

Discrecionalidade administrativa e Separação de Poderes

Rodrigo Sanches Garcia

1. Tradicionalmente o Poder Judiciário têm-se afastado de conceder provimentos jurisdicionais que resultem em análise da conveniência e oportunidade, ou como preferem alguns administrativistas, que resultem em análise do mérito de um determinado ato administrativo. A postura defendida até então pelos tribunais e juízos de primeira instância, fundamenta-se na determinação constitucional de separação de poderes que harmônicos e independentes entre si, a teor do art. 2º da Constituição Federal de 1988, inviabiliza sob pena de ingerência de um poder sobre o outro, a sobreposição da “vontade” do Poder Judiciário sobre a “vontade” da Administração Pública enquanto Poder Executivo.

Muito já se escreveu sobre essa possibilidade de controle ou não pelo Judiciário dos atos da administração. Entretanto, o aspecto a ser abordado pelo presente trabalho, têm como ponto primordial a possibilidade de análise pelo Judiciário dos chamados atos discricionários frente aos chamados interesses difusos e coletivos, mais especificamente àqueles que são definidos tradicionalmente como direitos de 3º geração e que estão no texto constitucional como normas programáticas ou para alguns como verdadeiras normas imperativas a serem respeitadas não só pelo legislador ao criar as normas infraconstitucionais, como pelo administrador público, que dentro do princípio da estrita legalidade deve obedecê-las.

A intenção não é esgotar a matéria ou trazer soluções para o problema que têm sido objeto de análise da doutrina e da jurisprudência mais atenta aos novos ditames constitucionais, mas sim, colocar o problema e apontar as dificuldades de sua solução, seja pelo enfrentamento da postura tradicional, seja pela dificuldade própria do tema de definir aonde se encontra a discrecionalidade ou então a própria vinculação do administrador público aos ditames legais.

2. Na evolução para o Estado Social, o Estado anteriormente limitado somente a algumas funções, passou a intervir cada vez mais na sociedade, mais especificamente no

campo social, econômico e cultural. Essa intervenção operava-se principalmente através da lei, cuja obrigatoriedade decorria da constituição enquanto norma superior que continha as declarações de direito. Dentro desse quadro, se anteriormente a demora na formulação de uma lei era considerado salutar, na medida em que as relações que ela deveria reger existiam em sua forma natural, cabendo ao legislador apreende-las, na nova função intervencionista do Estado, a demora no processo legislativo ao contrário, prejudicava a solução dos problemas sociais. Isto porquê, a dinâmica das relações sociais haviam-se alterado, fato decorrente da natural evolução, seja dos meios de comunicação com a imprensa escrita, seja com os meios de transporte cada vez mais rápidos que permitiam uma difusão de idéias nunca antes vista.

Como salienta Sérgio Resende de Barros, exigia-se assim “*agilidade e eficiência nas intervenções econômicas, sociais e culturais, muitas vezes feitas em situações difíceis, acumulando urgência e relevância com a complexidade técnica e operacional das soluções*”.¹Evidencia-se o contraste entre o Executivo e Legislativo, na medida em que cumpria ao primeiro intervir rapidamente nas soluções dos problemas que surgiam, cabendo ao segundo dar o respaldo legal, editando leis que obrigassem os cidadãos a respeitarem as intervenções do Estado exercida pelo Executivo. Como as discussões no Parlamento eram no mais das vezes demoradas, fruto da composição heterogênea que o voto universal havia permitido, ele não atendia a rapidez com que era cobrado, nem alcançava a qualidade técnica que era exigida. Ao revés, o Executivo por se tratar de um órgão singular possuía as condições necessárias para intervir rapidamente nas soluções de litígios que o Estado-Providência reclamava.

Diante da ineficiência do Poder Legislativo frente a essas novas necessidades do Estado Social ou Estado de Bem-Estar, não tardou a que o Executivo tomasse para si a atribuição de legislar, abalando a clássica separação de poderes abarcada pelos revolucionários liberais.

3. Diante desse quadro em que a evolução histórica levou ao abalo da separação de poderes, cada vez mais se exigiu a criação de novos mecanismos de freios e contrapesos para o que poder exercido pelo Executivo, não abalasse o equilíbrio, agora não mais nos moldes clássicos, pois a ingerência de um poder sobre o outro se transformou em situação concreta.

¹ Barros, S. R. de, **Medidas, Provisórias?**. Artigo publicado na Revistada Procuradoria Geral do Estado, nº 53, junho de 2000. Medidas, Provisórias, p. 08.

A postura tradicional da doutrina, frente a essa separação de poderes, passou a confrontar os interesses defendidos pelo Estado na forma de fixação de diretrizes de governo e a necessidade de controle desses atos pelo Poder Judiciário. Necessário aqui, desde já fixar que na passagem do Absolutismo para o Estado de Direito e posteriormente para o Estado Social do Direito, a Administração Pública ou o Governo, manteve-se em ascensão, pois era ela própria quem interviera na execução das ingerências do Poder Executivo com a fixação dos objetivos do Estado.

Para Hely Lopes Meirelles, o que chamamos de Governo, “*ora se identifica com os Poderes e órgãos supremos do Estado, ora se apresenta nas funções originárias desses Poderes e órgãos como manifestação da Soberania. A constante, porém, do Governo é a sua expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos do Estado e de manutenção da ordem jurídica vigente”²(grifo meu).*

Assim, se cabe ao governo de forma precípua e constante a iniciativa e a fixação de objetivos do Estado, independentemente e de forma política, e se a Administração Pública, enquanto encarregada dos atos de execução, com maior ou menor grau de autonomia, deve pautar-se pelos limites legais de sua competência executiva, cabe definir em que ponto o Judiciário pode sobrepor-se a esses atos de governo, alterando através de decisões judiciais os objetivos do Estado e como a doutrina tradicional vê esse conflito de interesse.

Necessário desde já examinar os requisitos ou elementos do ato administrativo, pois é através desses atos que a Administração Pública manifestando sua vontade, adquire e impõe obrigações aos administrados. A doutrina identifica nos atos administrativos diversos elementos necessários à sua formação. Desses, três requisitos são vinculados a obediência legal, e sobre os quais não cabe a Administração Pública sua alteração, sendo eles a competência, a forma e a finalidade do ato administrativo. Utilizando-se da lição de Hely Lopes Meirelles, a *competência* é o poder atribuído ao administrador público, poder esse definido sempre em lei e que confere validade aos atos praticados por ele. A *forma*, também requisito vinculado pela lei, são os procedimentos especiais que o ato administrativo deve seguir para atingir sua plena validade. A *finalidade* consubstancia-se no objetivo do interesse público que deve ser atingido, ou resultado a ser alcançado.

² Meireles, H. L. Direito Administrativo Brasileiro: 18ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993. p. 60

Outros dois requisitos também integram a formação do ato administrativo, mas a sua fixação nem sempre vem definida em lei, sendo por vezes deixada ao critério do administrador público. São eles o motivo e o objeto do ato administrativo. Por *motivo* entende-se a identificação no plano concreto da situação de fato e de direito que determina ou então que autoriza que determinado ato seja realizado. Não sendo expresso na lei, o que lhe daria a característica de ato vinculado, o motivo pode ser integrado no ato administrativo pela valoração da Administração Pública, integrando-se com o último elemento do ato administrativo que seria o *objeto*. Esse, identificado com o próprio conteúdo do ato, tem como fim a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas que ficam ao critério de escolha do Administrador Público.

Ideologicamente cabe ao Estado representado pela Administração Pública atingir o bem comum. Para o bom desempenho dessa atividade, o Administrador nem sempre se depara com situações previamente definidas em lei, dada a impossibilidade do legislador de prever todas as hipóteses que a prática da Administração enfrenta. Por essa razão, nem todos os atos administrativos são vinculados, existindo aqueles que se revestem de discricionariedade permitindo ao administrador, liberdade de escolha da conveniência, oportunidade e conteúdo do ato administrativo. Ressalte-se que a *competência, forma e finalidade* do ato administrativo são sempre requisitos vinculados aos ditames legais e sobre os quais não cabe a discricionariedade. Esta vai incidir justamente no motivo e objeto do ato administrativo.

Diretamente ligado aos requisitos do ato administrativo, embora não seja requisito direto de sua formação, o *mérito do ato administrativo* consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, quando o Administrador autorizado a expressar a conveniência e oportunidade de sua realização, estabelece a prioridade de atuação da Administração.

Não se perca de vista que o bem comum a ser atingido confunde-se com o interesse coletivo ou social e que de alguma forma determina a atuação da Administração Pública, ainda que os atos administrativos endereçados a esse objetivo sejam atos administrativos discricionários.

Havendo a distinção entre os atos administrativos, somente aqueles vinculados expressamente pela lei é que poderiam ser objeto de apreciação pelo Poder Judiciário, que não poderia entrar na discussão do mérito administrativo. Na visão tradicional, “*erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só*

*a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração.*³

E ainda na citação de Seabra Fagundes, citado por Lídia Helena Ferreira da Costa Passos⁴, “...o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse, exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos do Poder Executivo...”

4. Delimitado os elementos do ato administrativo, estabeleceu-se que alguns elementos são vinculados a determinação legal e sobre eles o Administrador Público não possui discricionariedade para valorando a situação de fato, preencher o seu conteúdo. Tal restrição tem por fundamento direto o princípio da legalidade. Este princípio, surgido com o Estado de Direito, delimita a atuação da Administração Pública, estabelecendo que ela só pode fazer o que a lei permite ou determina. Difere-se a situação exposta no art. 5º, inciso II da Constituição Federal em que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, permitindo aos particulares a liberdade total desde que não haja norma estabelecendo comportamento diverso. A Administração Pública, ao contrário, cabe atuar diretamente respeitando aquilo que a lei manda. Como afirmado acima, mesmo nos atos administrativos discricionários, encontra-se o Administrador Público obrigado a respeitar o princípio da legalidade, considerando que os elementos *competência, forma e finalidade* encontram-se delimitados na lei. Essa delimitação, portanto, incide também na forma de apreciação pelo Poder Judiciário dos atos administrativos que fiquem eivados de nulidade e que serão objeto de apreciação mais a frente.

³ Meirelles, op.cit., p. 104.

⁴ Passos, Lídia Helena. F. C. Discricionariedade Administrativa e Justiça Ambiental. In: Milaré, E.(org.) **Ação Civil Pública – 15 anos**: São Paulo: Ed. RT, 2001, p.455.

O princípio da legalidade a ser respeitado incondicionalmente pela Administração Pública e o tema da discricionariedade de certos atos administrativos deve ser atualmente confrontado com a própria evolução constitucional. Se inicialmente com o aparecimento das constituições escritas procurava-se organizar racionalmente o poder político assegurando os direitos do homem e do cidadão frente a opressão do rei, a própria evolução sócio-política advinda pelas necessidades históricas geradas pela revolução industrial e pelas reações sociais aos excessos praticados pelo liberalismo fez surgir novas determinações constitucionais, fazendo por aparecer no corpo das constituições, direitos econômicos, sociais e culturais até então estranhos a essa nova disciplina. Se as primeiras proteções constitucionais eram de titularidades individuais, esses novos direitos inseridos na constituição, protegiam não mais os indivíduos, mas uma coletividade expressa em categorias a fim de promover a igualdade social. Aos direitos anteriormente opostos ao Estado afastando-o da ingerência na vida dos cidadãos, surgem esses novos direitos em que o principal garantidor passa a ser o próprio Estado através de uma prestação legislativa, administrativa ou judiciária. Dessa chamada segunda geração de direitos, evoluiu-se para a terceira geração.

Como lembrado por Sérgio Resende de Barros⁵, a classificação dessa evolução de direitos em 1ª, 2ª e 3ª Geração dada pioneiramente por Karel Vasak em 1979 no Instituto Internacional dos Direitos Humanos, em Estrasburgo, surgiu do título da aula inaugural proferida por Vasak, intitulada “*Pelos Direitos do homem da terceira geração: os direitos de solidariedade*”. Nessa chamada terceira geração de direitos, continua o autor, a necessidade histórica de seu aparecimento foi a reação aos extermínios em massa da humanidade decorrentes das duas grandes guerras que internacionalizaram os direitos humanos levando a criação de organismos supranacionais, a fim de gerar condições de progresso material para regenerar padrões morais de respeito à dignidade humana. A esses direitos também chamados de direitos de solidariedade, se incluiu também direitos coletivos não mais divididos em categorias, mas atribuídos a titularidades difusas.

Dessa forma, “*os valores humanos fundamentais, nos quais se expressam as condições fundantes da vida humana, imprescindíveis à subsistência da humanidade, tais como a paz mundial, o equilíbrio do meio ambiente, a autodeterminação dos povos, o desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos, o patrimônio comum da humanidade e tantos outros, tornaram-se hoje muito mais necessitados de proteção, do*

⁵ Barros, S. R.. **Noções sobre Gerações de Direitos**. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br/aulas>. Acesso em 26 de junho de 2002.

que em épocas anteriores, e por isso desencadearam uma geração atual de direitos, visando a proteger a própria humanidade mediante a promoção da solidariedade e da dignidade humanas”⁶.

O advento dessa terceira geração de direitos inserida dentro da Constituição Federal faz por alterar a visão tradicional de que a atuação judicial no controle dos atos da Administração Pública deve ser isenta, apurando-lhes somente a adequação legal, como expressão do procedimento previamente definido, não adentrando, portanto, no chamado mérito do ato administrativo, cuja análise judicial constituiria indevida ingerência de um poder sobre o outro.

5. Já se disse acima, que a incapacidade do legislativo, dentro de sua estrutura pluralista, de prover rapidamente mediante sua atividade legiferante as necessidades da sociedade que cada vez mais exigia a intervenção do Estado nas relações sociais, fez com que o Legislativo acabasse abdicando parcialmente e pelas razões históricas acima indicadas, a sua função legiferante, delegando-a cada vez mais ao Executivo que passou a tomar a frente na produção das leis.

O Estado na pessoa do Executivo passa a se tornar onipresente assumindo a dupla função de fazer as leis e ao mesmo tempo executa-las.

Se na doutrina clássica da separação de poderes se entendia que nenhum poder poderia abrir mão de sua função constitucional, a transferência de parte da função legislativa para o Executivo como acima identificado levou a criação de espécies normativas como as leis delegadas, decretos-leis e recentemente no Brasil, de medidas provisórias com força de lei. Necessário ponderar que a concessão da iniciativa das leis também na pessoa do chefe do Executivo, levou a atual situação em que a grande maioria das leis votadas pelo Legislativo passou a ser da iniciativa do Executivo, coroando a situação acima identificada de necessidade crescente de intervenção do Executivo que possuía a agilidade e eficiência para as intervenções econômicas, sociais e culturais.

O abalo na clássica separação de poderes refletiu-se diretamente nas constituições, afastando-a da argumentação teórica que a criou. Nesse aspecto, a disposição constitucional de que “*são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*” (art. 2º CF), deve ser lido não mais sob a ótica das revoluções liberais, mas dentro de um contexto em que as relações sociais, altamente

⁶ Ibid. 18º parágrafo

conflitantes, seja em seu aspecto individual, mas agora, principalmente, em seu aspecto coletivo e difuso, reclamam a pronta intervenção de um Poder sobre o outro, sempre que ocorrerem desvios na sua atuação.

Dentro dessa dialética cumpre delimitar o papel do Poder Judiciário. Num primeiro momento, a apresentação da evolução histórica principalmente sob o prisma do Poder Legislativo e Executivo, tem sua razão de ser. Nessa evolução, dentre os poderes, ocupa o Poder Judiciário posição, do ponto de vista político, menos importante. Isso porquê, sua atuação tem como base o desrespeito a alguma norma posta. Enquanto não houver provocação pelas partes interessadas ou na visão clássica do processo, das pessoas cujos conflitos de interesses sejam postos em juízo, ele permanece inerte principalmente quanto a atividade global do Estado. A execução pura e simples da lei é atividade executiva ou administrativa e afeta ao Poder Executivo, sendo que somente o seu desrespeito é que passa a ser analisado pelo Judiciário.

Essa diferenciação na atuação do Poder Judiciário, dentro da evolução para os chamados direitos de terceira geração, opera um alargamento na função jurisdicional. Com o advento da Constituição de 1988, deixa o Judiciário de restringir-se somente a garantia do princípio da legalidade e o estrito cumprimento da lei, assumindo a proteção de outros princípios tais como os da moralidade, impessoalidade, eficiência, além de garantir a efetividade das chamadas normas constitucionais programáticas. Deixa o Poder Judiciário a posição de garantidor somente dos direitos e garantias individuais, para dar efetividade aos chamados direitos coletivos ou de terceira geração.

Com o corolário da inafastabilidade da jurisdição, no direito brasileiro não há matéria vedada ao Poder Judiciário, seja qual for a sua natureza, individual ou coletiva. Entretanto, submeter uma determinada lide a apreciação judicial não implica necessariamente em um provimento favorável, principalmente quanto a apreciação discricionária dos atos administrativos.

6. A reapreciação de questões decididas inicialmente no âmbito Administrativo coloca como relevante o questionamento sobre a discricionariedade administrativa e a chamada discricionariedade judicial.

Já se disse acima que cabe ao governo de forma precípua e constante a iniciativa e a fixação de objetivos do Estado, independentemente e de forma política, e que a Administração Pública, enquanto encarregada dos atos de execução, com maior ou menor

grau de autonomia, deve pautar-se pelos limites legais de sua competência executiva. Deve-se definir em que ponto o Judiciário pode sobrepor-se a esses atos de governo.

Se quanto à extensão, restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato em sua conformidade com a lei, ou seja, quanto ao prisma da legalidade, o mérito do ato administrativo ao contrário é fixado em um sentido político, ou seja, como atendimento a um interesse público cujo sentido será levantado mais adiante.

Certamente nessa visão, não pode o Judiciário tomar para si a tarefa de preencher os elementos do ato administrativo que deixou o legislador aos cuidados do Administrador Público, sob pena de se instituir uma discricionariedade judicial.

A discricionariedade administrativa compreende aspectos que nem sempre são afetos a apreciação e apreensão judicial, tais como utilidade e razoabilidade dos procedimentos administrativos.

Pedimos licença para transcrever trecho da obra de Seabra Fagundes⁷ ao tratar do tema, quando afirma que *“pressupondo o mérito do ato administrativo a possibilidade e opção, por parte do administrador, no que respeita ao sentido do ato – que poderá inspirar-se em diferentes razões de sorte a ter lugar num momento ou noutro, como poderá apresentar-se com êste ou aquele objetivo – constitui fator apenas pertinente aos atos discricionários.*

Onde se trate de competência vinculada, sendo a atividade do administrador adstrita a um motivo único, predeterminado, cuja ocorrência material lhe cabe tão-somente constatar, e devendo ter o procedimento administrativo por objeto de uma certa e determinada medida, expressamente prevista pela lei, não há cogitar do mérito como um dos fatores integrantes do ato administrativo. Este se apresenta simplificado pela ausência de tal fator.” E continua referido autor, que *“tanto mais quanto, se se analisa o procedimento administrativo concretizado afinal em um ato vinculado, não é possível abstrair, tendo em vista a situação individual por êle atingida e o interesse da Administração Pública, de considerações atinentes à sua justiça, oportunidade, razoabilidade etc. O ato administrativo decorrente do exercício de competência estrita também se pode mostrar, do mesmo modo que o emanado do exercício de competência livre, justo ou injusto, oportuno ou inoportuno, razoável ou desarrazoado, útil ou pernicioso, bom ou mau.”*

⁷ Seabra Fagundes. M. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Ed. Forense, 1967, p. 149

Entretanto, a discricionariedade judicial pode realizar-se na medida em que litígios concretos colocados para decisão devem ser balizados pelas finalidades definidas pelo ordenamento legal. Os valores inseridos dentro das normas editadas e principalmente na Constituição não podem ser consideradas simplesmente normas valores. Antes, devem servir de orientação ao aplicador da lei, da mesma forma que na constituição do ato administrativo devem servir de orientação ao administrador público quanto a identificação no plano concreto dos fatos que devem ensejar o ato e os fatos que merecem alteração no plano real, identificado como o objeto do ato administrativo. Em outras palavras, deve o administrador público quanto ao mérito do ato administrativo, valorá-lo utilizando-se dessas normas fins. Não o fazendo e sendo a questão posta em discussão para o Judiciário apreciá-la, esses atos tornam-se verdadeiros atos vinculados ao atingimento de uma finalidade pública já definida no nível constitucional e não mais atos discricionários pura e simplesmente. Essa substituição de interpretação do Executivo pelo Judiciário, aqui denominada como discricionariedade judicial se posicionará como um verdadeiro direito e garantia dado pelo ordenamento jurídico. Certamente, a necessidade e conveniência de apreciar a discricionariedade administrativa, deve levar o Judiciário a não desvirtuar a finalidade última que legitima a atuação da Administração pública, e que é em última análise o atingimento do bem comum pela expressão do interesse público.

Não se trata simplesmente de substituir a discricionariedade Administrativa pela Discricionariedade Judicial, mas fazer com que esse controle jurisdicional seja para o atendimento de uma finalidade fundamental de apaziguamento das contingencialidades sociais, implementando o interesse público definido constitucionalmente e negado pela Administração Pública.

7. Com a revolução dos ideais liberais e a separação dos poderes como forma de conter o absolutismo, surge em França o Direito Administrativo. Certamente já existia administração pública com os governos monárquicos absolutistas, mas a delimitação como disciplina, inclusive com abordagens acadêmicas somente ocorre após a revolução. Certamente isso tem sua razão de ser, na medida em que a submissão de todos perante a lei, faz a própria organização do Estado ser submetida a ela. Nessa submissão, a idéia de que há discricionariedade no exercício das funções do Estado surge concomitantemente com a do Estado de Direito, na medida em que se estruturou esse conceito em torno da idéia de poder e como atributo imprescindível ao seu exercício. Como corolário da ampla

liberdade conquistada, mantinha-se o Estado afastado da ingerência nas relações sociais. Somente com o surgimento dos direitos sociais (2ª geração de direitos) e mais recentemente com a inserção dentro das constituições dos chamados direitos de 3ª geração é que a discricionariedade administrativa passa a inserir-se como ponto de partida para discussões do verdadeiro alcance dos critérios de oportunidade e conveniência do Administrador Público.

A crescente multiplicação de interesses conflitantes e dispersos por um número indeterminado e abstrato de pessoas as quais possuem interesses comuns, faz com que o direito de um seja o de todos e o de todos seja o de um, sem condições de se dissociar a titularidade. São direitos difusos e coletivos que passam a ser protegidos a nível constitucional. No plano infraconstitucional, esses direitos passam a ser protegidos pelo surgimento de novos instrumentos jurídicos capazes de conceder uma tutela adequada a proteção coletiva, afastando a rigidez individualista das regras processuais vigentes que tinham por escopo a proteção de direitos também individualistas.

No âmbito nacional, o surgimento em 1985 da chamada Lei da Ação Civil Pública passa a constituir meio eficaz de proteção aos direitos difusos e coletivos, na medida em que não tinha somente a função de invalidar os atos ilegais ou ilegítimos da Administração Pública, tal qual a ação popular, mas passou a assegurar a possibilidade de se requerer uma obrigação de fazer ou não fazer, além da condenação em dinheiro como forma de proteção e resguardo àqueles direitos. Advém daí novos problemas, pois ao se impor obrigação de fazer ou não fazer à Administração Pública, surgem as indagações sobre a possibilidade ou não de se compelir o Administrador Público à prática de atos necessários por determinação constitucional.

Se é certa a possibilidade de proteção pelos diversos diplomas legislativos e pela própria Constituição que determina, por exemplo, ser direito e dever de todos a proteção ao meio ambiente, o problema se coloca na forma do ato comissivo ou omissivo que será exigido do Poder Público, uma vez que esse pratica atos vinculados a determinação legal ou discricionários, quando cabe a ele a determinação dos motivos e do objeto que irão integrar o ato administrativo.

Já se disse acima que a discricionariedade do administrador não é ampla como considerada outrora e que ele era o juiz absoluto da coisa pública, ao revés, é ela delimitada por vários aspectos que modernamente diante dos novos imperativos fático-

sociais, a restringe por marcos referenciais em que a legitimidade, legalidade e moralidade fixam contornos que devem se obrigatoriamente observados.

Esses marcos referenciais são dados prioritariamente pela Constituição Federal, sejam quando fixa os objetivos fundamentais da República em seu art. 3º, seja quando insere sob o título “Da Ordem Social” a proteção a esses interesses altamente conflitantes, dos quais destacamos para melhor elucidação o meio ambiente. Portanto, nessa perspectiva, o interesse público na proteção do meio ambiente, conceito inicialmente indeterminado, a ser atingido pelo Administrador Público não é discricionário. Pode e deve ser identificado pelas normas acima identificadas e, portanto, podem sujeitar-se a controle pelo Poder Judiciário, uma vez que o mensuramento desse interesse está na própria norma constitucional e infraconstitucional, não sendo algo privativo do Executivo já que cabe a ele de forma precípua e constante a iniciativa e a fixação de objetivos do Estado, independentemente e de forma política.

Portanto, a discricionariedade do administrador público não constitui óbice para uma decisão judicial que estabeleça uma obrigação de fazer ou não fazer, fundada na delimitação do bem comum ou do interesse público, uma vez que tal definição encontra seus contornos no próprio sistema.

A submissão dessas questões ao crivo do Judiciário não podem ser consideradas intromissões de um poder no outro, trata-se na verdade de uma nova forma de freios e contrapesos que podem e devem ser utilizados pelo sistema. Certamente, e é o que se espera, é que haja modificação na forma de análise pelo Judiciário das questões postas para solução, sob pena de transformar-se as determinações constitucionais em letras mortas.

Bibliografia:

1. Ackel Filho, D. **Discricionariedade Administrativa e Ação Civil Pública**. Revista dos Tribunais, ano 79, julho de 1990, vol. 657. p. 50.
2. Arruda, J. J. De A.. **História Moderna e Contemporânea**. 5ª ed. :Editora Ática – 1976.
3. Barros, Sérgio Resende de. **Medidas, Provisórias?**. Artigo publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado, nº 53, junho de 2000.
4. _____. Noções sobre Gerações de Direitos. Disponível em: <http://www.srbarros.com.br>
. Acesso em 26 de junho de 2002.

5. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. **Estado de Direito e constituição**. 2º ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999.
6. _____ **Do Processo Legislativo**. 5ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002.
7. Medauar, Odete. **O direito Administrativo em evolução**. São Paulo: Ed. RT, 1992.
8. Meireles, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 18ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1993.
9. Milaré, Edis.(org.). **Ação Civil Pública – 15 anos**. São Paulo: Ed. RT, 2001
10. Mirra, Alvaro Luiz Valery. **ACP e a Reparação do Dano ao Meio Ambiente**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002.
11. Seabra Fagundes. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1967.
12. Silva, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 8ªed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992.
13. Souza. Motauri. Chiochetti de.. **Ação Civil Pública e Inquérito Civil**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.