro de 2008.

FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Estado Democrático de Direito Como Estado de Direitos Fundamentais com Múltiplas Dimensões. Disponível em: http://www.lex.com.br/noticias/artigos/default.asp?artigo_id=1134779&dou=1, publicado em 13/07/2007. Aceso em 06 de junho de 2008.

JUDICE, Mônica Pimenta. A racionalidade dos princípios segundo Robert Alexy. Disponível em http://www.trinolex.com/artigos_print.asp?id=2917&icase=artigos. Acesso em 26 de dezembro de 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

PAZZAGLINI FILHO, Mariano. *Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública: Agentes públicos – Discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do controle do Poder Judiciário*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2003.

ROCHA, Leonel Severo; STREEK, Lenio Luiz (org.). *Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica*. Programa de pós-graduação em Direito da UNISSINOS: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: UNISSINO, 2005.

ROZAS, Luiza Barros. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8715>. Acesso em 07 de novembro de 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

SILVEIRA, Clariana Oliveira da. *A discricionariedade administrativa*. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 5, nº 211. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1674> Acesso em 04 de janeiro de 2008;

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa: Ação de Improbidade e Controle Principiológico*. Curitiba: Juruá, 2004