

Uma Necessária Limitação ao Atual Conceito de Discricionariedade Administrativa: fundamentos da Teoria da Discricionariedade Mínima e aplicação no Direito Ambiental

Julio Cesar de Sá da Rocha¹
Ricardo Oliveira Rotondano²

Resumo: O presente escrito realiza uma reflexão sobre a necessidade de limitação da discricionariedade administrativa, visto que não é aceitável a manutenção de ato administrativo. O artigo prega os preceitos da Teoria da Discricionariedade Mínima. Traz também a mais nova teoria de separação dos poderes, enquadrando a judicialização da política como processo necessário à consecução dos direitos fundamentais. Desse modo, o presente trabalho conclui que não sendo adotada a decisão mais proveitosa restariam feridos os Princípios da Eficiência e da Legalidade, assim como o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, estando o Judiciário autorizado a realizar o controle do ato administrativo emanado. Por fim, o artigo reflete sobre a discricionariedade mínima no direito ambiental.

Palavras-chave: Boa Administração Pública. Discricionariedade. Eficiência. Judiciário. Teoria da Discricionariedade Mínima. Direito Ambiental.

Abstract: This writing reflects the necessity to limit the administrative discretionarity. This article preaches the precepts of the Minimum Discretionarity Theory. Also brings the newest theory of separation of powers, framing the politic judicialization as a necessary process to the attainment of fundamental directs. So, this script concludes that, not being adopted the more profitable decision, the Efficiency and Legality Principles will be injured, even as the Fundamental Rights to Good Administration, having the Judiciary authorization to control the emanated administrative act. In conclusion, the article deals with the Theory of the Minimum Discretionarity in environmental law.

Keywords: Good Administration. Discretionary. Efficiency. Judiciary. Minimum Discretionarity Theory. Environmental Law.

¹ Mestre e Doutor em Direito (PUC SP). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, da Universidade do Estado da Bahia, do Centro Universitário FIB/Estácio e da Faculdade Ruy Barbosa. Coordenador de Grupo de pesquisa de Direito Ambiental da Faculdade Ruy Barbosa. *E-mail:* rochajulio@hotmail.com.

² Graduando em Direito pela Faculdade Ruy Barbosa. Professor Monitor de Introdução ao Estudo do Direito na Faculdade Ruy Barbosa. Membro de Grupo de pesquisa de Direito Ambiental da Faculdade Ruy Barbosa. *E-mail:* oliveirarotondano@uol.com.br.

Recebido em: 09/04/2011.

Revisado em: 1º/07/2011.

Aprovado em: 26/08/2011.

Introdução

Ao Poder Judiciário, não é permitido ingressar na seara do mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio de separação dos poderes – artigo 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988). Tal vedação, em conjunto com a ampla liberdade que se tem dado ao mérito administrativo, tem servido para a manutenção de decisões administrativas emanadas sem qualquer qualidade técnica ou, ainda, com desvio de finalidade acobertado pela legalidade formal. Soluções claramente mais produtivas não têm sido concretizadas, ferindo desse modo o princípio da eficiência e, por consequência, o princípio da legalidade em sentido material.

Isso porque a exigência constitucional da eficiência administrativa é um dos pilares para a configuração plena do princípio da legalidade. Princípio este que não mais satisfaz se apenas aplicado em seu modelo formal – cumprimento literal da norma – e que, para alcançar o verdadeiro objetivo constitucional, deve ser empregado em seu aspecto material – cumprimento das garantias individuais e coletivas.

Desse modo, constatamos a urgente necessidade de limitação do conceito de mérito administrativo. Havendo uma melhor decisão no caso concreto – eleita a partir de uma rigorosa e convincente fundamentação – não há que se falar em poder discricionário, e sim em poder vinculado. O administrador está obrigado a adotar a melhor solução encontrada, sob pena de reformulação do ato emanado pelo Poder Judiciário. A discricionariedade só se configura em casos nos quais existem duas ou mais soluções com melhor eficácia, podendo o administrador escolher qualquer uma delas, sem interferência judicial. Essa é, pois, a Teoria da Discricionariedade Mínima.

Por fim, há ainda explanação acerca da reformulação da teoria de separação dos poderes, proveniente das ideias trazidas pelo movimento alcunhado neoconstitucionalismo. A interferência entre os poderes estatais, limitada ao mínimo pela antiga doutrina constitucionalista, é atualmente relativizada – caso clássico da judicialização da política –, tendo a Constituição Federal de 1988 previsto uma maior comunicabilidade entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, no intuito de tornar efetivos os direitos fundamentais.

1 Uma Mudança de Paradigma

No âmbito do Direito Civil, consagrada está a liberdade de contratar, privilegiando-se a manifestação de vontade dos sujeitos. Nesses moldes, reside a assertiva de que “o que não está proibido, está permitido”. A legislação civil garante apenas um mínimo de exigências, para resguardar direitos fundamentais inerentes à sobrevivência do Estado Democrático de Direito e da ordem jurídica em vigor. Respeitadas tais exigências, tudo mais é válido, e pode ser objeto de pactuação entre os contratantes. O contrato estabelecido, decorrente da manifestação de vontade das partes, tem para essas partes força de lei.

Tal preceito não encontra respaldo no Direito Público, visto que neste último prevalece o interesse público sobre o particular. O administrador não tem ampla liberdade no exercício de sua função; pelo contrário, ele deve se limitar aos comandos que a lei estabelece, escusando-se de atuar fora dela. Esse é o núcleo, pois, do princípio da legalidade, que “[...] consagra a ideia de que a Administração Pública somente pode ser exercida na conformidade da lei [...]” e que, conseqüentemente, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 97). Tal princípio tem finalidade ímpar no ordenamento jurídico, conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 97):

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a *tradução jurídica* de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal, a lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social –, garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização desta vontade geral.

Sendo o comando legal expresso e inequívoco, indicando apenas uma solução possível para o administrador, este deve acatá-la e concretizar o ato administrativo, conforme a lei ordena. Não resta espaço de deci-

são para o administrador; nesse caso, o poder da Administração é **vinculado**, visto que a situação se enquadrou em determinados requisitos, aos quais a lei impõe que seja tomada certa decisão. Qualquer que seja o ato diverso daquele previsto na norma legal, isso implicará em ilegalidade.

Ocorre que a lei pode ter deixado, expressamente ou não, certo espaço para que o administrador atue, com base em um juízo de valor a ser realizado por ele. Quando a lei conferir ao administrador essa margem de liberdade decisória, o poder da Administração é **discricionário**. Em verdade, é uma liberdade mitigada, posto que o administrador tem o poder de decisão apenas nos limites fixados pela lei, em decorrência do princípio da legalidade. Qualquer solução enquadrada nessa linha divisória traçada pelo legislador é válida; não respeitados os limites legais impostos, a decisão administrativa passa a ser viciada, autorizando a intervenção do Poder Judiciário.

Tal entendimento, no entanto, necessita ser reavaliado. O atual conceito de discricionariedade confere ao administrador público uma amplíssima liberdade de decisão, com a qual o ordenamento jurídico pátrio não pode corroborar. Tal liberdade toma como válidas quaisquer decisões adequadas à fria letra da lei, satisfazendo-se apenas com a legalidade formal do ato. Para o alcance da legalidade material – da qual não abrimos mão – é preciso que o gestor público tome a melhor decisão no caso concreto, pois apenas a solução mais proveitosa se reveste de legitimidade.

O presente trabalho objetiva a limitação – e não a extinção – do instituto jurídico da discricionariedade administrativa. Inegavelmente, a análise de conveniência e a oportunidade da Administração existem e devem ser conservadas. A liberdade decisória, no entanto, não deve ser tão ampla quanto prega a atual doutrina majoritária. Cada situação, que exige a intervenção do poder público, traz consigo uma série de peculiaridades, que devem ser cuidadosamente avaliadas pelo administrador, culminando em uma satisfativa conclusão sobre qual a melhor decisão para o caso concreto. Existindo uma “melhor decisão”, embasada por uma rigorosa e convincente carga argumentativa, cabe à Administração utilizá-la; a discricionariedade não deve servir de fundamento para a escolha de solução menos eficaz.

2 A Teoria da Discricionariedade Mínima

2.1 Breves Fundamentos

Cotidianamente, temos nos deparado com situações em que o gestor público edita atos administrativos sem qualquer qualidade técnica (GALENO, 2011). Existem ainda situações em que a decisão do administrador parece se adequar ao interesse em tela; oculto por detrás de sua ação formalmente amparada, no entanto, estão as mais diversas intenções (COSTA, 2011). A segunda hipótese, de forma pacífica na doutrina e na jurisprudência, merece reforma, tendo em vista que o ato administrativo foi exarado com desvio de finalidade (STJ, RMS 17.081-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJU de 09.03.2007, p. 297; STJ, RMS 18.703-BA, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 29.03.2007, p. 217.). A primeira hipótese, no entanto, ainda é vista como válida e, encoberta pelo manto da discricionariedade, foge à apreciação e reforma judiciais. O desleixo da comunidade jurídica com a qualidade da prestação executiva do Estado contrasta claramente com a insatisfação que, cada vez mais, tem crescido entre as camadas populares. (REVOLTA DO BUZU..., 2011).

A função constitucional atribuída ao administrador é a de realizar uma análise de conveniência e oportunidade entre todas as suas possibilidades à sua disposição, para chegar àquela alternativa que melhor atenda ao interesse público. Existindo uma melhor decisão, estaria a Administração vinculada a ela, devendo obrigatoriamente colocá-la em vigência. Do contrário, estaria ferido o princípio da eficiência, infringindo dessa forma também o princípio da legalidade em sentido material, além de configurar lesão ao direito fundamental à boa administração pública, estando autorizado o Judiciário a realizar o controle jurisdicional do ato administrativo. Seguindo o presente entendimento, o jurista Robertônio Santos Pessoa:

Assim, no uso de uma competência discricionária o gestor público não detém a prerrogativa de uma solução que seja, no ponto de vista técnico, de eficácia duvidosa, ou comprovadamente menos eficiente diante de outras alternativas possíveis. Conduta contrária a esta diretriz viola o próprio princípio da legalidade e, por tabela,

o novel princípio da eficiência, positivação agora explícita de uma exigência inerente àquele. (PESSOA, 1999, s/p).

Esse também é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, explicando que o exercício de discricionariedade pela Administração não se valida apenas por conter-se no âmbito de atuação aberto pelo legislador, como até recentemente se admitia. É necessário que as soluções escolhidas, além de se conterem nesses lindes legais, se apresentem realistas e razoáveis em face de toda a ordem jurídica (MOREIRA NETO, 2005). O autor segue a sua explanação, adentrando ao tema da sindicabilidade do mérito administrativo:

No que toca, em especial, à discricionariedade, o controle sobre ela exercido poderá, eventualmente, afastar determinadas escolhas teoricamente possíveis, por ilegais, ilegítimas ou ilícitas, fazendo-o a tal ponto que sua opção possa ficar restrita a, apenas, uma escolha válida, pois apenas uma estaria isenta de vícios. Nesta hipótese, fala-se em redução ou atrofia da discricionariedade. (MOREIRA NETO, 2005, p. 561).

Há casos, entretanto, em que os valores envolvidos se equivalem, e não há como distinguir com propriedade qual a melhor decisão a ser tomada. A inexistência de uma clara solução que melhor atenda aos princípios constitucionais é a exceção; nesse caso, as duas ou mais soluções equivalentes encontradas pela Administração em seu sopesamento serão consideradas válidas e, plenamente, aceitas no caso concreto. Essa seria, então, a verdadeira discricionariedade administrativa, em que não caberia a intromissão do Poder Judiciário, sob pena de invasão da competência administrativa.

Sobre a verdadeira discricionariedade administrativa, excluída da apreciação pelo Poder Judiciário, a doutrina do professor José Sérgio da Silva Cristóvam:

Em determinadas situações, nem a Administração Pública nem o Poder Judiciário podem seguramente dizer qual a medida mais adequada, já que, pelas peculiaridades do fato concreto, pela indeterminação do mandamento normativo e pela subjetividade da apre-

ciação, não há como se pretender uma homogeneidade decisória. Nestes casos, não há como o juiz invalidar a medida escolhida pelo administrador, sob o fundamento de que, ao seu juízo, outra medida seria mais razoável. Neste aspecto reside o mérito administrativo insindicável pelo Judiciário. (CRISTÓVAM, 2005, s/p).

É, pois, o que chamamos de Teoria da Discricionariedade Mínima. A sugestiva nomenclatura é inovadora; as ideias que a teoria traz, no entanto, há muito são divulgadas no meio jurídico, por diversos autores que escreveram sobre o tema. A Teoria da Discricionariedade Mínima consiste, pois, em reduzir a liberdade de escolha do administrador àquelas situações em que não é possível distinguir com clareza uma decisão mais proveitosa. Nos casos em que se possa razoavelmente deduzir uma alternativa mais eficaz, não há que se falar em discricionariedade; a Administração não terá escolha senão optar pela “melhor solução”.

2.2 O Objetivo Constitucional da Discricionariedade: a “melhor solução”

Nos casos em que o poder da Administração é vinculado, restando ao gestor público apenas concretizar o comando legal, a lei é aplicada à situação regulada ainda que cause certa inconveniência. Entretanto, quando é outorgada discricionariedade à Administração, a lei não se satisfaz somente com uma decisão aproximada; é imperativo que o administrador encontre a melhor decisão, a partir de uma análise fática, técnica ou qualquer outro elemento relevante. Sobre o tema, com maestria, Cesar A. Guimarães Pereira ensina que:

Quando a Constituição (art. 40, § 1º, II) determina, p. ex., que a aposentadoria compulsória venha aos 70 anos, baseia-se na presunção de que isso vale para a generalidade dos casos, mas assume o risco de essa solução ser inconveniente em certos casos específicos de indivíduos ainda muito capacitados nessa idade. Esse é o sentido da vinculação: prestígio da clareza e segurança, com sacrifício da exatidão e justiça.

No caso da discricionariedade, ocorre o oposto. Remete-se à estimação da Administração a solução do caso concreto precisamente

porque não se admite uma solução inconveniente. Espera-se da Administração que sopesse todas as circunstâncias do caso para determinar qual é a solução ótima – tomados em conta todas as determinantes normativas e todas as peculiaridades dos fatos. (PEREIRA, 2003, p. 246).

Dessa forma, fica claro que a discricionariedade não é um privilégio ou benefício da Administração, mas um meio de realização do interesse público. Quando a lei atribuir discricionariedade ao gestor público em determinada situação, ela deve ser obrigatoriamente exercida, sempre almejando eleger e concretizar a melhor decisão possível no caso concreto. Esse é, pois, o conceito de mérito do ato administrativo, na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Mérito é o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 38).

O professor Marçal Justen Filho aduz lucidamente que a discricionariedade é uma virtude da disciplina normativa, sendo a solução jurídica para as limitações e para os defeitos do processo legislativo de geração de normas jurídicas (JUSTEN FILHO, 2006). Segundo o autor,

[...] é da essência da discricionariedade que a autoridade administrativa formule a melhor solução possível, adote a disciplina jurídica mais satisfatória e conveniente ao interesse público. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 168).

Entende-se por interesse público o “interesse do todo, do conjunto social” sendo ele nada mais do que “[...] a dimensão pública dos interesses individuais, ou seja, dos interesses de cada indivíduo enquanto partícipe da Sociedade [...]”, na lição de Bandeira de Mello (2010, p. 58). O autor conceitua interesse público como

[...] o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 59).

Já Marçal Justen Filho afirma, em interessante abordagem, que “nem todo interesse, por ser público, é indisponível” (JUSTEN FILHO, 2006, p. 44). Segundo o jurista, um interesse é público por ser indisponível, e não o inverso. Ou seja: a indisponibilidade não é consequência da natureza pública do interesse – é justamente o contrário. O interesse é reconhecido como público porque é indisponível; porque não pode ser colocado em risco; porque sua natureza exige que seja realizado. Na visão do autor, o ponto fundamental é a questão ética: a configuração de um direito fundamental. Desse modo, “[...] o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais”. (JUSTEN FILHO, 2006, p. 45).

No sopesamento outorgado ao administrador público para concretizar os direitos fundamentais – adotando aqui o entendimento de Justen Filho –, avaliando qual seria a “melhor solução”, pode-se empregar uma infinidade de caracteres. O critério frequentemente utilizado para distinguir a solução mais eficaz no caso concreto parece ser o **técnico** – definido aqui, de forma sumária, como o procedimento ou o conjunto de procedimentos essenciais à execução perfeita de determinada atividade. Inegável concluir que, atualmente,

[...] a técnica é inseparável da Administração em todos os seus segmentos, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas que não sejam satisfatórios ao atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 1991, p. 86-87).

Não há, porém, hierarquia entre os elementos que embasam a escolha do gestor público. A solução ótima deve estar fundamentada por uma carga argumentativa rigorosa e convincente, para que seja considerada legítima. Essa solução não é apenas uma exigência dos atos administrativos discricionários, mas também dos vinculados, além das normas jurídicas como um todo. Clèmerson Merlin Clève explica o atual paradigma jurí-

dico, no qual a segurança jurídica decorre do rigor da argumentação e da motivação, e não do estrito cumprimento das normas jurídicas. O simples processo de edição das leis não basta para legitimar o regramento jurídico vigente. Segundo o autor:

Não houve uma superação de Kelsen, mas uma transposição de sua teoria: se o papel da ciência jurídica era definir uma moldura, e dentro dessa moldura qualquer solução seria aceitável, hoje nenhuma solução é aceitável sem argumentação. Uma carga argumentativa capaz de convencer, e não somente a autoridade, é imprescindível para justificar a legitimidade do discurso. A segurança jurídica, portanto, está no rigor da argumentação e da motivação, e não apenas na esfera do objeto do Direito que, fragmentado, sequer conforma um sistema. No campo da linguagem só se faz sistema por meio da atuação do operador jurídico. (CLÈVE, 2005, s/p).

Na doutrina administrativa, cabe a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual a legitimidade dos atos administrativos somente será alcançável por meio de relevante motivação. Nas palavras do autor, a motivação faz parte da essência do ato, sendo essa motivação requisito indispensável de sua validade. Acrescenta ainda que “[...] nenhuma certeza sobre a correção do ato administrativo será prestante se ele for expedido sem a devida motivação”. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 104-105).

Incumbir o gestor público a encontrar sempre a melhor decisão no caso concreto estaria, pois, “[...] equiparando sua missão à do **juiz ideal** [...]”, concebida por Dworkin (PEREIRA, 2003, p. 247). A reflexão trazida por Guimarães Pereira quanto à utilidade da concepção de um “administrador Hércules” conclui ser impossível saber, em todos os casos, qual seria a melhor solução para o caso em questão – até porque, se desse modo fosse, sempre haveria vinculação, ainda que fosse atribuída discricionariedade à Administração (PEREIRA, 2003, p. 249).

Desse modo, o autor deduz ser possível se referir a um administrador Hércules, posto que o que se espera do administrador é que ele analise todas as determinantes normativas e circunstâncias do caso concreto, obtendo daí a melhor decisão para a problemática em questão. O administrador Hércules serve justamente como parâmetro ao gestor real, para

que o gestor real, no exercício de discricção atribuída pela norma, aplique a lei e o Direito corretamente, sopesando princípios e avaliando de forma exaustiva as peculiaridades do caso concreto (PEREIRA, 2003, p. 249).

2.3 Divergências Doutrinárias

Nos últimos anos, a idéia abordada no presente trabalho ganhou muitos adeptos na doutrina pátria (BANDEIRA DE MELLO, 2010; FREITAS, 2009; JUSTEN FILHO, 2006; MOREIRA NETO, 2005; TOURINHO, 2004) ainda que sob a utilização de outros fundamentos. Parte da doutrina também entende que, tratando-se de poder discricionário,

[...] a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. (DI PIETRO, 2009, p. 212; CARVALHO FILHO, 2008, p. 119-121; GASPARINI, 2008, p. 97-100).

Não podemos corroborar com essa tese, visto que o direito deve amparar apenas a solução que dê melhor proveito ao erário, e não a qualquer solução possível, sendo imprescindível a análise de cada caso concreto.

Para evidenciar a explanação, recorreremos à lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Discorrendo sobre o objeto ou conteúdo do ato administrativo, ela prega que este “[...] será discricionário quando houver vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim, sendo todos válidos perante o direito”. Como exemplo: “[...] é o que ocorre quando a lei diz que, para a mesma infração, a Administração pode punir o funcionário com as penas de suspensão ou de multa”. (DI PIETRO, 2009, p. 216).

Ora, com o devido respeito à professora Di Pietro, tal entendimento deve ser reavaliado. Imagine um setor específico em determinado órgão público, no qual trabalham apenas dois funcionários, que diariamente recebem extensa carga de produção. Caso um deles cometa determinada infração administrativa, passível de suspensão ou de multa, é evidente que deve a Administração optar pela segunda. A multa servirá como justa lição ao infrator, que arcará com a consequência da ação praticada. A suspensão, no entanto, além de gerar efeito punitivo semelhante ao da multa,

evidentemente irá sobrecarregar o funcionário restante, que certamente não dará conta da enorme quantidade de trabalho, gerando infortúnio à Administração e, conseqüentemente, aos administrados que dependem do serviço prestado pelo órgão público em questão.

Está evidente qual a melhor decisão a ser tomada pela Administração nesse caso. A suspensão e a multa atingem o mesmo objetivo: servem como punição ao funcionário infrator. A suspensão, no entanto, irá ferir o princípio da eficiência e violar o interesse público, ao contrário da aplicação da multa. Nessa hipótese, ainda que a lei faculte ao administrador a livre escolha entre as duas alternativas, não há que se falar em poder discricionário. O poder da Administração é, na situação em questão, vinculado, pois há claramente uma “melhor solução”, que deve ser posta em vigor pelo poder público.

Além da aprovação de vários doutrinadores consagrados no direito pátrio, a Teoria da Discricionariedade Mínima ganhou nos últimos anos o valioso apoio do Superior Tribunal de Justiça. Em recente decisão proferida no REsp 879.188-RS, o STJ conceituou a discricionariedade administrativa como

[...] um dever posto ao administrador para que, na multiplicidade das situações fáticas, seja encontrada, dentre as diversas soluções possíveis, a que melhor atenda à finalidade legal. (STJ, REsp 879.188-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 02.06.2009).

Proclamou ainda que “[...] o grau de liberdade inicialmente conferido em abstrato pela norma pode afunilar-se diante do caso concreto [...]” (STJ, REsp 879.188-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 02.06.2009), de modo que

[...] o ato administrativo, que inicialmente demandaria um juízo discricionário, pode se reverter em ato cuja atuação cuja atuação do administrador esteja vinculada [...]. (STJ, REsp 879.188-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 02.06.2009).

Dessa forma:

Para se chegar ao mérito do ato administrativo, não basta a análise in abstracto da norma jurídica, é preciso o confronto desta com as situações fáticas para se aferir se a prática do ato enseja dúvida sobre qual a melhor decisão possível. É na dúvida que compete ao administrador, e somente a ele, escolher a melhor forma de agir. (STJ, REsp 879.188-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 02.06.2009).

O entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça segue a tese apresentada pelo administrativista brasileiro Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual:

Com efeito, discricionariedade só existe nas hipóteses em que, perante a situação vertente, seja impossível reconhecer de maneira pacífica e incontrovertível qual a solução idônea para cumprir excelentemente a finalidade legal. Ou seja: naquelas em que mais de uma opinião for razoavelmente admissível sobre a medida apropriada para dar a melhor satisfação ao objetivo da lei. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 954).

Inevitável concluir que não sendo adotada a alternativa que cumpra “excelentemente” o objetivo legal, não sendo dada a “melhor satisfação” ao conteúdo da lei – como prega Bandeira de Mello –, está autorizado o controle judicial do ato administrativo em questão. Explica o autor que a finalidade precípua da lei é o atendimento ao interesse público. Diante de tal assertiva, e sendo a norma uma imposição, nos casos de discricionariedade, o administrador tem o dever jurídico de praticar não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas sim o único e exclusivo ato que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei. (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 33).

Tal assertiva tem fundamento, em primeiro plano, no desrespeito ao princípio da eficiência e, por conseguinte, ao princípio da legalidade em sentido material. Ofender os princípios basilares da administração pública gera como consequência a invalidade do ato administrativo emanado, reclamando dessa forma a reforma desse ato pelo Poder Judiciário.

3 O Princípio da Eficiência na Administração Pública

Existem casos em que o ato administrativo, apesar de estar enquadrado nos limites legais, carece de qualidade. A Administração deixa de adotar uma outra solução, claramente mais proveitosa ao interesse coletivo, dando destinação menos eficiente ao patrimônio público. Tal situação é respaldada pelo Direito, sob fundamento de que ao Judiciário não cabe a apreciação do mérito administrativo, em respeito ao princípio da separação dos poderes. (BRASIL, 1988, art. 2º).

Porém, tal paradigma não merece a proteção do ordenamento jurídico pátrio. Nas últimas décadas, houve o crescimento de um processo transformativo, de abandono ao formalismo e à burocracia, e a criação de uma Administração de resultados, engajada na consecução da justiça social e do bem-estar coletivo. A introdução do **princípio da eficiência** no artigo 37 da Constituição Federal, através da Emenda Constitucional n. 19/98, e igualmente no rol de princípios administrativos elencados no artigo 2º da Lei n. 9.784/99, somente veio a positivar uma antiga exigência constitucional, segundo a qual o Estado “[...] não pode descuidar de agir com eficiência, justificando os recursos que extrai da sociedade com resultados socialmente relevantes.” (MODESTO, 2007, p. 2). Segundo o estudioso baiano, Paulo Modesto:

Exige-se do Estado celeridade e simplicidade, efetividade e eficiência na obtenção de utilidades para o cidadão, na regulação da conduta pública e privada, na vigilância ao abuso de mercado, no manejo dos recursos públicos. Hoje essas são pautas de comportamentos exigíveis do administrador para a validade e legitimidade da ação estatal. São imposições normativas, com caráter principiológico, condensadas sob o rótulo de princípio da eficiência, referido expressamente na cabeça do art. 37 da Constituição da República, com a redação dada pela Emenda Constitucional n. 19, de 1998. (MODESTO, 2007, p. 2).

É o chamado “dever de eficiência”, ou o “dever de boa administração” da doutrina italiana, que “[...] se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

(MEIRELLES, 1991, p. 86). No direito português, encontra-se a figura do “princípio da eficácia”, insculpido no n. 2 do artigo 267º da Constituição da República Portuguesa, determinando que

[...] a lei estabelecerá formas de descentralização e desconcentração administrativas, sem prejuízo da necessária eficácia da ação dos órgãos competentes. (NOBRE JÚNIOR, 2005, p. 214).

Apesar de ser uma já consagrada pretensão constitucional, visto que “[...] a própria redação original da lei fundamental de 1988 contemplava de forma expressa a exigência de eficiência na administração pública em diferentes disposições [...]” (MODESTO, 2007, p. 4), a eficiência administrativa encontra-se suprimida pelo simples cumprimento do dever legal. Em outras palavras, a Administração Pública contenta-se com a consecução da legalidade formal, não demonstrando o anseio da busca pela concretização de atos materialmente relevantes à sociedade.

A Emenda Constitucional n. 19/98 surge, então, como meio de re- vigorar o princípio da eficiência administrativa, com o qual não atentou o administrador público pátrio. A urgência em restaurar a vontade constitucional de uma Administração Pública econômica, eficiente e eficaz é latente, e não deve ser desprezada pelos poderes públicos. Com a renovação do Princípio da Eficiência:

O Direito deixa de ser aquela ciência preocupada apenas com a realização lógica dos seus preceitos; desce do seu pedestal, para aferir se esta realização lógica está sendo apta a realizar os seus desígnios na realidade da vida em sociedade. Uma interpretação/aplicação da lei que não esteja sendo capaz de atingir concreta e materialmente os seus objetivos, não pode ser considerada como a interpretação mais correta. (ARAGÃO, 2006, p. 2).

Convincente é a argumentação do professor Robertônio Santos Pessoa, em uma interessante abordagem histórica em torno do tema. Ele expõe a mudança de paradigma ocorrida na década de 1930, com o exaurimento do Estado liberal e o advento do Estado intervencionista. Com tal transformação, houve significativo crescimento das funções do Estado, o

que exigiu em contrapartida o “[...] reforço dos instrumentos jurídicos de controle da atividade administrativa[...]”, e, conseqüentemente, do Judiciário, “[...] cuja função e atividade passou a ser vista cada vez mais como essencial à democracia e às exigências do Estado de Direito”. (PESSOA, 1999, s/p).

É neste contexto que o Poder Judiciário, juntamente com os Tribunais de Contas, recebe novas atribuições, no intuito de suprir a crescente necessidade de controle externo da Administração. O Poder Judiciário passa a “[...] avaliar não só a legalidade formal dos atos administrativos [...]”, mas também a “[...] adentrar noutros aspectos relevantes, tais como eficiência, economicidade e legitimidade de tais atos”. (PESSOA, 1999, s/p).

Nesta mesma linha evolutiva, conforme já descrito, e em sintonia com as novas exigências, plasmou-se uma nova concepção de legalidade, passando de uma legalidade formal para uma legalidade de caráter material, diminuindo-se o enorme abismo aberto, por certas correntes jurídicas, entre legalidade e legitimidade. É nesta linha evolutiva, nesta aproximação cada vez maior entre legalidade e legitimidade, entre legalidade formal e legalidade material, entre poderes administrativos e satisfação de interesses públicos, que se coloca o princípio da eficiência. (PESSOA, 1999, s/p).

Inegável concluir que o princípio da eficiência integra o enfatua-do princípio da Legalidade. É uma exigência natural e decorrente da lei que o administrador atue com rapidez, transparência, eficiência, dando a melhor destinação possível ao patrimônio público, atendendo assim ao interesse público sempre da melhor forma. A inclusão da eficiência entre os princípios da administração pública apenas explicitou uma já consagrada exigência constitucional – servindo, é claro, para ressaltar a sua importância.

Desse modo, não há que se falar em princípios contraditórios – eficiência e legalidade. Não há eficiência quando desrespeitados os ditames legais; de outro modo, uma decisão não se reveste de legitimidade com o simples cumprimento da lei escrita, de forma ineficiente, alcançando apenas a legalidade formal do ato. Nas palavras de Alexandre Santos Aragão:

O Princípio da Eficiência de forma alguma visa a mitigar ou a ponderar o Princípio da Legalidade, mas sim a embeber a legalidade de uma nova lógica, determinando a insurgência de uma legalidade finalística e material – dos resultados práticos alcançados –, e não mais de uma legalidade meramente formal e abstrata. (ARAGÃO, 2006, p. 4).

Está claro que para alcançar a consecução do princípio da legalidade é necessário o estrito cumprimento da eficiência, em quaisquer ações estatais. Ao Judiciário é legítimo adentrar na análise do ato administrativo emanado pelo poder público, quando carecer de qualidade, e for editado em detrimento de outro ato que atinja de melhor forma o interesse público. Ancora-se na lição de Marcelo Harger, segundo o qual na prática dos atos discricionários, o administrador não deve optar de maneira aleatória entre qualquer das soluções no caso concreto. Não existe margem de escolha quando a situação em análise demonstre uma melhor alternativa, dentre as várias opções possíveis. Não sendo adotada tal solução, a invalidade do ato administrativo seria consequência; desse modo, “[...] a eficiência serve como baliza para a atuação discricionária.” (HARGER, 1999, p. 808).

Ademais, não somente estaria configurada lesão ao novel princípio da eficiência. Haveria igualmente lesão ao direito fundamental para a boa administração pública, sobre a qual discorre com propriedade o professor Juarez Freitas. Cabe, no presente trabalho, uma breve – porém esclarecedora – abordagem sobre os estudos realizados pelo referido autor em torno do tema em análise.

4 Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública

Direito fundamental, na lição do constitucionalista brasileiro, José Afonso da Silva, é “[...] expressão que se refere àquelas prerrogativas e às instituições que o direito positivo concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas.” (SILVA, 2008, p. 178). Trata-se de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se reali-

za, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive. A expressão “direitos fundamentais do homem” não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou à autolimitação dele, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. (SILVA, 2008).

Entre o rol de direitos fundamentais pátrios, encontra-se o Direito Fundamental à Boa Administração Pública, conforme consagrada obra do professor Juarez Freitas, e que muito nos interessa na tese ora apresentada. Nas palavras do autor, o direito fundamental à boa administração é norma implícita de direta e imediata eficácia em nosso sistema constitucional, a impelir o controlador a fazer as vezes de “administrador negativo”, isto é, a terçar armas contra a discricionariedade exercida fora dos limites ou aquém deles. (FREITAS, 2009, p. 9).

Em interessante abordagem histórica, ensina Bruno de Oliveira Lira que a “boa administração” é um direito de origem europeia, sendo posteriormente sufragado como direito fundamental na Carta de Nice. Aduz, ainda, o citado autor que o direito à boa administração foi justificado como uma decorrência do próprio Estado Democrático de Direito; desse modo, todo e qualquer Estado que assuma essa forma, já alberga esse direito, ainda que de forma implícita. (LIRA, 2011).

Freitas discorre sobre a necessidade de motivação dos atos administrativos, sendo dever do Estado Constitucional oferecer legítimas e boas razões de fato e de direito. A vontade do sistema constitucional requer motivação consistente, coerente e proporcional, posto que a discricionariedade conferida é uma competência, mais do que faculdade. Nessa esteira, o autor entende não haver lugar para a “[...] discricionariedade emotiva e desmesurada, nem para a postulação de formalismo axiomatizante.” (FREITAS, 2009, p. 20).

O autor aborda, então, o conceito de direito fundamental à boa administração pública, que pode ser compreendido como “[...] o direito 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”. Ao referido direito fundamental, corresponde

o imprescindível dever de observância, nas relações administrativas, da cogência de todos os princípios constitucionais que a regem. (FREITAS, 2009, p. 22).

Somente pode ser consagrado, no entanto, o direito fundamental à boa administração pública através adoção da “discrecionariade administrativa legítima”, conforme leciona o já citado Freitas:

Em conexão, pode-se conceituar a discrecionariade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração pública. (FREITAS, 2009, p. 24).

Juarez Freitas ainda expõe que o mérito pode não ser diretamente controlável, mas o demérito e a antijuridicidade o serão, inescapavelmente. No seu entendimento,

[...] mais do que nunca, a discrecionariade legítima supõe o aprofundamento da sindicabilidade, voltada à afirmação dos direitos fundamentais, notadamente do direito fundamental à boa administração pública. (FREITAS, 2009, p. 48).

Ainda sobre o aprofundamento da sindicabilidade, dispõe:

Eis que surge contraste interessante: quanto mais se aprofunda a sindicabilidade salutar, mais se desnuda a liberdade do administrador, já que esta passa a ser vista também nos atos vinculados. Dito de outra maneira, o automatismo e a prisão à índole negativa dos direitos cedem passo à liberdade responsável e ao cumprimento dos deveres. A liberdade, negativa ou positivamente considerada, só pode ser aquela que se afina com o sistema constitucional. (FREITAS, 2009, p. 37).

O princípio da separação dos poderes, por sua vez, não se mostra um óbice quanto ao processo do qual se discorre. A evolução da doutrina nos mostra que a teoria de separação dos poderes não é mais um sistema semi-intransponível, e, que agregou novos conceitos juntamente com os demais institutos jurídicos, no sentido de se adequar à realização dos valores constitucionais de mais alto teor.

5 A Nova Teoria da Separação dos Poderes

Houve tempo em que o controle judicial dos atos discricionários era vedado em quaisquer de seus elementos, devendo tal controle restringir-se à análise dos requisitos formais. O Judiciário não poderia invadir tal espaço, porquanto tal avaliação peculiar à função administrativa foi atribuída por lei ao próprio administrador. Enclausurar cada Poder em sua esfera de atuação, gerando a incomunicabilidade entre eles, parece não ser o melhor caminho para alcançar a efetivação dos direitos individuais e coletivos da Carta Magna.

A máxima de que a teoria da separação de poderes se constituía, desde a sua concepção, em um sistema rigidamente fechado, com intransponíveis limites entre as funções dos poderes estatais não é válida. Segundo o ensinamento do doutor Manoel Messias Peixinho,

[...] o princípio de separação dos poderes não foi, histórica e originariamente, um modelo binário a compreender que cada poder tem um escopo teórico fechado, delimitado e incomunicável. (PEIXINHO, 2008, p. 3).

Apesar de bastante limitada, existia certa comunicação entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A evolução do pensamento político, a expansão demográfica e o crescimento da máquina estatal fizeram com que tais funções estivessem cada vez mais próximas. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário passaram a exercer maior número de funções atípicas, além de agregar às suas competências originárias outros atributos. O constitucionalista José Afonso

so da Silva descreve lucidamente o atual patamar da teoria da separação de poderes:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em colaboração de poderes. (SILVA, 2008, p. 109).

As sucessivas revisões dos modelos constitucionais de separação de poderes induziram cada vez mais ao exercício comum entre os modelos das funções legislativa, executiva e judiciária. Percebe-se, pois, a atual incorporação pelo Poder Executivo de funções claramente legislativas, como a sua competência para editar medidas provisórias. Além desse caso, destaca-se o crescimento do exercício da função legislativa por meio de atos normativos infralegais provenientes de autarquias com função regulatória, caso da Agência Nacional de Águas (ANA) e da Agência Nacional de Telecomunicações. (ANATEL).

Nessa mesma linha, o Judiciário também é imbuído com novas funções, passando a exercer atribuições de competência legislativa e administrativa. Tal processo, identificado como judicialização da política, ocorre quando o Estado de Direito “[...] abandona a missão de Estado exclusivamente legislativo, preocupado em garantir a separação formal dos poderes e os direitos liberais clássicos [...]”, tendo agora como meta “[...] considerar a Constituição instrumento efetivo de concretização dos direitos fundamentais”. (PEIXINHO, 2008, p. 5).

Em decorrência da judicialização da política, o papel do juiz no Estado é transformado de forma significativa. Há o abandono do papel passivo, em que o magistrado se limitava a proferir somente a vontade do legislador. Surge a figura de um juiz com maiores poderes, atuando em prol de transformações políticas, sociais e econômicas exigidas pela Constituição. Inexorável protetor das garantias constitucionais, o juiz assume também a função de derradeiro defensor contra as violações atentadas pelo Executivo e Legislativo contra os direitos fundamentais.

O crescimento das atribuições do Judiciário, em face da ineficiência dos demais poderes, foi tema que não fugiu à sensibilidade do estudioso Andréas Krell. O jurista defende a judicialização da política, tendo em vista a clara necessidade social de implementação de políticas públicas eficazes e a consecução de direitos fundamentais. O autor também discorre sobre o princípio da separação de poderes, argumentando ser imprescindível a sua revisão, como exposto a seguir:

Parece-nos cada vez mais necessária à revisão do vetusto dogma da Separação dos poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços sociais básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. (KRELL, 2000, p. 29).

O modelo constitucional, anterior à Segunda Grande Guerra, se mostrou ineficaz e improdutivo, falhando na consecução dos direitos fundamentais. Nesse sentido, surgiram novas teorias constitucionais – em movimento alcunhado, de forma curiosa, como neoconstitucionalismo (BARCELLOS, 2005)³ – propondo significativas mudanças na teoria do Estado e da Constituição. Uma delas é o modelo de judicialização da política, pregando o rompimento com antigos dogmas e paradigmas jurídicos que se atém ao formalismo legislativo, como expõe de forma clara e concisa o professor Peixinho:

De um modo geral, todos aqueles autores que aderem ao neoconstitucionalismo são, também, com algumas discrepâncias, adeptos da judicialização da política. Explico. O neoconstitucionalismo

³ “A expressão ‘neoconstitucionalismo’ tem sido utilizada por parte da doutrina para designar o estado do constitucionalismo contemporâneo. O prefixo neo parece transmitir a idéia de que se está diante de um fenômeno novo, como se o constitucionalismo atual fosse substancialmente diverso daquilo que o antecedeu. De fato, é possível visualizar elementos particulares que justificam a sensação geral compartilhada pela doutrina de que algo diverso se desenvolve diante de nossos olhos e, nesse sentido, não seria incorreto falar de um novo período ou momento no direito constitucional. Nada obstante isso, fenômeno humano e histórico que é, o constitucionalismo contemporâneo está ligado de forma indissociável a sua própria história [...]”. (BARCELLOS, 2005, p. 83-84).

propõe-se a ser uma alternativa metodológica ao juspositivismo, mediante a construção de uma nova teoria constitucional que não se limita ao reconhecimento da organização das competências estatais. Ao contrário, propugna a assunção de uma constituição “invasora” que visa à efetivação dos direitos fundamentais e as garantias inerentes ao estado democrático. (PEIXINHO, 2008, p. 14).

Cabe ainda citar a visão do professor Ingo Wolfgang Sarlet, discorrendo sobre o papel do Estado como um todo – seja por meio do Legislativo, Executivo ou Judiciário – da busca incessante ao cumprimento do objeto-fim da Constituição Federal, qual sejam, os direitos fundamentais:

Assim, como diz Luiz Roberto Barroso, é preciso organizar a resistência, pois há até mesmo quem entenda que é um erro muito mais grave o Juiz obrigar o Estado a uma prestação social na área da saúde, já que isso implica violação do princípio democrático, do que o Estado não fornecer, pois se o Estado (no caso, a administração pública) está violando um direito fundamental, não é com outro erro que o Judiciário deve corrigi-lo. Como Juízes somos também pensadores que acreditam nas possibilidades (ressalvados alguns excessos, que não poderiam afastar a regra) e na própria necessidade de participar ativamente neste processo. Assegurar a dignidade e os direitos fundamentais não é tarefa exclusiva do Judiciário, mas é, sem dúvida, a mais nobre tarefa também do Judiciário, já que todos os órgãos estatais encontram-se vinculados às normas de direitos fundamentais. (SARLET, 2006, s/p).

O dever-poder conferido na discricionariedade é, em inúmeros casos, interpretado por quem o exerce como um poder incondicional. Rita Andréa R. A. Tourinho afirma que “[...] o poder seduz, corrompe e é desprovido de autolimitação [...]”, decorrendo daí as “[...] escabrosas arbitrariedades praticadas por aqueles que se dizem no exercício de competência discricionária.” (TOURINHO, 2004, p. 37). A autora chega à conclusão de que, para se evitar tal deturpação, não se pode mais renunciar a um controle judicial da discricionariedade, sob pena de se conceder carta branca a favor das decisões administrativas (TOURINHO, 2004).

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, tem entendido pela aplicação da teoria da judicialização da política. Em recentes julgados, deparando-se com o confronto entre a preservação do princípio da separação de poderes e a manutenção dos direitos fundamentais – estes, *in casu*, violados por clara negligência administrativa – o colendo Tribunal tem decidido favoravelmente à intervenção judicial. É o que aufero o recente julgado exposto a seguir:

ADMINISTRATIVO – CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS – POSSIBILIDADE EM CASOS EXCEPCIONAIS – DIREITO À SAÚDE – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – MANIFESTA NECESSIDADE – OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – NÃO Oponibilidade DA RESERVA DO POSSÍVEL AO MÍNIMO EXISTENCIAL.

1. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de fundamental importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais.

2. Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.

[...]. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1136549/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 21/06/2010).

Vê-se, desse modo, que o princípio da separação dos poderes não é mais aquela estrutura fechada e rígida de tempos antigos, permitindo a mínima intervenção em competência alheia. A mais recente corrente constitucionalista prega a sua relativização, não devendo a organização das competências estatais consistir em óbice à plena realização dos direi-

tos fundamentais almejados pela constituição. Uma relativização necessária, porém moderada: a separação dos poderes ainda é um instrumento fundamental para evitar o despotismo e as arbitrariedades do Estado.

6 Direito Administrativo e Meio Ambiente: aplicação da Teoria da Discricionariedade Mínima

O Direito Administrativo mantém estreita afinidade com o Direito Ambiental, uma vez que ao cuidar da organização interna dos órgãos da Administração, de seu pessoal, do funcionamento de seus serviços estabelece toda uma estrutura de tutela ambiental. Aliás, basta registrar o conceito clássico de Direito Administrativo como sistema de normas e princípios jurídicos que “[...] regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.” (MEIRELLES, 1991).

A própria estrutura do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) nada mais é do que conjunto de órgãos administrativos e centros de competência, como se observa, do Ministério do Meio Ambiente, do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA, órgão colegiado), do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA, autarquia federal), do Instituto Chico Mendes de Biosiversidade (ICMBio, autarquia federal), do Serviço Florestal Brasileiro (SFB, autarquia federal).

Além disso, institutos e/ou instrumentos tipicamente administrativos são utilizados na proteção do meio ambiente: poder de polícia (polícia administrativa), sanções administrativas, licenciamento, zoneamento e anuência administrativa. Neste sentido, é conhecida no direito ambiental a regra da discricionariedade técnica no caráter decisório. Com efeito, a Teoria da Discricionariedade Mínima que consiste em reduzir a liberdade de escolha do administrador àquelas situações em que não é possível distinguir com clareza uma decisão mais proveitosa, a “melhor solução” eficiente na área ambiental deve ser baseada na fundamentação técnica do laudo biológico, hidrológico, inventário de fauna e de flora, antropológico, plano de manejo.

Assim, quando a Administração decide na gestão ambiental existe limitação da discricionariedade na medida da melhor solução técnica que impõe conformidade com a Teoria da Discricionariedade Mínima. Neste sentido, quando existe manifestação técnica contrária, a Administração deve buscar a “melhor solução” não podendo simplesmente decidir contrariando a base científica indicada sob pena de ampliar o impacto ambiental existente. Claro que existindo situações de incerteza científica deve prevalecer a aplicação do princípio da cautela, da prudência, que resvala na máxima *in dubio pro ambiente* (ROCHA, 2009).

Outra situação jurídica bastante comum diz respeito ao licenciamento ambiental como procedimento administrativo. Quando existe provável impacto ambiental à unidade de conservação, a instituição gestora (ICMbio, órgão estadual ou municipal) e seu conselho gestor, de acordo com a Lei n. 9.985/2000, devem ter posicionamento sobre a atividade potencialmente impactante através de manifestação de caráter decisório denominada de anuência.

A instância licenciadora (Conselhos ambientais, IBAMA, seus congêneres estaduais e municipais), com fundamento na discricionariedade técnica, deve respeitar os contornos e limites indicados na anuência, sob pena de violação do próprio sentido do instrumento administrativo. Com efeito, a Teoria da Discricionariedade Mínima indica referencial teórico de entendimento de limitação da discricionariedade da Administração para que haja proteção do meio ambiente como bem de uso comum, essencial à sadia qualidade de vida, exigência constitucional de observância ao princípio da eficiência e ao direito fundamental à boa administração pública ambiental (art. 225, CF/88).

7 Conclusões

Ante todo o exposto, inevitável é a conclusão de que a discricionariedade administrativa não deve conceder ao gestor público tanta liberdade quanto prega parte da doutrina pátria (DI PIETRO, 2009; CARVALHO FILHO, 2008; GASPARINI, 2008). Encontra-se na Teoria da Discricionariedade Mínima e na exigência constitucional de observância ao prin-

cípio da eficiência e ao direito fundamental à boa administração pública, além da relativização da teoria de separação dos poderes, fundamentos convincentes da urgente necessidade de limitação da discricionariedade administrativa, visto que a existência de discricionariedade somente é passível de reconhecimento na análise de cada caso concreto, inclusive na área ambiental.

É, pois, a própria lei que exige do gestor público a escolha da solução mais eficiente em cada diferente situação. Por meio de uma convincente e rigorosa argumentação, é possível distinguir a melhor decisão no caso concreto, estando a ela vinculado o administrador, para o real atendimento ao interesse público. Encontradas duas ou mais soluções com equivalente grau de eficiência na situação analisada, qualquer uma delas é plenamente válida, sendo esta a verdadeira discricionariedade administrativa, na qual é vedado o controle judicial. Denomina-se a presente concepção como Teoria da Discricionariedade Mínima.

Não sendo escolhida a melhor solução, o ato administrativo viola o princípio da eficiência e o direito fundamental à boa administração pública, ensejando assim sua reforma judicial. A Constituição de 1988 contemplou em vários dos seus dispositivos a exigência constitucional de eficiência administrativa; a inclusão do princípio da eficiência no caput do artigo 37 da Constituição pode ser classificada, desse modo, como uma tentativa de revigorar tal dever administrativo. O princípio da eficiência se caracteriza como corolário do princípio da legalidade em sentido amplo, no intuito de exigir do administrador mais que o simples cumprimento formal da norma: incumbe a ele concretizar a legitimidade e legalidade material contidas nas disposições constitucionais.

Uma solução ineficaz fere igualmente o direito fundamental à boa administração pública. Ainda que esse direito não encontre previsão expressa no texto constitucional, entende a doutrina administrativa, de forma pacífica, que trata-se de exigência implícita em qualquer Estado de Direito. Violar o direito fundamental à boa administração pública é incorrer em uma administração precária e ineficiente. Sem uma gestão eficiente dos recursos públicos, uma grande parte dos direitos fundamentais, especialmente os sociais, está fadada a serem meras “letras mortas”. (LIRA, 2011).

Fundamenta parte da doutrina não ser possível o controle judicial em tal hipótese, por haver violação ao princípio de separação dos poderes. Tal apego obliterado ao cumprimento formal das competências estatais se mostra insensível à carência social de consecução dos direitos fundamentais, exaltados pela Carta Magna. A nova doutrina constitucionalista prefere a adesão de novas teorias, entre elas a de judicialização da política, pregando a legitimidade da intervenção do Judiciário nas competências legislativa e executiva, quando necessária para a defesa de direitos e garantias constitucionais violadas por estes poderes.

Em caráter conclusivo, o presente escrito atesta que o simples cumprimento da norma legal não é suficiente para que ela esteja revestida pelo manto da legitimidade. As decisões administrativas devem ser guardar respeito ao princípio da legalidade e, também, ao princípio da eficiência, sendo este degrau essencial para a consecução daquele. Devem atender, ainda, ao direito fundamental à boa administração pública, exigência implícita da Constituição Federal. A discricionariedade administrativa não é tão ampla como atualmente se entende, estando presente apenas quando o administrador tem a faculdade de escolha entre duas ou mais soluções ótimas. Havendo uma melhor decisão, trata-se de poder vinculado, e não discricionário. Tendo o administrador público optado por solução diferente, o ato editado enseja reforma pelo Poder Judiciário, para a plena satisfação do interesse público no caso concreto.

Por fim, ao indicar a área ambiental como análise da aplicação da Teoria da Discricionariedade Mínima, observa-se que a própria análise científica limita a discricionariedade do administrador, através da discricionariedade técnica. A “melhor solução” eficiente na área ambiental deve ser baseada na fundamentação técnica do laudo biológico, hidrológico, inventário de fauna e de flora, antropológico, plano de manejo. O caso da anuência em licenciamento ambiental é uma constatação de limite, discricionariedade mínima do órgão licenciador ambiental. O direito ambiental constitui campo de aplicação da discricionariedade mínima.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos. O princípio da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, nov./dez. 2005, jan 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/>>. Acesso em: 7 fev. 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 83-103, abr./jun. 2005.

BRASIL. **Constituição federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29 ago. 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 20. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Estado constitucional, neoconstitucionalismo e tributação**: Conferência proferida no XVIII Congresso Brasileiro de Direito Tributário, promovido pelo Instituto Geraldo Ataliba – IDEPE. Disponível em: <www.cleveadvogados.com.br/.../neoconstitucionalismo-jurisdicao-constitucional-tributacao.doc>. Acesso em: 2 abr. 2011.

COSTA, Eliane. Portaria proíbe carros de som em frente à prefeitura de Salvador. **Portal vermelho** – Portal da Associação Vermelho, São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.vermelho.org.br/ba/noticia.php?id_noticia=146359&id_secao=58>. Acesso em: 22 fev. 2011.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 802, 13 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7258>>. Acesso em: 5 fev. 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GALENO, Lívio. Ministro vai rever a portaria que proíbe os gays de doarem sangue. **CidadeVerde.com** – Portal da TV Cidade Verde, Teresina, PI. Disponível em: <<http://www.cidadeverde.com/ministro-vai-rever-a-portaria-que-proibe-os-gays-doarem-sangue-72600>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

HARGER, Marcelo. Reflexões iniciais sobre o princípio da eficiência. **Boletim de Direito Administrativo**. São Paulo, p. 808, dez. 1999.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

KRELL, Andréas. **Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais: a constituição concretizada construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LIRA, Bruno de Oliveira. O direito fundamental à boa administração sob a ótica do Estado. Problemas e desafios. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2.787, 17 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/18515>>. Acesso em: 23 ago. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio constitucional da eficiência. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 10, maio/jun./jul., 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 7 fev. 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, p. 209-240, jul./set. 2005.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. *In: Congresso Nacional do CONPEDI*, XVII, Brasília, 2008. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/07_252.pdf>. Acesso em: 8 fev. 2011.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Discricionariedade e apreciações técnicas da Administração. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 231, p. 217-267, jan./mar. 2003.

PESSOA, Robertônio Santos. Princípio da eficiência e controle dos atos discricionários. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 35, 1 out. 1999. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/342>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

REVOLTA DO BUZU GANHA CADA VEZ MAIS FORÇA. **UJS** – União da Juventude Socialista, São Paulo, SP. Disponível em: <http://www.ujs.org.br/site/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=971:revolta-do-buzu-ganha-cada-vez-mais-forca&catid=68:noticias-geral>. Acesso em: 22 fev. 2011.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. **Direito, democracia e meio ambiente: mediação de interesses pela ação estatal**. Salvador: INGÁ, 2009.

_____. **Direito ambiental do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Palestra “administração pública e os direitos fundamentais”**. Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang sarlet.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TOURINHO, Rita Andréa Rehem Almeida. **Discricionariedade administrativa**: ação de improbidade & controle principiológico. Curitiba: Juruá, 2004.