

## A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

FÁBIO LUIS FRANCO

Mestrando em direito processual civil pelo Centro Universitário de Maringá.  
Professor do curso de Direito da UNIPAR e do curso de especialização em Direito do Centro Universitário de Maringá. Advogado.

ANTONIO DARIENSO MARTINS

Mestrando em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de Maringá.  
Professor do curso de Direito da UNIPAR e do curso de especialização em Direito do Centro Universitário de Maringá. Advogado.

**SUMÁRIO:** 1. Ação civil pública: 1.1 Objeto: 1.1.1 Patrimônio público e social - 2. Política pública: 2.1 Conceito; 2.2 A tripartição do poder: uma nova visão; 2.3 O controle da política pública pela ação civil pública - 3. Ato administrativo: 3.1 Discricionariedade e vinculação do ato administrativo: 3.1.1 Distinção do arbitrio; 3.1.2 Um conceito de discricionariedade administrativa; 3.1.3 Evolução do conceito de discricionariedade administrativa: poder ou dever; 3.1.4 O problema dos conceitos jurídicos indeterminados - 4. A possibilidade do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: 4.1 O acesso à justiça, os direitos metaindividuais e as políticas públicas: inafastabilidade do controle jurisdicional; 4.2 O controle jurisdicional dos atos discricionários e o problema da existência de recursos e previsão argumentária - 5. Espécies de políticas públicas e o controle jurisdicional - 6. Jurisprudência - 7. Conclusão - 8. Bibliografia.

### 1. Ação civil pública

Prevista na Lei 7.347/85, a ação civil pública rege a possibilidade de o Ministério Público e os demais legitimados disjuntivos e concorrentes proporem uma ação de natureza civil face àqueles que causarem danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico, patrimônio público e qualquer outro interesse difuso ou coletivo; e ainda por infração da ordem econômica e da economia popular.

A Constituição Federal - em seu art. 129, III e IX - estabelece ser função do Ministério Público promover o inquérito civil público e ação civil pública para

a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como outras funções que forem conferidas por outros diplomas legais.

A ação civil pública também pode ser proposta por associação que esteja constituída há pelo menos um ano (requisito que em alguns casos poderá ser dispensado) e inclua entre suas finalidades a defesa dos interesses e direitos sociais acima mencionados. Existem outras leis que prevêem ações civis coletivas, como a Lei 7.853/89, que estabelece a Política Nacional das Pessoas Portadoras de Deficiências e o Código do Consumidor - Lei 8.078/90.

Já o inquérito civil público, que pode ou não anteceder a ação civil pública, só pode ser instaurado pelo Ministério Público como instrumento de investigação para se verificar se determinado direito coletivo foi violado ou não.

#### 1.1 Objeto

Segundo Paulo Salvador Frontini,<sup>1</sup> cumpre não perder de vista que a ação civil pública pode ter por objeto, além da condenação em dinheiro, também o cumprimento de obrigação de fazer ou de não fazer, nos termos do art. 11<sup>2</sup> da Lei 7.347/85.

Fazer ou deixar de fazer o quê?

A resposta é óbvia: cumprir a prestação de fazer ou a prestação de não fazer a que o devedor dessa obrigação está juridicamente vinculado.

E, novamente, desponha o relevo que, no tema, tem o pressuposto da existência de uma lei regendo a hipótese. Assim, embora com frequência a obrigação, como vínculo jurídico entre partes, tendo por objeto uma prestação de caráter econômico, tenha por fonte um contrato, ou mesmo um ato unilateral de vontade (p. ex. promessa de recompensa ou obrigação cartular constante de título de dívida pública), deve necessariamente existir uma lei que tenha autorizado a formação do vínculo obrigacional.

O tema é recorrente na atualidade.

De fato, especialmente nos Municípios de menor densidade populacional, lideranças locais, entendendo que o Poder Executivo deveria adotar certa providência, formulam representação ao Ministério Público, para que o órgão, tendo

(1) FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública e separação dos poderes do estado*. MILARÉ, Edis. *Ação civil pública* - Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 695.

(2) Lei 7.347/85: "Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor".

em vista o interesse público, venha a ajuizar ação civil pública com pedido de obrigação de fazer, invocando inclusive a tutela específica do art. 461<sup>3</sup> do CPC.

E continua Salvador Frontini, lembrando que o art. 11 previu a possibilidade de o provimento judicial, pleiteado por ação civil pública, ser destinado ao cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer; Quer dizer, a ação civil pública já surgiu com a possibilidade de ter por objeto o cumprimento de prestação de atividade devida ou a cessação de atividade nociva, tudo sob pena de tutela específica ou cominação de multa diária.

### 1.1.1 Patrimônio público e social

A partir do advento da atual Constituição, ocorreu a inovação do tema. Primeiramente a ação civil pública foi elevada em sede constitucional, ao lado do Inquérito Civil.

Segundo, foi ampliado o leque dos interesses difusos passíveis de tutela por meio desse tipo de ação.

Desta forma, ao cuidar das atribuições do Ministério Público, previu entre suas funções institucionais a de "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos", como literalmente se lê no art. 129, III, CF/88.

Como ressalta Paulo Salvador Frontini:<sup>4</sup>

<sup>3</sup> "Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1.º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2.º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287)

§ 3.º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4.º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5.º Para a efetivação da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras, impedimento de atividade nociva, além da requisição de força policial." (Redação dada ao artigo pela Lei 8.952, de 13.12.1994)

<sup>4</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Ob. cit. p. 672.

"(...) a inovação consistiu na ampliação da cláusula pertinente ao objeto da ação civil pública, de modo a abranger o patrimônio público e social bem como outros interesses difusos e coletivos.

O preceito constitucional em apreço, quanto à sua natureza, merece análise detida, por força de sua peculiaridade.

Consagra uma norma constitucional de eficácia plena, auto-aplicável por si só, no que respeita à legitimidade *ad causam* conferida ao Ministério Público.

Mas consagra também uma norma constitucional de eficácia contida, no que tange ao objeto da ação civil pública, relativamente ao patrimônio público e social e a outros interesses difusos e coletivos, mencionados no texto. E mais adiante acentua que: "(...) As reflexões sobre essa problemática, desenvolvidas nas linhas que se seguem, trazem a convicção de que, pela amplitude e fluidez dessa terminologia ("patrimônio público", "patrimônio social", "outros interesses difusos e coletivos") carece ela de complementação por legislação subsequente.

Ou seja, patrimônio público, patrimônio social e outros interesses difusos e coletivos, para poderem ser objeto de ação civil pública, dependem de norma outra, que complemente a eficácia contida do comando instituído no dispositivo constitucional ora referenciado".

Afirmado em sua obra que aprender, para fins de ação civil pública, o que vem a ser patrimônio público e social, é indagação que causa certa perplexidade, Paulo Salvador Frontini,<sup>5</sup> assevera o autor que a própria Constituição oferece subsídios, tanto no art. 129, III, como também nos arts. 5.º, LXXIII e 23, I, CF/88, entretanto, afirma que falta a especificação do conteúdo dessa locução, ou seja, o texto constitucional não diz o que vem a ser patrimônio público e social, resultando por isso em uma norma de eficácia contida.

Tal posição adotada por Salvador Frontini, no artigo de sua autoria, ao nosso ver tende a ser contraditória, pois ao tempo em que trata tais normas como de eficácia contida, indica em seu trabalho os elementos identificadores existentes no texto Constitucional, possibilitando a identificação do que seja patrimônio público e patrimônio social, senão vejamos:

Afirma ele haver referência a patrimônio nacional no art. 219 e em outras passagens do texto constitucional, refere-se ao patrimônio artístico, cultural, histórico, paisagístico e turístico, em seguida, questionando, para fins de aplicação do art. 129, III, da CF/88,<sup>6</sup> a interpretação da cláusula patrimônio público.

Ao tratar do Patrimônio Público e Patrimônio Social, assim discursa o mesmo autor:

<sup>5</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Ob. cit. p. 673-4.

<sup>6</sup> "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;"

"(...) A primeira idéia que surge é no sentido de que a expressão patrimônio público, explicitada no preceito constitucional em foco, não tem dimensão apenas de patrimônio enquanto complexo de bens economicamente quantificáveis.

Assim, o texto constitucional como é próprio das Constituições, teria em mente uma amplitude sócio-política do termo, af fixando a dimensão do que é patrimônio público. Mas esse raciocínio não pode prevalecer. É que, no mesmo dispositivo (art. 129, III, CF/88), há menção ao patrimônio social. Aqui, sem dúvida, estão englobados os bens culturais, históricos, artísticos, paisagísticos, arqueológicos, turísticos etc., que, sem necessidade de maiores indagações formam o patrimônio social. As referências constitucionais, já citadas (arts. 24, VII, e 216), a que se acresce o art. 5.º, LXXIII, reforçam esse entendimento.

Afastam-se, assim, da abrangência da noção de patrimônio público os bens - desprovidos de valor econômico - que compõem o acervo material e imaterial, corpóreo e incorpóreo da nação brasileira, eis que estes integram seu patrimônio social. Do contrário, faltaria conteúdo ao patrimônio social invocado no art. 129, III, de nossa Lei Maior.<sup>7</sup>

Como se viu, bem delineado e estampado no texto constitucional o que vem a ser patrimônio social e patrimônio público, resultando inderpender de qualquer regulamentação, podendo ser objeto da ação civil pública, pois plenamente identificável. Nesse âmbito também se enquadram as políticas públicas.

## 2. Política pública

### 2.1 Conceito

O conceito de política, no sentido de programa de ação, nos moldes que coloca Fábio Konder Comparato,<sup>8</sup> só fez parte de cogitações da teoria jurídica recentemente.

Conforme cita o renomado doutrinador, um dos raros autores contemporâneos a procurar uma elaboração técnica deste conceito foi Ronald Dworkin. Para este, a política (*policy*), contraposta à noção de princípio, designa "aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil."

A política, assim, visa definir ou estabelecer uma meta ou finalidade coletiva, ao passo que nos princípios, as argumentações jurídicas tenderiam a estabelecer um direito individual.

<sup>7</sup> FRONTINI, Paulo Salvador. Ob. cit. p. 674.

<sup>8</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. RT 737/17.

Vale sublinhar, ainda segundo o estudo do citado doutrinador, que política não se trata de uma norma ou ato. É um programa de ação, que, na verdade, engloba tais componentes (norma e ato). Ela é uma atividade, ou seja, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado. Assim, a política é unificada por sua finalidade, embora compreendendo um conjunto de normas e atos. Mister trazer à colação, a desvinculação vista por Fábio Konder Comparato:<sup>9</sup>

"De onde se segue que o juízo de validade de uma política - seja ela empresarial ou governamental - não se confunde nunca com o juízo de validade das normas e dos atos que a compõem. Uma lei, editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que esta última seja. Inversamente, determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do estado, sem que nenhum dos atos administrativos, ou nenhuma das normas que a regem, sejam, em si mesmos, inconstitucionais.

As Constituições de moderno Estado Dirigente impõem, todas, certos objetivos ao corpo político como um todo - órgãos estatais e sociedade civil."

Estes citados objetivos, na Constituição Federal de 1988, por exemplo, vem indicados no art. 3.º,<sup>10</sup> que orienta todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Assim como estes, outros objetivos de políticas públicas são tratadas constitucionalmente: pleno emprego (CF/88, art. 170); política nacional da educação (CF/88, art. 214); finalidade própria da assistência social (CF/88, art. 203); saúde (CF/88, art. 196); família, adolescentes, criança e idoso (CF/88, art. 226 e ss.) etc.

Estes objetivos são juridicamente vinculantes para todos os órgãos do Estado, assim como para todos aqueles detentores do poder econômico fora do Estado.

O que se denota, na verdade, é a transferência de todo o poder, que era exercido pela lei em si mesmo, ou seja, oriundo do Poder Legislativo, para onde, no Estado Moderno, a expressão da soberania popular está justamente nos quadros da efetivação destas políticas governamentais.

Assim, esta nova tendência gera um reflexo imediato: como deve ser a visão com relação a tripartição dos "poderes" estatais.

<sup>9</sup> Ob. cit. p. 18.

<sup>10</sup> CF/88, "Art. 3.º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."

## 2.2 A tripartição do poder: uma nova visão

A discussão acerca da viabilidade do controle jurisdicional das políticas públicas traz à tona a questão prejudicial locante à independência dos poderes, princípio que chega a figurar entre as cláusulas pétreas da Constituição Federal (CF/88, art. 2.º, c/c o art. 60, § 4.º, III).<sup>11</sup>

A visão mais conservadora e literal enxerga os três poderes como autônomos, independentes e totalmente estanques.

O sempre lembrado Prof. Rodolfo de Camargo Mancuso, sobre a tripartição dos poderes acentua que:

"Essa concepção do Judiciário e dos demais poderes como compartimentos estanques entre si, em contemplação à sempre afirmada separação entre todos eles, viria a projetar reflexos em certa vertente jurisprudencial, formada sob a tónica da inviabilidade do reexame judicial do mérito dos atos administrativos, inclusive com o descarte de certas controvérsias envolvendo o Estado e os seus agentes, de que à exemplo a Súmula 339 do STF: 'Não cabe ao Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores sob fundamento de isonomia'".<sup>12</sup>

Diante disso, adverte o autor que:

"Possivelmente por conta de uma aceção exacerbada ou um tanto radical da tripartição entre os Poderes, ou ainda por influência de certas contingências políticas em épocas de exceção, grassou por certo tempo em nosso país uma tendência (hoje um tanto esmaecida) à aproximação entre as políticas públicas e os atos puramente políticos, de governo, ou, enfim, os ditos atos de gestão, por aí se pavimentando o caminho para o argumento de que certas condutas dos governantes se revelam infensas e refratárias ao contraste jurisdicional. Sintomático, neste sentido, o art. 68 da Carta de 1934: 'É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas'. (...) art. 94 da CF de 1937; arts. 173 da CF de 1967 e 181 da EC 1/69 - estes dois últimos neste teor: 'Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de março de 1964 (...)'.<sup>13</sup>

Destaque-se, num primeiro momento, que o Poder Estatal não é tripartido, e sim uno. A tripartição só pode ser vista em relação à função de cada ente e assim mesmo, é de se admitir uma interferência relativa.

Veja-se, por exemplo, outras percucientes ponderações despendidas por Rodolfo de Camargo Mancuso, assinalando essa interpretação:

"No modelo jurídico-político brasileiro isso é bem evidente, bastando considerar que o Legislativo (...) julga o presidente, o vice-presidente da República e os ministros do STF nos crimes de responsabilidade (CF/88, art. 52, I e II); que o Judiciário (...) administra, quando promove a organização de seus serviços (CF/88, art. 96 e incisos e art. 125); que o Executivo (...) legisla, quando edita medidas provisórias (CF/88, art. 59, V, e art. 62). Essa evidente interação e complementaridade entre as funções e atividades do Estado contemporâneo mostra a sem-razão do argumento que (ainda) pretende erigir a clássica separação dos poderes em obstáculo à ampla cognição, pelo Judiciário, dos questionamentos sobre as políticas públicas".<sup>14</sup>

O próprio Cândido Rangel Dinamarco, sustenta que:

"Não é lícito invocar regras abstratas e ortodoxas sobre a separação de Poderes, nem pensar na subsistência radical daquilo que no passado sugerira Montesquieu, para com desprezar a realidade presente e com isso renunciar a soluções práticas de utilidade geral".<sup>15</sup>

E arremata Rodolfo Mancuso, apontando:

"(...) por conta dessa evolução, a própria terminologia da atribuições do Estado foi sendo alterada, vindo a expressão Poderes gradativamente substituída por Atividades ou Funções, como sugerido por Karl Loewenstein, que para tal reclassifica os fins do Estado contemporâneo, visualizando três *policies* (políticas): *policy determination*, *policy execution* e *policy control*, nomenclatura de per si indicativa de que a lei passa a ser tomada no sentido de programa ou meta governamental, ao passo que os Poderes do Estado passam a ser vistos como atividades de (i) declaração ou normação, (ii) execução ou gerenciamento e (iii) revisão ou controle".<sup>16</sup>

José Afonso da Silva, define, com inequívoco bom senso, ponderando o que seja harmonia entre os Poderes:

"(...) cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e

(11) CF/88, arts. 2.º e 60, § 4.º, III: "Art. 2.º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário." "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4.º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: III - a separação dos Poderes;"

(12) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. cit. p. 737.

(13) Ob. cit. p. 737.

(14) MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. MILARÉ. Edis. *Ação civil pública* - Lei 7.347/1985 - 15 anos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 731.

(15) DINAMARCO, Cândido Rangel. Súmulas vinculantes. São Paulo: *Revista Forense*, 1999, vol. 347, jul-set. p. 61.

(16) Ob. cit. p. 734.

indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados".<sup>17</sup>

Essa real harmonia leva o Judiciário, quando provocado, a ser o responsável pela identificação do interesse público, não podendo se furtar a fazê-lo. Discorrendo sobre o tema, o insigne Mauro Cappelletti, após acentuar a possibilidade de o Judiciário atuar para coibir incorreções praticadas pelos membros dos outros poderes, afirma a relevância da atuação desse Poder para colaborar com a identificação do interesse público e garantia de que esse seja realmente alcançado.<sup>18</sup>

### 2.3 O controle da política pública pela ação civil pública

A política pública, como um conjunto de normas e atos administrativos, é passível de controle jurisdicional através da ação civil pública, numa forma de efetivação da inafastabilidade do controle jurisdicional por ameaça ou violação a direito, seja individual ou metaindividual, propiciando o alcance da finalidade precípua da administração pública e o acesso a ordem jurídica justa e efetiva.

Acentua Rodolfo de Camargo Mancuso que:

"(...) no plano das políticas públicas, onde e quando a Constituição Federal estabelece um fazer, ou uma abstenção, automaticamente fica assegurada a possibilidade de cobrança dessas condutas comissivas ou omissivas, em face da autoridade e/ou órgão competente, como, por exemplo, se dá em caso de descumprimento das normas tuteladoras do meio ambiente, onde o infrator se sujeita 'às sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados' (art. 225, § 3.º); ou na política de atendimento aos precatórios judiciais, onde o descumprimento das normas de regência fundamenta o 'sequestro da quantia necessária à satisfação do débito' (CF/88, § 2.º, do art. 100), a par de eventual intervenção no ente público falto (CF/88, art. 35, I)."

É mais adiante, ressalva que: "Desse modo, o campo do judicialmente insindiciável se nos afigura muito restrito, embora reconheça Celso Antônio Bandeira de Mello que não se pode negar a existência de uma área incognoscível, por ele identificada quando ocorra não apenas 'uma impossibilidade concreta de o interessado provar que o ato deixou de realizar o que cabia, mas uma impossibilidade lógica (limite à inteligência humana) de saber-se qual a providência cabível que satisfaz, complementar, *in casu*, a finalidade da lei. É, repita-se, nesta esfera que o agente administrativo exercia verdadeiramente a discricão: a área em que destrufa de liberdade insindiciável, por haver sido titulado pela

regra de direito para proceder, com seu juízo exclusivo, ao reconhecimento concreto da medida ajustada ao interesse público e por isso coincidente com o almejado pela lei. Assim, se a providência tomada se encontra na intimidade desse campo, se não o desborda, o ato não pode ser censurado. Se o fez, entretanto, cabe fulminá-lo".<sup>19</sup>

Na respeitável opinião de João Batista de Almeida,<sup>20</sup> apontando os argumentos ponderáveis adotados pelas posições antes citadas, não vê ele razões para "não prestigiar a tese que admite o uso da ação civil pública quando o pedido é a implementação de políticas públicas, pois, do contrário, o administrador ficaria totalmente livre para descumprir normas constitucionais e dispositivos legais, inclusive orçamentários, sem poder ser compelido na via judicial ao respectivo cumprimento".

Lembrando o autor que:

"Nesse caso poderiam ser enquadrados, por exemplo, o fornecimento de ensino fundamental obrigatório, o transporte escolar, a aplicação do mínimo de 25% das receitas de impostos municipais em educação. A não-implantação de políticas públicas nas áreas mencionadas implica descumprimento de normas cogentes da Constituição Federal (art. 208, §§ 1.º, 2.º e 3.º), que pode ser reparado por via da ação referida.

O mesmo seja dito em relação à saúde (CF/88, art. 196 *et seq.*, à cultura (CF/88, art. 215 *et seq.*) e à família, à criança, ao adolescente e ao idoso (CF/88, art. 227 *et seq.*)".

Desta forma, assinala o renomado autor que é imprescindível considerar-se que, se a política pública, por definição, em princípio busca alcançar um fim consonante com o interesse público, nem por isso, todavia, esses dois termos se pressupõem necessariamente: quando o constituinte estabelece que constitui objetivo fundamental 'erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais', o móvel, por certo, é a consecução de um objetivo de justiça social; todavia, daí não se segue, por exemplo, que o programa governamental voltado a implementar a função social da propriedade rural (CF/88, art. 186) e a política agrícola (CF/88, art. 187) vá efetivamente ao encontro daquele desiderato, de modo a fixar o homem no campo, assim aliviando a superdensidade populacional nos centros urbanos.<sup>21</sup>

Concluindo, observa João Batista de Almeida:

"Não há, portanto, fundamento técnico-jurídico ou argumentação logicamente sustentável que dê respaldo a uma pretensa assimilação entre políticas públi-

<sup>(17)</sup> SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 97.

<sup>(18)</sup> CAPPELLETTI, MAURO. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993. p. 100.

<sup>(19)</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. cit. p. 726.

<sup>(20)</sup> ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 72-3.

<sup>(21)</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. cit. p. 728.

cas e os atos exclusivamente políticos ou puramente discricionários. De resto, estas duas categorias, malgrado toda a celeuma doutrinária que (ainda) possuem suscitar, talvez no limite hoje estejam reduzidas a um falso problema: é que, bem vistas as coisas, ressalvados os casos extremos (v.g., falsa motivação, desvio de finalidade), no mais, de ordinário, se um ato é realmente só político (v.g., adesão a tratado de cooperação internacional) ou se a conduta é realmente só discricionária (v.g., incentivo governamental para fomento de certo setor da economia), dificilmente se apresentará um histórico de lesão temida ou sofrida, capaz de configurar o interesse de agir (necessidade + utilidade do recurso ao Judiciário).<sup>22</sup>

Merece destaque o alerta do sempre lembrado José dos Santos Carvalho Filho, para o fato de que a ação civil pública não é instrumento idóneo para criação de normas de direito material, cabendo ao autor pedir providências concretas à luz do direito material que previamente já ampara os interesses difusos e coletivos, objeto do pleito.<sup>23</sup>

### 3. Ato administrativo

Nas políticas públicas fala-se em normas e atos administrativos que as compõem. Mas o que é ato administrativo?

No entendimento de José CreteLLa Júnior,<sup>24</sup> ato administrativo é "a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa".

O autor retro citado, ao conceituar ato administrativo, partiu da definição legal de ato jurídico,<sup>25</sup> considerando os mesmos elementos deste, ou seja, manifestação de vontade, licitude e produção de efeitos imediatos, acrescentando o agente e a matéria administrativa.

Ao analisar tal conceito, evidencia-se que ficam excluídos da noção de ato administrativo os atos normativos do Poder Executivo, pois não produzem efeitos imediatos, além daqueles que não dependem de manifestação volitiva, como, por exemplo, os que encaram opinião, juízo ou conhecimento.

<sup>(22)</sup> Ob. cit. p. 728.

<sup>(23)</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública*: comentários por artigo. Lei 7.347, de 24.07.1985, 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, p. 71-2.

<sup>(24)</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 193. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ob. cit. p. 726.

<sup>(25)</sup> CC/1916, "Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico".

Na concepção de Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>26</sup> o ato administrativo é "a declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional".

O referido autor não se vale da idéia de voluntariedade e intervenção humana, como já se pôde observar em seu entendimento sobre ato jurídico, na sua conceitualização de ato administrativo. Contudo, no que tange à abrangência dos atos normativos, observa-se que os mesmos são admitidos como atos administrativos, visto que o autor não se refere à concreitude e à produção de efeitos imediatos como essenciais na caracterização da espécie.

Considerando as posições supramencionadas verifica-se um impasse no sentido de se aceitar ou não o ato normativo emanado do Poder Executivo como ato administrativo.

Considere-se a filiação, porém, quanto a esse aspecto, ao critério objetivo formal, quando este conclui que o ato normativo, sobretudo o Regulamento, não é um ato legislativo, tampouco administrativo, pois tipifica condutas de forma geral e abstrata, não presumindo, pois, os efeitos imediatos característicos do ato administrativo, o que possibilitaria o controle jurisdicional também imediato.

Há outra controvérsia, também retirada da doutrina, que se refere à idéia de voluntariedade como inerente aos atos administrativos. Parece mais coerente o pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, de modo a considerar como ato administrativo as declarações de juízo, de conhecimento, de opinião e de vontade, o que não é aceito pelo jurista José CreteLLa Júnior.

Feitas tais considerações, acredita-se ser o ato administrativo a manifestação do Estado (voluntária ou involuntária), ou de quem lhe faça as vezes (quando o ato for praticado pelos outros poderes ou pela administração indireta e concessionárias de serviço público), que produz efeitos concretos e imediatos (não considerando os atos normativos do Poder Executivo, especialmente o Regulamento), no ato de alcançar a finalidade da lei, que será coincidente com a finalidade pública própria do regime jurídico específico do direito público e inteiramente sujeita ao controle jurisdicional, o que poderá ser efetivado no exato momento de exteriorização do ato viciado.

#### 3.1 Discricionariedade e vinculação do ato administrativo

"A vinculação ou atuação vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir

<sup>(26)</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 215.

diante de um caso concreto",<sup>27</sup> ao passo que "discricionários são os atos praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve".<sup>28</sup>

Os atos vinculados são estritamente regrados em todos os seus elementos, enquanto os discricionários podem ofertar certa dose de liberdade ao agente público, especialmente no que toca à conveniência e oportunidade, elementos do chamado mérito administrativo.

A discricionariedade como poder da Administração deve ser exercida com osseos determinados limites, não se constituindo em opção arbitrária para o gestor público, razão porque, desde há muito, doutrina e jurisprudência repetem que os atos de tal jaez são vinculados em vários de seus aspectos, tais como a competência, forma e fim.

"Em sendo assim, torna-se visível a evolução dinâmica do Direito, contemplando a discricionariedade na sua devida posição, não como *potestas* impenetrável do titular do poder, mas como dever jurídico orientado pela legalidade e princípios basilares que direcionam toda a atividade administrativa no rumo das exigências éticas dos administrados, traduzidas em obrigações de moralidade, racionalidade, justiça e plena adequação da conduta pública ao bem comum."<sup>29</sup>

Portanto, parece que não se pode tapar, sob uma restrição intransponível, o poder jurisdicional, sobre o juízo da administração quando não se reconhece os valores da vida capitulados na lei da ação civil pública e na Magna Carta.

"É de nossa organização política a posição superposta do Judiciário em face de outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei."<sup>30</sup>

### 3.1.1 *Distinção do arbítrio*

O ato administrativo discricionário distingue-se do arbítrio, vez que, este implica numa atuação administrativa extrapolando os limites da lei, sendo, portanto, ilegal. Agride, ainda, os próprios princípios traçados para a Administração Pública.

Aquele, como já foi dito, é a certa liberdade — que na verdade, passa-se como um dever vinculado à observância do objetivo traçado pela lei daquela política pública —, que a própria lei confere ao administrador para praticar atos, mas sem pre nos limites que ela traça. Portanto, o ato discricionário corretamente praticado, cinge-se também ao respeito da lei e dos princípios da administração pública.

<sup>(27)</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 79 ss.

<sup>(28)</sup> Idem, *ibidem*. p. 79 ss.

<sup>(29)</sup> ACKEL FILHO, Diomar. *Discricionariedade administrativa e ação civil pública*. RT 657-55.

<sup>(30)</sup> RJJTSP 114/40.

blica. Neste caso, se desrespeitados tais limites e princípios, o ato administrativo passa de discricionário para arbítrio.

Com muita felicidade e precisão, bem discerniu o arbítrio da discricção, o Prof. Hely Lopes Meirelles, assim se posicionando:

"Já temos acentuado, e insistimos mais uma vez, que o ato discricionário não se confunde com o ato arbítrio. Discricção e arbítrio são conceitos inteiramente diversos. Discricção é liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, quando permitido pelo direito, é legal, é válido; ato arbítrio é, sempre e sempre, ilegítimo e inválido".<sup>31</sup>

### 3.1.2 *Um conceito de discricionariedade administrativa*

Através de uma ótica funcional da Administração, pode-se definir a discricionariedade administrativa como sendo o dever de o Administrador Público, ante o grau de imprecisão existente na norma, seja essa imprecisão derivada de conceitos axiológicos ou multissignificativos, optar pela solução, razoável, proporcional e dentro dos limites da norma, que mais se compatibilize com o interesse público, ou seja, com a eficiente realização do objetivo colimado, tudo ditado pela Constituição Federal, pelas normas de inferior hierarquia e pelos valores dominantes ao tempo da consecução do ato.

Despretensiosamente, o conceito busca realçar a idéia de um "dever" discricionário,

Compromete-se com a necessidade de o Administrador estar sempre vinculado à legalidade, enquanto conceito amplo, hoje integrado também por outras fontes de Direito distintas da lei *stricto sensu*.

Ressalte-se, ainda, a inescindível sobrevalência do interesse público sobre todas as condutas administrativas.

### 3.1.3 *Evolução do conceito de discricionariedade administrativa: poder ou dever*

A idéia de um poder discricionário do qual são dotados os administradores da coisa pública nasce concomitantemente com a do Estado de Direito.

A Revolução Francesa de 1789, ao soterrar a monarquia, fez eclodir profundas mudanças em nível de infra e super-estrutura, numa linguagem marxista.

Na ordem jurídica, as alterações foram notórias, marcando a passagem do Estado de Polícia ou Absolutista — "*L'Etat C'est moi*" — para o Estado de Direito.

<sup>(31)</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 151.

A concepção de Estado de Direito, gestada no início do Século XVIII e influenciada, decisivamente, por nomes como os de Rousseau e de Montesquieu, tem como aspecto nuclear a submissão do Executivo à lei. A legalidade cede ao arbítrio que imperava na estrutura monarca-depótica rompida pela burguesia emergente.

Para Jean Jacques Rousseau, o Estado é resultado de um acordo de vontades, de um contrato social, concluindo que apenas o Estado é fonte de Direito, sendo tal a legítima expressão da "*volonté générale*". Acreditava ele que a justificação do poder residiria na vontade direta dos vários indivíduos que compõem o todo social.<sup>33</sup>

O pensamento de Montesquieu, o qual deixou sua confortável posição na magistratura francesa para refletir sobre a acelerada evolução política de seu tempo, vem resumido em sua principal obra *O Espírito das Leis*, na qual expressa, com a ironia que lhe é peculiar:

"A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, pois é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar; e vai até onde encontra limites. Quem diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder".<sup>34</sup>

É na França que o Direito Administrativo ganha foros de disciplina, inclusive em nível acadêmico, país pioneiro na formulação de seus princípios basilares, dentre eles o do chamado "poder discricionário".

Com efeito, costuma-se dizer que a "Certidão de Nascimento" do Direito Administrativo está materializada numa lei francesa de 1800, conhecida por "Lei de 28 do pluvioso ano VII" (calendário da Revolução Francesa).

Sem embargo da pertinência desse marco, de inegável valia do ponto de vista da organização histórica dos acontecimentos, é mister salientar que a função Administrativa sempre existiu, desde a Antiguidade, sem solução de continuidade, ao contrário das demais funções do Estado (Legislativa e Judiciante), que sofreram algumas interrupções, principalmente em períodos de arbítrio e de hipertrofia do Executivo.

(33) NOTA: "Nesse sentido positiva o jurista português Afonso Rodrigues Queiró, citado por Celso Antônio Bandeira de Mello. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 11, quando afirma: "Aguilo que o Estado de Direito é, forçosamente é Montesquieu e Rousseau, talvez mais Rousseau que Montesquieu" (*Reflexões sobre a teoria do desvio de poder*, Coimbra: Coimbra Editora, 1940, p. 8).

(34) ROSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*, tradução espanhola, Barcelona: Maucel, 1993.

(35) MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 163.

A escola de administrativistas franceses, que construiu o arcabouço doutrinário e principiológico sobre o qual nós, hoje, ainda, comodamente, trabalhamos<sup>35</sup> estruturou o conceito de discricionariedade administrativa em torno da idéia de PODER, collocando-a como atributo imprescindível ao seu exercício.

Nesse sentido, vale traduzir trecho da obra de Maurice Hauriou, vazado nos seguintes termos:

"A administração não é animada, naquilo que ela faz, por uma vontade interior, mas sim, por vontade executiva livre submetida à lei como um poder exterior. Segue-se que, de um lado, nas matérias de sua competência, enquanto seu poder não está ligado por disposições legais, ele é inteiramente autônomo e, por outro lado, nas matérias em que seu poder parece ligado pela lei, ele se conforma sempre a uma certa escolha de meios que lhe permite de se conformar voluntariamente à lei.

Esta facultade de se conformar voluntariamente à lei é tanto mais reservada à administração das leis quanto ela goza constitucionalmente de uma certa liberdade na escolha dos momentos e das circunstâncias em que assegura esta aplicação.

Conforme este ponto de vista, convém mostrar novamente que o poder discricionário da administração consiste na facultade de apreciar a "oportunidade" que pode ter de tomar ou não tomar uma decisão executória, ou de não tomá-la imediatamente, mesmo que seja prescrita pela lei".<sup>36</sup>

Do escrito por Hauriou, no início do século, emerge a tônica da discricionariedade, segundo sua ótica: poder do administrador que, nas matérias de sua competência, não delimitadas pela lei, estaria livre para agir de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

Fiorini critica essa visão inicial do problema, por acabar deixando ao arbítrio do administrador (o que não se coaduna com o Estado de Direito) a forma de atuação quando a lei seja omissa quanto a ela.

São dele as seguintes palavras:

"Para a velha tese da legalidade, donde o poder administrador devia executar a lei, resultava difícil justificar a existência da denominada discricionariedade da administração pública. Esta se apresentava como um poder que tinha a administração quando a lei não havia disposto como devia atuar ante certas circunstâncias. Este reconhecimento da existência da discricionariedade administrativa era a falência do caráter absoluto da legalidade, que sustentava o dogma de que a administração só executava a lei. A falência se salvava distinguindo-se

(36) NOTA: Encabeçada por Maurice Hauriou; Francis-Paul Benoit; Laferrière e Barthélémy, dentre outros.

(37) HAURIUO, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. Paris: Librairie de la Bibliothèque de la Sorbonne, 1938, p. 229.



a discricionariedade como um poder dentro da administração, criador de normas particulares, que não tinham a consistência jurídica das que executava a administração".<sup>37</sup>

O mestre português André Gonçalves Pereira, após vaticinar contra aqueles que vêem no poder discricionário uma resultante da falta de disciplina legal, faz questão de distingui-lo do poder arbitrário, *in verbis*:

"O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de dada matéria, mas sim de uma forma possível de sua regulamentação: através de um poder, ou seja do estabelecimento por lei de uma competência, cuja suscetibilidade de produzir efeitos jurídicos compreende a de dar validade a uma decisão, a uma escolha, que decorre da vontade psicológica do agente.

Discricionariedade e vinculação são assim formas diversas de regulamentação por lei de certa matéria; mas quando a lei não contemple determinada situação de vida, e não o integre pelo menos genericamente na sua previsão, nenhum poder tem em relação a ela o agente, — e sustentar o contrário seria pôr em dúvida o valor do princípio da legalidade".<sup>38</sup>

Michel Stassinopoulos, citado pelo legendário Themistocles Brandão Cavalcanti,<sup>39</sup> fez um apanhado das teorias acerca da natureza do ato discricionário que, no início do nosso século, encontravam guarida doutrinária. Dentre elas, destaca-se a encampada pelo próprio Stassinopoulos, segundo a qual a discricionariedade coincide com a determinação ou a capacidade de determinação do sentido de uma noção deixada imprecisa pela lei, havendo nisso a possibilidade de escolher entre as diversas soluções, a melhor, ou a que for julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interesse público.

Essa noção, a nosso ver superada pela melhor doutrina da atualidade (v.g. Celso Antônio Bandeira de Mello; Maria Sílvia Zanin Di Pietro; Diogo de Figueiredo Moreira Neto, dentre outros), ainda vem sendo reconhecida em diversos arestos de nossos tribunais, receosos de ousarem interferir no intangível "mérito" do ato administrativo.

Outra corrente, criticada pela sua falta de consistência científica (pois confunde a natureza do ato discricionário com uma de suas consequências), qualifica de discricionário o poder não sujeito ao controle jurisdicional (Stassinopoulos debita essa abordagem a Laun, Jellinek e Gegotz).

<sup>37</sup> FIORINI, Bartolomeu A. *Manual de derecho administrativo*. Primeira Parte, Buenos Aires: La Ley, 1968, p. 233.

<sup>38</sup> PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962, p. 222-3.

<sup>39</sup> STASSINOPOULOS, Michel. *Apud Themistocles Brandão Cavalcanti. Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, vol. V, p. 11.

Essa teoria, a par de seu arrigorismo técnico, também não mais encontra respaldo na doutrina hodierna, que vem, paulatinamente, admitindo serem todos os atos administrativos, mesmo os de cunho discricionário, sujeitos ao crivo do Poder Judiciário. Lamentavelmente, na jurisprudência, ainda há algum rescoço de invasão na esfera de atuação do Poder Executivo,<sup>40</sup> a despeito de ter nosa vigente Carta Magna ampliado a noção de universalidade da jurisdição: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; (inc. XXXV do art. 5<sup>o</sup>), aderindo a uma verdadeira tendência mundial de abertura do Poder Judiciário

<sup>39</sup> Confira a posição defendida por Cândido Rangel Dinamarco, em sua magistral obra *A Instrumentalidade do Processo*. Quando discorre acerca das mudanças constitucionais do processo, enfatiza a tendência do Estado contemporâneo enquanto Estado-de-direito, onde assoma a legalidade e abertura do Poder Judiciário como guarda última da Constituição e dos valores e garantias que ela abraça e oferece, fruto dos sucessivos movimentos político-sociais da humanidade nos últimos duzentos anos, com a Revolução Francesa, e a industrial, gerando a ascensão da burguesia e do proletariado e a universalização do voto mais a urbanização da população e expansão dos meios de comunicação de massa.<sup>41</sup>

Da ênfase que era dada à atividade discricionária enquanto vinculada à ideia de poder, evoluiu-se, face ao fortalecimento do princípio da legalidade para a ideia de poder-dever.

O sempre lembrado Hely Lopes Meirelles traz noção emblemática da discricionariedade em torno da ideia de PODER: "Poder discricionário é o que o direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo".<sup>42</sup>

Por sua vez, Edilson Farias,<sup>43</sup> em artigo intitulado "Técnicas de Controle da Discricionariedade Administrativa" chega a falar em "potestades discricionárias da administração".

No que tange ao fortalecimento do princípio da legalidade para a ideia de poder-dever, no Estado-de-direito, o exercício do poder está amarrado pelo princípio da legalidade. Cabe ao administrador público, em todos os casos, mesmo naqueles em que a lei não descreve em minúcias como e o quê fazer, procurar

<sup>40</sup> NOTA: v. RDA 89/134 e TJSP, REO 165.977

<sup>41</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 32.

<sup>42</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 97.

<sup>43</sup> FARIAS, Edilson. *Técnicas de controle da discricionariedade administrativa*. Arquivos do Ministério da Justiça, 47/159.

sempre a solução ótima para o caso concreto. Vale dizer, cabe ao administrador, enquanto ocupante de uma função pública, o dever de buscar o interesse social.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, comentando o assunto, conclui ser preferível conceber a discricionariedade administrativa como uma competência para definir, no caso, o interesse público, atribuindo-lhe a natureza jurídica de poder-dever.<sup>44</sup>

Essa trajetória está associada ao acréscimo de funções sofrido pelo Estado que passou a ser de cunho social.

Consoante os adjetivos que as Constituições foram acrescentando à idéia de Estado, concluiu essa diagnosticada com precisão por Maria Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>45</sup> esse passou de mero Estado de Direito para um Estado Social, que, hoje, ainda, se almeja seja democrático, atribuo esse que virá a diminuir ainda mais a abrangência da discricionariedade administrativa.<sup>46</sup>

Não por outra razão, a doutrina moderna passa a identificar a discricionariedade mais com a idéia de dever do que com a de poder, acentuando sua condição de serviente: caracterizador de função pública.

Celso Antônio Bandeira de Mello, é categórico ao afirmar:

"Na Ciência do Direito Administrativo, erradamente se até de todo parado- xal, quer se articular os institutos do direito administrativo — inconstante ramo do direito público — em torno da idéia de poder, quando o correto seria articulá- los em torno da idéia de dever, de finalidade a ser atingida. Em face da finali- dade, alguém — a Administração Pública — está presa numa situação que os ita- lianos chamam de *doverosità*, isto é, sujeição a esse dever de atingir a finali- dade. Com isso há outro meio para se atingir esta finalidade: para obter-se o cum- primento desse dever, senão irrogar a alguém certo poder instrumental, anelar à instrumentação do dever, surge o poder, como mera decorrência, como mero instrumento impostergável para que se cumpra o dever. Mas é o dever que co- manda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõem-se, para qualquer agente público, como um *leit*, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico".<sup>46</sup>

Outros doutrinadores pátrios,<sup>47</sup> menos ousados que o mestre Celso Antônio, não chegam a situar a discricionariedade na pauta dos deveres, mas que estionam

o porquê da nomenclatura usualmente empregada — "poder discricionário" —, bem como apontam os diversos limites constitucionais e legais a esse poder, face à marcha dos acontecimentos históricos que têm levado a uma democratização do Estado do direito, com sua tendência, inexorável, de propiciar maior envol- vimento direto do cidadão nos atos de governo.

Numa linha própria de pensamento, não menos vanguardista e científica, Lúcia Valle de Figueiredo afirma consistir a discricionariedade numa "compe- tência-dever" atribuída ao administrador para agir no caso concreto, de acordo com o critério da razoabilidade geral.<sup>48</sup>

Por demais significativa é a lição trazida pelo mestre Karl Engisch, em sua *Introdução ao Pensamento Jurídico*, onde, ainda em 1956, prelecionava:

"Aqui podemos também lançar mão do conceito evanescente de discricio- nariedade vinculada, se dizer que a discricionariedade é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas".<sup>49</sup>

Por fim, há quem vislumbrar, como o alemão Huber e o francês Léon Duguit, antagonismo entre as idéias de discricionariedade administrativa e a de Estado de Direito, na medida em que, sob a inspiração do princípio da legalidade, inexistir atividade administrativa não submetida aos seus cânones.

Engueto reitera ironiza, comparando a discricionariedade a um "Cavalo de Tróia" nos arrabais do Direito Administrativo,<sup>50</sup> Duguit assevera:

"A limitação da competência, não somente quanto ao objeto do ato, mas ainda quanto ao motivo que o determina, constitui garantia muito forte contra o arbí- trio dos agentes públicos. A consequência disso, com efeito, é que nada mais foi deixado à apreciação discricionária do agente administrativo".<sup>51</sup>

Não se compadecia com as posições extremas dos ilustres autores estrangei- ros, porquanto entendia-se realmente haver um dever discricionário. A discri- cionariedade, sob nãssa ótica, é natural da prática do direito, porque a vida é bem mais rica do que a lei, sendo impossível ao legislador ordenar e prever to- das as situações de vida, de exercício do poder e de seus desdobramentos.

(44) MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. São Paulo: Forense, 1998, p. 33.

(45) DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na consi- tuição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000.

(46) MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade administrativa e contro- le jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, p. 12-4.

(47) NOTA: v., nesse sentido, José Cretella Júnior, em seu *Curso de direito administrai- vo*, 14. ed. São Paulo: Forense, p. 224, e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, op. cit., p. 171.

(48) FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 123.

(49) ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, p. 220.

(50) HUBER, apud ODETE MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 184.

(51) DUGUIT, Léon apud Afonso Rodrigues Queiroz. *Teoria do desvio de poder em direito administrativo*. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, vol. 6, p. 44.

### 3.1.4 O problema dos conceitos jurídicos indeterminados

Um ponto de controvérsia que se verifica no estudo do poder discricionário é o concernente à sua relação com os "conceitos jurídicos indeterminados" e, por conseguinte, ao estabelecimento de uma zona de livre apreciação no exercício da atividade administrativa e segundo os limites da lei.

José Eduardo Faria<sup>52</sup> define-os do seguinte modo:

"Os 'conceitos jurídicos indeterminados' são expressões propositadamente vagas utilizadas pragmaticamente pelo legislador com a finalidade de propiciar o ajuste de certas normas a uma realidade cambiante ou ainda pouco conhecida; graças a esses conceitos, o intérprete pode adequar a legislação às condições sócio-econômicas, políticas e culturais que envolvem o caso concreto e condicionam a aplicação da lei".

Expressam e qualificam as necessidades públicas cuja satisfação representa o destino da administração pública. Tais como "utilidade pública", "urgência", "grave comoção", "relevância" etc.

Os conceitos jurídicos são conceitos convencionalistas, através dos quais o jurista procura estabelecer padrões de conduta para a sociedade. É impossível a lei tudo prever e tudo alcançar e, por isso, emprega quem a edita termos dotados da necessária fluidez, preservando a flexibilidade do sistema do direito positivo perante a naturalmente insólvel realidade social. Será o labor interpretativo o veículo para dar vida e objetividade aos enunciados do direito positivo, que ganham maior certeza e segurança quando há a concretização normativa do texto legal.

Não é o conceito jurídico que é indeterminado ou fluido. O termo do texto normativo é que será mais ou menos fluido, dependendo da dificuldade de seu desvelamento pela via interpretativa. Se o termo empregado pelo legislador é indeterminado, cabe ao aplicador do direito fixar seu sentido e alcance, determinando-o, pelo menos no caso concreto.

E como afirma Celso Luiz Moresco:<sup>53</sup>

"(...) a utilização de termos elásticos ou imprecisos não é sinônimo de autorização para tomada de qualquer decisão ou seja, não significa que qualquer decisão tomada dentro de seus limites seja válida".

Por conseguinte, a discricionariedade administrativa é um processo cuja primeira fase é justamente a interpretação. Se a interpretação não leva à segurança jurídica necessária sobre a solução aplicável ao caso concreto, permite-se

(52) FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 139.

(53) MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. São Paulo: *Revista Trimestral de Direito Público*, 14, 1996, p. 84.

ao administrador identifique e concretize as opções políticas do sistema de direito positivo, através da apreciação da conveniência e oportunidade da medida administrativa requerida ou necessária. A norma jurídica também tem função e conteúdo políticos.

A oportuna lição do eminente constitucionalista prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, invocando Canotilho:

"(...) Em princípio, quando a lei emprega os chamados conceitos indeterminados ('segurança pública', 'liberdade reputação', 'notável saber'), isso corresponde a um poder discricionário. É o titular deste que há de, em face de seu juízo sobre o conceito, aplicá-lo ao caso concreto. É ele quem o 'valorá'".

Também a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

"Se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade".<sup>54</sup>

#### 4. A possibilidade do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Como já foi exposto, a ação civil pública se presta à imposição de obrigação de fazer ou não fazer e, parece que não se pode duvidar que tal remédio também pode ser usado quando o mal afeta não só a um indivíduo, mas toda a coletividade, através de má gestão de uma política pública.

Quanto aos atos administrativos vinculados, ou sejam, aqueles que "a vinculação ou atuação vinculada é a atuação da Administração Pública em que a lei não lhe permite qualquer margem de liberdade para decidir ou agir diante de um caso concreto"<sup>55</sup> não se tem dúvidas que, quando desobedecidos, passíveis o controle pela ação civil pública.

Da mesma forma em relação aos atos arbitrários.

O problema surge quanto aos atos administrativos discricionários, ou seja, aqueles em que a lei dá certa margem de atuação pública, sem ser arbitrária,<sup>56</sup> observando-se os próprios limites que ela (a lei) traça.

Quanto a esta discricionariedade, conforme se verifica hodiernamente, há um notável questionamento jurídico, a busca de reformulação, em face dos novos imperativos sociais, numa sociedade de direitos de massa, globalizada, diante das quais a aparente potestatividade da discricionariedade estatal restringe-se a um campo delimitado por marcos lindeiros em que a legitimidade, moralidade,

(54) DI PIETRO, Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1989. p. 166.

(55) GASPARIINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 79 e ss.

(56) O arbitrário, como foi visto, diz respeito àqueles atos desconformes à lei, ou seja, que extrapolam os seus limites ou que, pura e simplesmente, desrespeitam-na.

legalidade (em seu aspecto amplo, abrangendo, inclusive, os princípios da administração pública), fixam contornos que não poderão ser violentados: quais sejam, os objetivos das políticas públicas traçadas, inclusive, pela Constituição Federal e leis inferiores.

Não se esquece daqueles que relutam<sup>57</sup> em admitir tal controle, sob o argumento, mais confortável, da independência e da livre verificação da oportunidade e conveniência do ato discricionário.

Escilacecedora é a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Deveras, não teria sentido que a lei, podendo fixar uma solução por ela reputada ótima para atender o interesse público, e uma solução apenas sofrível ou relativamente ruim, fosse indiferente perante estas alternativas. É de presumir que, não sendo a lei um ato meramente aleatório, só se pode pretender, tanto nos casos de vinculação, quanto nos casos de discricção, que a conduta do administrador atenda excelentemente, à perfeição, a finalidade que a animou. Em outras palavras, a lei só quer aquele específico ato que venha a calhar à fivela para o atendimento do interesse público. Tanto faz que se trata de vinculação, quanto de discricção. O comando da norma sempre supõe isto. Se o comando da norma sempre supõe isto e se uma norma é uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei".<sup>58</sup>

Razão assiste ao preclaro publicista Celso Antônio Bandeira de Mello (alvez o mais completo da atualidade brasileira) quando desloca o eixo metodológico do conceito de discricionariedade da noção de poder para a de dever, noção essa muito mais afinada ao Direito Público e à situação jurídica de função.

O dever discricionário do administrador público está, inequivocamente, cingido por diversos princípios trazidos à lume pela Constituição de 1988 (inclusive em seu preâmbulo) e por normas de hierarquia inferior.

<sup>57)</sup> Vide FRONTTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos poderes do estado. MILARÉ, Edis. *Ação civil pública - Lei 7.347/1985 - 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 699: "O certo, todavia, é que cabe ao Poder Executivo formular e executar as políticas públicas a serem desenvolvidas nos vários e amplos setores em que o Estado age. E a adoção de políticas públicas é matéria que se insere na competência interna e exclusiva do Poder Executivo. Assim, as deliberações do governo, enquanto age ele dentro do cumprimento normal e de boa-fé de sua competência constitucional, adotando decisões de conveniência e oportunidade que lhe são próprias e exclusivas, ficam resguardadas da ingerência dos demais Poderes. As decisões do Poder Executivo, assim assumidas, ficam subtraídas à apreciação ou interferência dos demais Poderes".

<sup>58)</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 32-3.

Por outro lado, o princípio da legalidade, norte maior do Administrador Público, foi ampliado de tal sorte a contemplar não mais somente a lei, formalmente considerada, mas o Direito como um todo, com toda a sua carga valorativa.

Não se pode conviver mais com a marca da democracia meramente representativa, segundo a qual os cidadãos limitam-se a eleger seus representantes e, após depositarem seu voto na urna, se sujeitam passivamente à sucessão de atos de governo, sem qualquer participação na tomada de decisões. Se desconforto com o modo de governar dos eleitos, resta aos eleitores a possibilidade de, no próximo pleito, não tornar a elegê-los.

Esse modelo político não serve ao terceiro milênio.

Dotados dessa visão prospectiva, os constituintes de 1988 engendraram e inscreveram no texto Constitucional diversos mecanismos de participação popular nos atos de governo, em perfeita consonância com o princípio gravado no parágrafo único do art. 1.º da CF/88: "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição".

O povo pode exercer o poder diretamente.

Sabedores de que a mobilização popular, máxima em um país de dimensões continentais como o Brasil, é de difícil ou impraticável influência direta junto aos governantes, nossos legisladores (a nível Constitucional e Infraconstitucional), acolhendo soluções do Direito alienígena e criando algumas genuinamente brasileiras, outorgaram legitimação a certas entidades ou instituições, reconhecendo-lhes representatividade para levar à análise de um outro segmento do poder, o Judiciário, anseios e pretensões que transcendem à esfera individual.

Essa multiplicidade de remédios processuais alinhados na CF/88 (*habeas data*; mandado de injunção; ação popular; mandado de segurança individual e coletivo; ação direta de inconstitucionalidade; ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão e quejandos) aliada aos inúmeros legitimados ativos disjuntivos e concorrentes para suas proposituras, consubstanciaria verdadeira letra-morta se mantido o dogma da inatcabibilidade do mérito do ato administrativo.

Quando se aborda o tema da discricionariedade como reduto privativo do administrador, geralmente se leva em conta a clássica teoria da separação de poderes, cuja base teórica remonta aos séculos XVII e XVIII, tendo em Montesquieu seu mais prolífico ideólogo.

Traz-se à colação, como exemplo desse tipo de decisão retrógrada, acórdão prolatado pela 6ª Turma do E. Superior Tribunal de Justiça, Rel. Min. Adhemar Maciel, no REsp 63.128-9, oriundo de uma ação civil pública promovida com o fito de obrigar o governo goiano a construir um centro de recuperação e triagem para adolescentes infratores, onde encontramos afirmações como as que seguem:

"A Constituição Federal e em suas águas a Constituição do Estado de Goiás são dirgentes e programáticas. Têm, no particular, preceitos impositivos para

o Legislativo (elaborar leis infraconstitucionais de acordo com as tarefas e programas pré-estabelecidos) e para o Judiciário (atualização constitucional). Mas, no caso dos autos as normas invocadas não estabelecem, de modo concreto, a obrigação do Executivo de construir, no momento, o Centro. Assim, haveria uma intromissão indebita do Poder Judiciário no Executivo, único em condições de escolher o momento oportuno e conveniente para a execução da obra reclamada".

Deveras. Não se pode olvidar o contexto social e político que levou o famoso Barão de Brêde e de Montesquieu (1689/1755) a construir tal estrutura: o absolutismo monárquico que imperava no mundo ocidental antes da Revolução Burguesa de 1789, cuja característica marcante era, sem dúvida, a hipertrofia do Executivo sobre as demais expressões de poder.

Naquele cenário se tomava mais fácil compreender porque o nobre, conquanto partidário da repartição tricoômica do poder, idealizava um Judiciário amorfó, ao ponto de afirmar, literalmente: "Dos três Poderes, de que falamos, o de julgar é de certo modo nulo. Não restam senão dois".<sup>59</sup>

A pouca relevância política dada ao Judiciário era contraposta pelo teórico à força do Legislativo, único poder capaz de, na sua ótica, neutralizar os abusos do Executivo ("As leis devem, todo o tempo, castigar o orgulho da dominação") e mitigar as desigualdades.

Esse Judiciário, definido por Montesquieu como "a boca que pronuncia as palavras da lei", evoluiu, graças à plena superação da ideia de um poder ilimitado, e ganhou, na prática, *status* de Poder, compreendido, politicamente, como a capacidade de decidir imperativamente e impor decisões.

Cândido Rangel Dinamarco<sup>60</sup> tece profundas considerações sobre a Jurisdição, enquanto expressão do poder estatal (que é uno), concluindo ser ela uma das funções do Estado, a qual, ontologicamente, não se distingue da administração e da legislação. O que a identifica e distingue é sua vocação para voltar-se aos casos concretos, às situações de conflitos interpessoais.

Encerra seus comentários sobre uma visão funcional da Jurisdição, apreendendo:

"Essa visão funcional da jurisdição, partindo da unidade do poder e diversidade das formas do seu exercício segundo os objetivos propostos, elimina certas preocupações minudentes e exageradas, como a da natureza jurisdicional ou não das atividades do juiz na execução civil ou no processo criminal. Muito mais relevante do que afirmá-la ou negá-la nesses casos, é saber que se trata invariavelmente do exercício do poder e que, por isso, são atividades que se pautam

<sup>(59)</sup> *O Espírito das Leis*. Traduzido e anotado pelo Des. Pedro Vieira Mora, nota 55, p. 26, Saravia.

<sup>(60)</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Ob. cit. p. 119.

por desengana da marca de publicismo, sobrelevando aos interesses dos demais sujeitos os do Estado".

O juiz de hoje deve ter presente, quando conduz um processo e julga uma causa, que suas ações são manifestações do poder estatal. Portanto, qualquer posição que adote tem conotação política, que deve se pautar, não em seus gostos pessoais, em suas idiossincrasias, mas nos valores dominantes do seu tempo, pois como afirma o multicitado Cândido Dinamarco, o juiz "é, afinal de contas, um legítimo canal de comunicação entre o mundo axiológico da sociedade e os casos que é chamado a julgar".<sup>61</sup>

#### 4.1 O acesso à justiça, os direitos metaindividuais e as políticas públicas – instabilidade do controle jurisdicional

A vigente Carta Magna avançou no tocante ao acesso à Justiça, pois, além de ter suprimido a expressão individual, o que franqueia a tutela dos interesses metaindividuais, acrescentou a expressão "ameaça a direito", se comparada com o art. 153, § 4.º, da EC 1/69.

Partindo-se da premissa de que nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito (individual, coletivo, difuso, público ou privado) não seja passível de apreciação pelo Poder Judiciário, resta concluir que também a discricionariedade administrativa está sujeita ao controle jurisdicional.

A essa conclusão já chegara, aliás, o administrativista Oswaldo Aranha Bandeira de Mello,<sup>62</sup> quando se posicionou a favor da sindicabilidade do mérito do ato administrativo com respaldo no art. 153, § 4.º, da antiga Carta Constitucional (hoje art. 5.º, XXXV, CF/88).

Nessa linha de raciocínio, é digno de transcrição parte do aresto da lavra do Des. Nery da Silva, do Tribunal de Justiça de Goiás, onde, após trazer à lume lições exemplares da magistrada Federal Lúcia Valle Figueiredo, infere:

"Não há imunidade legal para quem infringe direito. O poder discricionário não está situado além das fronteiras dos princípios legais norteadores de toda iniciativa da administração e sujeita-se à regular apreciação pela autoridade judicante".<sup>63</sup>

Extraí-se das colocações acima a exata dimensão que o Relator daquela apreciação interposta nos autos de uma ação civil pública tem de sua função de fazer uma lei para o caso concreto: do caráter indeclinável da Jurisdição e da legalidade que deve inspirar todos os atos administrativos.

<sup>(61)</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O Poder Judiciário e o meio ambiente. RT 631/28.

<sup>(62)</sup> MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Vol. 1/417.

<sup>(63)</sup> RT 721/212.

Exemplo ímpar de magistrado ligado ao seu tempo, cômico de seu dever de fazer Justiça e, através dela, mudar a anacrônica realidade social vivenciada no Brasil, encontra-se na pessoa do Dr. Eugênio Fachini Neto, cuja sentença prolatada em ação civil pública oriunda da Vara Regional da Infância e da Juventude da Comarca de Passo Fundo (RS) serviu de base a outra, emanada do Tribunal Regional de Santo Ângelo (RS), e ao arredo da sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (Relator o Des. Sérgio Gischow Pereira), no qual o colegiado entendeu ser passível de apreciação pelo Poder Judiciário obrigação de fazer demandada do Executivo Estadual, por ser res-paldada em princípio constitucional e em lei infraconstitucional, sem que com-isso estivesse havendo qualquer tipo de intromissão do Judiciário na disci-ponariedade do Administrador Público. Na ementa do acórdão, afirma o insigne Relator:

“Valores hierarquizados em nível elevadíssimo, aqueles atinentes à vida e à vida digna dos menores. Discricionariedade, conveniência e oportunidade não permitem ao administrador que se afaste dos parâmetros principiológicos e nor-mativos da Constituição Federal e de todo o sistema legal”.<sup>64</sup>

De todos os ensinamentos supraexpostos, resulta de meridiana clareza a possibilidade e até a necessidade de controle judicial dos atos administrativos, mesmo aqueles praticados dentro da chamada esfera de atuação discricionária, porque somente esse controle, a par de outros previstos na Lei Magna, é capaz de garantir que a Administração atue sempre pautada pelos princípios da efi-ciência, da razoabilidade e da legalidade estrita, sempre tendo em conta o obje-tivo social, jamais desbordando eventuais opções que o vazão da norma lhe dei-xa (já que o legislador não tem como prever todas as situações concretas da vida) para uso arbitrário do Poder.

#### 4.2 O controle jurisdicional dos atos discricionários e o problema da existên-cia de recursos e previsão orçamentária

Enorme dificuldade está centrada no problema da origem dos recursos pú-blicos à disposição do administrador, quando se fala em verba orçamentária e verba extra-orçamentária, esta última decorrente de convênios ou transferên-cias com finalidades específicas, ou ainda quando vinculadas a realização de determinada aplicação ou obra.

Nesse caso, tomando-se como exemplo o administrador público do Municí-pio favorecido, não disporá ao receber de opções ou do exercício desse Poder-Dever Discricionário, direcionando a aplicação dos recursos.

Assim sendo, o controle jurisdicional de atos tais não alcançará êxito, de igual forma, nos casos em que haja previsão orçamentária, e os recursos previstos para

serem arrecadados — não venha a se efetivar, frustrando a execução do que foi projetado.

Doutra banda, depende o orçamento público, de prévia aprovação legislati-va, além de atender as normas que regulamentam sua elaboração, logo, em sua maioria, os recursos públicos não estão sujeitos ao livre poder discricionário do administrador público.

Como exemplo, veja-se um caso em que houve deferimento da liminar pelo juízo *a quo*, o que motivou o recurso. Apreciando a Irresignação, a Câmara hou-ve por bem provê-la. Na ementa, assim se expressa o relator:

“A Câmara decidiu acolher o pedido de reforma para declarar a extinção da ação civil pública proposta pelo Ministério Público contra o Estado, por carên-cia de ação, em face da impossibilidade jurídica do pedido, com base no art. 267, VI, combinado com o § 3.º do mesmo artigo, do CPC, uma vez que a pretensão deduzida na petição inicial não encontra admissibilidade no ordenamento jurí-dico vigente, na medida em que não podem o Juiz tanto quanto o próprio Tribu-nal avocar para si a deliberação de atos da Administração Pública, que resultam sempre e necessariamente de exame de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos de exercício dos outros Poderes, Executivo e Legislativo, do Estado; tendo-se, ainda, em consideração que a Administração Pública nada pode fazer que não se contenha em seus recursos, e há de fazê-lo segundo as previsões pro-gramáticas e orçamentárias, com participação do Poder Legislativo, cujas atri-buições igualmente restaram atropeladas (...)”<sup>65</sup>

Sem que se olvide da vinculação da Administração Pública à existência de recursos e sua previsão orçamentária, impõe a necessária inclusão desses recur-sos que visem a atender os direitos previstos abstratamente na Carta Magna em orçamento. Esse, aliás, deve ser o pedido nuclear das ações civis com a prepon-derante carga eficaz cominatória. Deve haver uma proporcionalidade na dis-tribuição dos recursos, dentro do que foi razoavelmente aceitável diante da si-tuação de cada município, Estado e do próprio País num dado momento.

#### 5. Espécies de políticas públicas e o controle jurisdicional

A Prof. Luíza Cristina Fonseca Frischeisen,<sup>66</sup> de forma categórica defende uma posição incisiva, ao discorrer sobre o tema:

“As normas constitucionais da ordem social constitucional delimitam poli-ticas públicas, vinculantes para o administrador, que visam o efetivo exercício

(65) AgIn 8.443, j. 03.05.1994, Rel. Des. Rubem Córdova, TJSC.

(66) FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca Frischeisen. *Políticas públicas — a respon-sabilidade do administrador e o Ministério Público*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 146-150.

(64) ApCiv 596.017.897, j. 12.03.1997, 7ª Câm. Civ., TJRS.

dos direitos sociais para a realização dos objetivos daquela: o bem-estar e a justiça social", sendo que o seu descumprimento "gera responsabilidade jurídica para Administração pública, pois tal conduta é inconstitucional e ilegal".

Destaca a insigne autora, que "na consecução das Políticas Públicas decorrentes da Constituição Federal, a margem de discricionariedade do administrador é mínima, pois os limites já foram postos pela própria Carta Magna e normas infraconstitucionais integradoras".

E conclui ela dizendo que:

"a) a atuação do judiciário no controle da discricionariedade da Administração e de interpretação das normas constitucionais não significa usurpação de funções do administrador ou legislador, e b) essa nova atuação do Judiciário insere-se em um contexto de multiplicidade de demandas dos diversos grupos da sociedade, do aumento de judicialização de conflitos e do próprio exercício do direito constitucional de acesso à Justiça".

Paulo Afonso Leme Machado, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso,<sup>67</sup> aponta como rol da ação civil pública de obrigação de fazer "ação objetivando a instalação de sistemas de esgotos pelas Prefeituras Municipais", o que é, nitidamente uma ação civil pública que tem por objeto uma política pública.

## 6. Jurisprudência

"80016488 JCPCC 284 JCF 18 JCF 29 JCF 29 IV, A - Processual civil - Constitucional - Apelação cível - Apreciação de agravo retido - Decisão pela possibilidade de sanção de ato irregular - Contestação apócrifa e desacompanhada de procuração - Manutenção do *decisum*. Observância aos princípios do aproveitamento dos atos e da instrumentalidade das formas - Agravo improvido (Art. 284 do CPC) - Preliminar de ausência de interesse processual - Alegação de impossibilidade do *parquet* de arguição de inconstitucionalidade por meio de ação civil pública - Descabimento - A inconstitucionalidade fundamenta a causa de pedir da ação - Configuração de arguição *incidenter tantum* - Preliminar rejeitada - Mérito - Fixação do número de edis - Limite constitucional - Discricionariedade do ente municipal - autonomia assegurada constitucionalmente (Arts. 18, 29, IV, a, da CF/88, e 24 da CE) - Apelo improvido - 1. Em apreciação preliminar de recurso retido, insurge-se o recorrente contra decisão que oportunizou sanção de irregularidades na contestação, que apresentava-se apócrifa e desacompanhada de procuração. Entretanto, acertada a *quo* ante a aplicação dos princípios do aproveitamento dos atos e da instrumentalidade

das formas consagradas no art. 284 do CPC pátrio. 2. Não há impossibilidade de obtenção de declaração causal de inconstitucionalidade de Lei, via ação pública, vez que a inconstitucionalidade apontada reside na causa de pedir da ação, e a, vez que a inconstitucionalidade reside na causa de pedir da ação, que não tem como desiderato - ad instar de pedir da ação, que não tem como desiderato - ad instar do que ocorre com a ADIn - discutir objetivamente e in abstrato a adequação material e formal de dispositivo legal frente a constituição. *In casu*, o pedido é incidental, encartando-se no controle difuso concreto da constitucionalidade, em que todos os órgãos jurisdicionais podem e devem exercê-lo independentemente do meio processual escolhido pelo autor. 3. Controvérsia sobre a autonomia do município em fixar o número de vereadores acima do limite mínimo estabelecido na Carta Federal. A carta magna vigente contém o limite mínimo estabelecido na Carta Federal. A carta magna vigente contém o limite mínimo estabelecido na Carta Federal, administrativa e financeira do ente municipal. Especialmente ao que tange a autonomia política, esta traduz-se na competência do município em auto-organizar-se no seu peculiar interesse, em particular no tocante a fixação do número de edis - dentro dos limites estabelecidos nas Cartas Federais (art. 29, VI, a) e Estadual (art. 24), 4. No âmbito municipal há de se distinguir duas ordens de atribuições - uma de origem Constitucional Federal, e que representa o direito mínimo do município em relação ao estado-membro e a própria união, outra de concessão estadual, e que representa o direito máximo do município em relação ao estado-membro. As primeiras são inatáveis e irredutíveis por qualquer lei ou poder, as segundas poderão ser reatadas, ampliadas ou retiradas pelo estado-membro, por idêntica a que deleuzida, ao município (Hely L. Meyrelles, *Direito Municipal Brasileiro*, ed. Malheiros p. 81/82). 5. Assim, assegurada a constitucionalidade da atuação municipal, com autonomia para fixar em sua lei orgânica (art. 16) o seu número de vereadores - estipulado em 15 - número este dentro do balizamento estabelecido nas Constituições Federal e Estadual - mínimo de 09 (nove) e máximo de 21 (vinte e um). 6. Apelo improvido à unanimidade. (TJES - AC 050999000057 - Rel. Des. Alvaro Manoel Rosindo Bourguignon - j. 29.05.2001)".<sup>68</sup>

"13042325 - Agravo de instrumento - Ação Civil Pública - Indeferimento de medida *in initio litis* - Reparos na instalação elétrica - Sistema de combate a incêndio - Indemonstrados os pressupostos para a medida liminar - Fixação injustificada de pena de multa diária à Fazenda - Discricionariedade do Poder Executivo - Recurso provido. (TJSP - AgIn 150.844-5 - Praia Grande - 1ª CDPúb. - Rel. Des. Octaviano Lobo - j. 14.03.2000 - v.u.)".<sup>69</sup>

"13039508 - Ação civil pública - Demanda proposta pelo Ministério Público visando obrigar a municipalidade a efetuar prévio tratamento antes de lançar o esgoto em cursos d'água, com restauração do ambiente degradado - Carência da ação decretada em primeira instância, sob o fundamento de interferência no poder executivo - Possibilidade da demanda e da atuação ministerial na forma

<sup>67)</sup> MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública*: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar), 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 30.

<sup>68)</sup> *Juris Sintese Millennium*, 34, maio-junho/2002.

<sup>69)</sup> Ob. cit.

do art. 129, III da Constituição Federal e Lei 7.347/85 – Pretensão buscando coibir degradação de meio ambiente e de danos à saúde pública, não podendo ser observada sob o manto da discricionariedade administrativa – Sentença de carência afastada, com determinação para prosseguimento da ação – Recurso ministerial provido – Possível o julgamento de ação civil pública, pelo Ministério Público, visando obstar ato de Municipalidade de despejar esgoto, sem tratamento, em curso d'água, evitando-se a degradação do meio ambiente e danos à saúde pública. (TJSP – AC 47.991-5 – General Salgado – 1ª CDPúb – Rel. Des. Luís Ganzler – j. 16.11.1999 – v.u.)<sup>70</sup>

“13003790 – Ação civil pública – Obrigação de fazer, com cominação de pena pecuniária – Manutenção de escola estadual de primeiro grau, em funcionamento – Inadmissibilidade – Limites do controle judicial – Discricionariedade das autoridades da rede estadual de ensino – Delegada de ensino, responsável pelo ato administrativo impugnado – Improcedência de ensino, responsável pelo ato de sua exclusão – Improcedência da ação – Recursos, voluntários e oficial, afastadas as preliminares, providos, para esse fim. (TJSP – AC 58.005-5 – Balatais – 5ª CDPúb. – Rel. William Marinho – j. 07.10.1999 – v.u.)”<sup>71</sup>

“13003929 – Ação civil pública – Itapeva – Contratação de advogado – Dispensa de licitação – Sentença de procedência – Inexistência de nulidades – Tem legitimação ativa o ministério público, pois lhe incumbe a defesa do patrimônio público que abrange todos os valores de interesse da comunidade – O município não é litisconsorte necessário, não lhe trazendo prejuízo a substituição da citação formal pela notificação para, querendo, ingressar como litisconsorte – Os secretários que opinaram favoravelmente ao ato ilegal não são litisconsortes necessários porque seus pareceres não eram vinculativos para o prefeito – O contratado é parte legítima porque foi efetivamente beneficiado com o ato – A discricionariedade do administrador nunca é absoluta, devendo ele se sujeitar aos significados óbvios das expressões “notória especialização” e “serviços singulares”, usadas no dispositivo legal, para contratar sem licitação profissional de sua confiança – A dispensa legal não pode ser utilizada como simples meio de elevar remuneração de advogado que já prestava seus serviços ao município, mesmo que haja acréscimo de tarefas – Improbidade configurada, considerada também a moral administrativa e o interesse público – Redução do valor do ressarcimento e da multa, considerando a remuneração mensal que continuaria a perceber o advogado pela prestação de seus serviços, não fosse o contrato ilegal e imoral – Dado provimento parcial ao recurso. (TJSP – AC 68.889-5 – Itapeva – 8ª CDPúb. – Rel. Teresa Ramos Marques – j. 29.09.1999 – v.u.), (destacou-se)”<sup>72</sup>

“13001537 – Ação civil pública – Ministério Público – Loteario (urbanização) – Implantação irregular – Responsabilidade dos proprietários da gleba par-

<sup>70</sup> Ob. cit.

<sup>71</sup> Ob. cit.

<sup>72</sup> *Juris Sinesse Millennium*, 34, maio-junho/2002.

celada, da Associação e dos seus diretores, e do Município, não configurada – Discricionariedade do Poder Público – Ausência de comprovação dos danos urbanísticos e ambientais no curso do processo – Subsistência da sentença de improcedência – Recurso ministerial a que se nega provimento, afastadas as preliminares suscitadas. (TJSP – AC 29.399-5 – São Paulo – 5ª CDPúb. – Rel. Des. William Marinho – 11.03.1999 – v.u.)”<sup>73</sup>

“17000212 – Ação popular – Ação civil pública – Tribunal de Contas do Estado – Membro do Tribunal de Contas – Nomeação – Questão *interna corporis* – Ação popular e ação civil pública. Nomeação de membro do Tribunal de Contas em vaga da Assembleia Legislativa, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Ato administrativo de natureza complexa, tanto que sua interação exige a participação do chefe do Executivo e a escolha pelo Legislativo, dois poderes do Estado, os quais, juntamente com o Judiciário, devem atuar de modo independente e harmônico entre si (CF, art. 2º). Privativa do Poder Legislativo, a escolha é um ato político e, portanto, discricionário, nada obstante a sua vinculação às diretrizes do § 1º do art. 128 da Constituição Estadual, corolário da simetria imposta pelo art. 75 da Carta Magna. Idoneidade moral e reputação ilibada, dois requisitos exigidos para a escolha e a nomeação do Conselheiro do Tribunal de Contas. Expressões de conceito indeterminado cuja valoração pertence exclusivamente ao legislativo, em relação ao preenchimento das vagas que lhe são constitucionalmente destinadas. Vale dizer, os critérios para aferição de idoneidade moral e reputação ilibada, *in casu*, são políticos e pertencem privativamente à Assembleia, apresentando conotação subjetiva. Trata-se de atuação *interna corporis*. Logo, por serem critérios políticos, subjetivos e privativos da Assembleia, são, por lógica e técnica, conceptualmente discricionários, insuscetíveis, de sorte, ao controle do Poder Judiciário, pena de quebra daquele postulado insculpido no art. 3º da Carta da República. Inconcebível que o Judiciário substitua, na escolha, os critérios políticos do Legislativo pelos seus, sabidamente técnicos. Muito menos por aqueles que envolvam apenas o subjetivismo do Magistrado, às vezes emanado de sua formação filosófica e cultural. Embora uma conquista da evolução do direito público, a idéia de ampliação do controle jurisdicional do ato administrativo, sob cuja égide se costuma apregoar sempre o dever de anular-se o praticado de forma ilegal ou o atentatório à moralidade administrativa, não pode alçar-se ao ponto de justificar e estimular, aos esforços de multifários argumentos e critérios empíricos, não raro impregnados de subjetivismos e preconceitos, a intromissão do poder jurisdicional na atuação dos demais poderes. O Judiciário precisa conservar-se no seu papel institucional de guardião do direito, segurança única da preservação do estado de direito, como Marshall já alardeava. Donde competir-lhe, tão-somente, o exame dos aspectos jurídicos do ato administrativo ou legislativo, nunca o seu mérito. Na espécie-escolha de Conselheiro para o Tribunal de Contas do Estado em vaga

<sup>73</sup> Ob. cit.



pertencente à Assembleia, ao Judiciário só seria legítimo anular, não o ato de nomeação, mas, antes, o de escolha (não se olvidar que a vaga é da Assembleia, sendo-lhe privativa, *interna corporis*, a indicação), se o escolhido fosse, inequivocadamente, um elemento de conduta social reprovável e desprovido de condições morais para o exercício do cargo, isto tudo comprovando-se por situações concretas e objetivas, v.g., condenações criminais infamantes anteriores à indicação, e não por campanhas sensacionalistas veiculadas por jornais, baseadas em acusações de cunho notoriamente político-partidário e de adversários e desafetos pessoais. A condenação criminal, em certos casos, em sendo posterior à nomeação do Conselheiro, pode acarretar-lhe a perda do cargo, não a nulidade da nomeação. *O controle judicial não abrange os atos pelos quais os demais poderes desempenham as suas funções próprias e típicas, que são funções políticas, neste passo convindo lembrar Pedro Lessa: "Poder meramente político é um poder discricionário", corolário do postulado da interdependência dos poderes, as competências e atribuições próprias de cada um baseiam-se no princípio da jurisdição quanto ao respectivo exercício, descompontável a interferência da jurisdição nas que forem cometidas aos outros poderes. A oportuna lição do eminente constitucionalista prof. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, invocando Gomes Canotilho (fl. 365): "(...) Em princípio, quando a lei emprega os chamados conceitos indeterminados ('segurança pública', 'ilhabada reputação', 'notável saber'), isso corresponde a um poder discricionário. É o titular deste que há de, em face de seu juízo sobre o conceito, aplicá-lo ao caso concreto. É ele quem o 'valorar'". Também a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito Administrativo*, São Paulo, Atlas, 1989, p. 166): "se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionariedade". Em suma, "a seleção de Conselheiro para integrar o Tribunal de Contas, ainda mais quando este irá ocupar vaga que a Constituição reservou à escolha do Poder Legislativo, é ato discricionário deste. Em consequência, descabe a interferência do Judiciário". E mais: "a apreciação de 'idoneidade moral' e de 'reputação ilhabada' pertence exclusivamente ao Poder Legislativo". São afirmações acatáveis, da lavra do sobrementencionado constitucionalista paulista. Julgado que se apartou dessas diretrizes, assim a merecer reversão para dar lugar ao primeiro voto vencido, que afastou a preliminar de nulidade da sentença e enfrentou no mérito as lides deduzidas, dando pela improcedência das mesmas. Provedimento de ambos os embargos infringentes pelo pedido principal, prejudicados os sucessivos. (JRC) (TJRJ - EI-AC 11/98 - Reg. 071098 - Cód. 98.005.00011 - RJ - 5º G.C.Civ. - Rel. Des. Laerson Mauro - j. 13.05.1998). (desistiu-se)".<sup>74</sup>*

<sup>74</sup>13014856 - Ação civil pública - Liminar - Depósito de lixo municipal - Fixação de multa cominatória - Admissibilidade - Verificação dos requisitos exigidos à concessão - Astreintes impostas para pressionar o cumprimento da

<sup>74</sup> *Juris Sintese Millennium*, 34, maio-junho/2002.

liminar em proveito do bem comum - Decisão mantida - Recurso não provido. S6 a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. (TJSP - AI 221.677-1 - Praia Grande - 2º C.Civ. - Rel. Des. Vasconcellos Pereira - j. 07.03.1995 - v.u.)<sup>75</sup>

8-510

## 7. Conclusão

- Acerca da tripartição do poder, constatou-se que o Poder Estatal é uno, sendo divisíveis somente suas funções que, mesmo assim, guardam interferências entre si, estabelecendo um sistema de controle e contrapesos à busca do equilíbrio necessário para evitar o arbítrio e para realizar o bem comum.

- Política Pública é uma atividade ou um conjunto organizado de normas e atos organizados, tendentes à realização de um objetivo traçado. Na Constituição Federal encontram-se expressas várias políticas públicas a serem observadas: estes citados objetivos, na Constituição Federal de 1988, por exemplo, vêm indicados no art. 3.º, que orienta todo o funcionamento do Estado e a organização da sociedade. Assim como estes, outros objetivos de políticas públicas, são tratadas constitucionalmente: pleno emprego (CF/88, art. 170); política nacional da educação (CF/88, art. 214); finalidade própria da assistência social (CF/88, art. 203); saúde (CF/88, art. 196); da família, do adolescente, da criança e do idoso (CF/88, art. 226 e ss) etc.

- Os atos vinculados são estritamente regrados em todos os seus elementos, enquanto os discricionários podem ofertar certa dose de liberdade ao agente público, especialmente no que toca à conveniência e oportunidade, elementos do chamado mérito administrativo.

- Ato arbitrário implica numa atuação administrativa extrapolando os limites da lei, sendo, portanto, ilegal. Agride, ainda, os próprios princípios traçados para a Administração Pública.

- Poder discricionário, na verdade, representa somente um poder instrumental conferido para realização de um dever administrativo, qual seja, o alcance do objetivo traçado para aquela política pública. Traz uma finalidade a ser cumprida com razoabilidade e eficiência.

- Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, não é propriamente o conceito jurídico que é indeterminado ou fluido. O termo do texto normativo é que será mais ou menos fluido, dependendo da dificuldade de seu desvelamento pela via interpretativa. Se o termo empregado pelo legislador é indeterminado, cabe ao aplicador do direito fixar seu sentido e alcance, determinando-o, pelo menos no caso concreto.

- A ação civil pública não se presta para criação de normas de direito material, entretanto, pode ter por objeto a obrigação de fazer ou não fazer, a respeito

<sup>75</sup> Ob. cit.

de uma Política Pública que, inobstante estar atrelada a um dever discricionário, deve-se pautar pelo razoável e pelo eficiente, ambos princípios constitucionalmente previstos, além de todos os demais, também aplicáveis à administração pública. Violado esse objetivo, possível o controle pela ação civil pública. Afóra disso, o manuseio da ACP somente alteraria inconstitucionalmente o destinatário da discricionariedade administrativa, que é o Poder Executivo.

— Os atos vinculados praticados na efetivação de uma Política Pública, sem a observação da vinculação determinada, bem como, os atos arbitrários praticados naquela efetivação, são, sem muitos questionamentos, passíveis de controle através da ação civil pública.

— Ampliou-se o espectro da ação civil pública após a Magna Carta, para proteção do patrimônio público e social. Ambos não se confundem. Afastam-se, assim, da abrangência da noção de patrimônio público os bens — desprovidos de valor econômico — que compõem o acervo material e imaterial, corpóreo e incorpóreo da nação brasileira, eis que estes integram seu patrimônio social. Do contrário, faltaria conteúdo ao patrimônio social invocado no art. 129, III, de nossa Lei Maior. A política pública também pode compreender tais patrimônios.

— Diante do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, e ainda, do acesso a ordem jurídica justa, que se destinam, não só à proteção dos direitos individuais, como também dos transindividuais, não se pode negar a viabilidade do controle do objeto e dos motivos de um ato discricionário.

— A partir do advento da LC 101/2000, que introduziu em nosso ordenamento jurídico o Lei de Responsabilidade Fiscal, regulamentou-se de forma plena o controle dos orçamentos públicos, que devem obedecer às regras e vinculações contidas no texto constitucional, o que limita sensivelmente o poder discricionário da administração pública, e por conseguinte, o manuseio da ACP como meio de se obter destinação diversa para os recursos públicos daquelas previstas no orçamento ou ainda no Plano Plurianual.

## 8. Bibliografia

- ACKEL FILHO, Diomar. *Discricionariedade administrativa e ação civil pública*. RT 657-55.
- ALMEIDA, João Batista de. *Aspectos controversos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1993.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Lei 7.347, de 24.07.1985. 2. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. RT 737/17.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito administrativo*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1989.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- \_\_\_\_\_. *O poder judiciário e o meio ambiente*. RT 631/28.
- \_\_\_\_\_. *Simulas vinculantes*. São Paulo: Revista Forense, 1999. vol. 347. jul-set.
- DUGUIT, Léon apud Afonso Rodrigues Queiro. *Teoria do desvio de poder em direito administrativo*. São Paulo: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 6.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 6. ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- FARLA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros, 1993.
- FARIAS, Edilson. *Técnicas de controle da discricionariedade administrativa*. Arquivos do Ministério da Justiça, 47/159.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle de. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FIORINI, Bartolomeu A. *Manual de derecho administrativo*. Primeira Parte, Buenos Aires: La Ley, 1968.
- FRISCHEISEN, Luíza Christina Fonseca Frischeisen. *Políticas públicas — a responsabilidade do administrador e o ministério público*. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- FRONTINI, Paulo Salvador. *Ação civil pública e separação dos poderes do estado*. MILLARÉ, Edis. *Ação civil pública — Lei 7.347/1985 — 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GASPARRINI, Diógenes. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- HAURIER, Maurice. *Précis élémentaire de droit administratif*. Librairie du Recueil Sirey, 1938.
- HUBER, apud ODETE MEDAUAR. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Apud MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas*. MILLARÉ, Edis. *Ação civil pública — Lei 7.347/1985 — 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MERELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Direito administrativo brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

- *Discretionariedade administrativa e controle jurisdiccional*, 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. v. 1/417.
- MONTESQUIEU, Charles L. de Secondat. *Do espírito das leis*. São Paulo: Saraiva, 1979.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade*. São Paulo: Forense, 1998.
- MORESCO, Celso Luiz. Conceitos jurídicos indeterminados. *Revista Trimestral de Direito Público*, 14, São Paulo, 1996.
- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.
- ROSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*, tradução espanhola, Barcelona: Maucci, 1993.
- SILVA, José Afonso da. *Direito constitucional positivo*, 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- STASSINOPOULOS, Michel. *apud* Themistocles Brandão Cavalcanti. *Tratado de direito administrativo*. São Paulo: Freitas Bastos, vol. 5.

## 2. JURISDIÇÃO INTERNACIONAL

2.1

### LINHAS GERAIS DO PROCESSO CANÔNICO

MARCELO BATLOUNI MEDRONI

Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. Advogado.

A Jurisdição eclesiástica aparece primeiro como um instrumento para defender os interesses da Igreja e subtrair dos Clérigos a Jurisdição secular. Depois, torna-se atributo de influência e dominação, para menoscabo da própria autoridade real, em virtude de uma paulatina multiplicação dos fatos que se consideram lesivos a tais interesses. O fundamento religioso que a sustentou no começo se fortificou com o político. É certo que, em um primeiro momento, o próprio monarca fomentou o poder da Igreja (como fez com os Municípios), com a esperança de que as armas espirituais do Papa se sujeitassem aos nobres e favorecessem assim a sua estabilidade (os homens ricos chegaram a competir em poder com o Rei, e este necessitou coligar-se com o povo, que desejava, por sua vez, sacudir o jogo pesado a que o tinham sujeito uma aristocracia turbulenta e ambiciosa); mas mais tarde se observa, ante a desmedida ingerência daqueles, uma verdadeira luta entre os três poderes que disputavam a preeminência: Real, Senhoril e Eclesiástica.

I — As cortes da Igreja, nessa época, podiam reformar as sentenças definitivas proferidas depois de um procedimento carente de garantias formais. Era como se os próprios Juizes tivessem pouca confiança nas decisões adotadas pelo sistema.

No curso do século XIII se instituiu e consolidou paulatinamente o "Tribunal da Inquisição" ou "Santo Ofício", para reprimir a heresia, o sortilégio, a adivinhação etc. No começo esta repressão foi uma consequência da visita canônica dos "Obispos" às Paróquias de suas dioceses, e tinha por objetivo informar-se da religião e da moral. Tinham ordem para escolher em cada lugar sete ou mais pessoas muito íntegras para que depusessem sob juramento sobre as desordens de que tivessem notícia. Posteriormente estabeleceram-se comissões mistas encarregadas desta missão que traçavam ainda o procedimento a seguir. Esta é a origem dos inquisidores, que já existiam em meados do século XIII. Foi um Tribunal temido pela gravidade das penas que impunha, pelo seguro do procedimento isento de garantias para o acusado e pela inapelabilidade das suas sentenças.