

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

VITOR SZPIZ DO NASCIMENTO

RIO DE JANEIRO
2018 / 2º SEMESTRE

VITOR SZPIZ DO NASCIMENTO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

RIO DE JANEIRO
2018 / 2º SEMESTRE

DADOS PESSOAIS

Vitor Szpiz do Nascimento

DRE: 114023794

Celular: + 55 (21) 99665-3304

E-mail: vitor_szpiz@hotmail.com

Ed.: Rua Prudente de Moraes, 947, Ipanema, Rio de Janeiro – RJ

CEP: 22420-041

Turno: Integral.

Orientador: Fábio Corrêa Souza de Oliveira

VITOR SZPIZ DO NASCIMENTO

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Dr. Fábio Corrêa Souza de Oliveira.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Membro da Banca: Prof. Fábio Corrêa Souza de Oliveira

Membro da Banca: Prof. Daniel Braga Lourenço

Membro da Banca:

RIO DE JANEIRO
2018 / 2º SEMESTRE

CIP - Catalogação na Publicação

SN244c Szpiz do Nascimento, Vitor
O Controle Judicial dos Atos Administrativos
Discrecionários / Vitor Szpiz do Nascimento. -- Rio
de Janeiro, 2018.
60 f.

Orientadora: Fábio Côrrea Souza de Oliveira.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Direito Administrativo. 2.
Discrecionariiedade. 3. Controle Judicial. I. Côrrea
Souza de Oliveira, Fábio, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a)
autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283

O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

RESUMO: O presente trabalho visa analisar, à luz da Constituição de 1988, compreendida e classificada como Constituição Dirigente, os limites de conteúdo e forma para a atuação do Poder Judiciário quando do controle da atividade discricionária da Administração Pública, assim compreendida como atividade em que o administrador possui mais de uma opção igualmente razoável.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariiedade; Atos Administrativos; Controle Judicial; Constituição Dirigente.

ABSTRACT: This essay aims to analyze, according to the 1988 Constitution, classified as a Dirigent Constitution, the limits of judicial review of discretionary acts from the Public Administration, comprehended as acts in which the Public Administrator has more than one equally reasonable option.

KEY-WORDS: Discretion; Administrative Acts; Judicial Review; Dirigent Constitution.

SUMÁRIO

SUMÁRIO.....	7
1. INTRODUÇÃO	9
2. PANO DE FUNDO TEÓRICO-CONSTITUCIONAL:.....	11
2.1 A Constitucionalização do Direito Administrativo	11
2.2 A Constituição de 1988 como Constituição Dirigente – O que isso significa e o que isso não significa?.....	17
2.2.1 Questão política: Constituição Dirigente se opõe a Constituição Garantia?	19
2.2.2 Questão econômica: Constituição Dirigente se opõe ao capitalismo?	21
2.2.3 Questão ética: Constituição Dirigente impõe o utilitarismo?	23
2.3 O Poder Judiciário no sistema constitucional brasileiro	26
2.3.1 Considerações iniciais sobre o Poder Judiciário como poder democrático	26
2.3.2 A função concretizadora de direitos do Poder Judiciário brasileiro à luz de sua Constituição Dirigente.....	30
3. OS ATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO	33
3.1 Conceito	35
3.2 Elementos.....	37
3.2.1 Competência	38
3.2.2 Forma	40
3.2.3 Objeto.....	41
3.2.4 Motivo	42
3.2.5 Finalidade	44
3.3 Atributos.....	45
3.3.1 Presunção de legalidade	46
3.3.2 Imperatividade	46
3.3.3 Auto executoriedade.....	47
3.4 Vinculação e Discricionariedade	47
4. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	51
4.1 Conteúdo do julgamento: Possibilidade de revisão do mérito.....	53
4.2 Técnica de julgamento: Proporcionalidade como extensão e limite da atividade judicial	57
4.3 A experiência internacional.....	58
4.3.1 <i>Judicial Review</i> dos atos administrativos nos Estados Unidos	58
4.3.2 <i>Judicial Review</i> dos atos administrativos em Israel	60
5. CONCLUSÃO.....	62

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS65

“Juizes muitas vezes se questionam se há ou não espaço para intervir na decisão do poder executivo. Na minha opinião, essa não é a pergunta correta a se perguntar. A pergunta correta é se a Administração agiu legalmente. Se ela agiu legalmente, não há espaço para intervir. Se ela agiu ilegalmente, há espaço para intervir.”
Aharon Barak, ex-presidente da Suprema Corte de Israel.

1. INTRODUÇÃO

Dois fatores destacam-se, atualmente, como fundamentais à análise do funcionamento do Estado brasileiro, conforme o desenho institucional elaborado pela Constituição de 1988: de um lado, observa-se, cada vez mais, o fortalecimento do Poder Judiciário, passando o Supremo Tribunal Federal a desempenhar a função de órgão em que são tomadas algumas das principais decisões políticas do país¹, de outro, principalmente com o advento da operação Lava-Jato² e de seus desdobramentos, agravam-se as tensões entre os poderes da República.

¹ BARROSO lista, exemplificativamente, uma série de julgados de relevância política e social singular, para exemplificar a atual tendência de judicialização na vida pública do Brasil: “(i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF). A lista poderia prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI 3937/SP).” BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2011, p. 88-89.

² Convencionou-se fazer referência à expressão “Operação Lava Jato” para designar uma extensa sequência de investigações sobre corrupção, nos mais altos escalões da política e governo brasileiros, a partir da criação de uma Força Tarefa do Ministério Público Federal, no Paraná, em abril de 2014, com relevantes desdobramentos no Rio de Janeiro, Distrito Federal e São Paulo. Disponível em <http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato>, acesso em 17.10.2018.

Com a série de crimes revelados pela Operação Lava-Jato, e, principalmente, as suas consequências para alguns dos principais integrantes dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, escancarou-se o que há muito já se comentava na doutrina especializada: A democracia e o constitucionalismo, no Brasil, ainda são frágeis, ainda que sejam significativos os avanços decorrentes da Constituição de 1988, fazendo com que o país esteja mais próximo do que jamais esteve de atingir os ideários de um Estado Democrático de Direito³.

Na medida em que as tensões – evidenciadas tanto por meio de declarações na mídia, quanto por meio da própria atuação institucional, no âmbito de suas atribuições próprias e específicas, de Ministros do STF, Senadores, Ministros de Estado, Deputados e até mesmo do Presidente da República – aumentam, os limites do sistema de controle recíproco entre os poderes é desafiado.

Não há dúvidas, portanto, a respeito da relevância do estudo do sistema de controle de freios e contrapesos previstos na Constituição de 1988.

Nesse sentido, analisar-se-á o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre o Poder Executivo, voltando-se o olhar para as possibilidades de revisão judicial dos atos administrativos, e, conseqüentemente, reexame judicial da atuação executiva. Conquanto o tema já tenha sido objeto de grande atenção doutrinária no passado, busca-se analisar, sobretudo, se a discussão se atualizou, incorporando os desdobramentos contemporâneos decorrentes da constitucionalização não apenas do direito, mas também da atividade política, impositiva pelo dirigismo da Constituição de 1988.

O presente trabalho, portanto, visa a responder se o sistema de equilíbrio entre os poderes, estabelecido na Constituição, permite que o Judiciário exerça alguma forma de controle sobre os atos administrativos. Busca, ainda, em caso de resposta positiva, verificar se há alguma hipótese em que o referido controle não possa ser realizado, e, por fim, se existem e quais seriam os limites para o controle judicial dos atos administrativos.

³ SARMENTO, Daniel e NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forense, 2014. p. 182.

Estabelecido o objeto do presente estudo, esclareça-se, desde já, que, conquanto o diálogo transconstitucional seja levado em conta a seguir, principalmente no que diz respeito à qualificação da Constituição de 1988 como Constituição Dirigente, a presente pesquisa é voltada, primordialmente, à análise do direito interno vigente, não tendo por objeto o estudo do direito comparado ou a evolução histórica do pensamento constitucional.

Ainda, destaque-se que este trabalho não tratará da relação entre o Poder Judiciário e o Poder Legislativo, fruto de extensa e fértil produção acadêmica no campo do direito, principalmente no que diz respeito ao papel do STF na promoção e efetivação dos direitos fundamentais quando o legislador é inerte. Busca-se, aqui, lançar os olhos à relação entre o Poder Judiciário e o Poder Executivo, superando os paradigmas clássicos da dogmática administrativa autossuficiente e isolada da Constituição. Nesse sentido e com especial atenção às consequências para a atuação da Administração Pública geradas por uma Constituição Dirigente, tenta-se responder a fundamental questão a respeito dos limites do controle judicial ao exercício da atividade administrativa discricionária.

Estabelecidos acima os contornos fundamentais desta monografia, o trabalho será desenvolvido da seguinte forma: segue esta introdução (**capítulo 1**), um capítulo em que será exposto o quadro conceitual sobre o qual se trabalhará, com base na constitucionalização do direito administrativo e do dirigismo constitucional imposto pela Constituição de 1988 (**capítulo 2**). Em seguida, expostos os conceitos básicos necessários à compreensão do fenômeno dos atos administrativos (**capítulo 3**), adentrar-se-á ao ponto fundamental de análise das possibilidades de controle judicial dos atos administrativos discricionários e suas eventuais limitações, bem como da experiência estrangeira nesse controle (**capítulo 4**), seguido de breve conclusão (**capítulo 5**).

2. PANO DE FUNDO TEÓRICO-CONSTITUCIONAL:

2.1 A Constitucionalização do Direito Administrativo

Não há dúvidas que o Direito Administrativo e o Direito Constitucional sempre possuíram íntima relação, por se tratarem de duas das principais disciplinas do ramo que se convencionou chamar de Direito Público, com origens e objetivos em comum⁴. Não por coincidência, a Constituição de 88 estabelece expressamente os contornos básicos da atuação administrativa⁵, além de dela se extraírem, implicitamente, diversos outros comandos cuja observância é obrigatória ao administrador público⁶.

Nesse panorama de intensa correlação entre as duas disciplinas, a doutrina ocupou-se com a discussão, durante a primeira metade do século XX⁷, a respeito de qual desses ramos do direito deveria gozar de maior privilégio e importância⁸. Isso porque assistia-se a uma tentativa, ao mesmo tempo constante e contraditória, de separação de Direito Administrativo e Direito Constitucional, como bem repara BINENBOJM:

“Talvez o mais paradoxal dessa acidentada evolução tenha sido o que Sebastian Martín-Retorillo identificou como uma *fuga* do direito constitucional. Com efeito, embora criado sob o signo do Estado de direito, para solucionar os conflitos entre autoridade (poder) e liberdade (direitos individuais), o direito administrativo experimentou, ao longo de seu percurso histórico, um processo de *descolamento* do direito constitucional. A própria *descontinuidade* das constituições, em contraste com a *continuidade* da burocracia, contribuiu para que o direito administrativo se nutrisse de categorias, institutos, princípios e regras próprios, mantendo-se de certa forma alheio às sucessivas mutações constitucionais”⁹

⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, , 2005, p. 36.

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. pp 9/10.

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 33.

⁷ BAPTISTA, Patrícia e CAPECCHI, Daniel. *Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão*. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4., p. 194.

⁸ Na verdade, a discussão remonta à origem das duas disciplinas e do direito público moderno, no século XIX. A esse respeito, confira-se trecho da primeira – ou uma das primeiras – grande obra do Direito Administrativo no Brasil, o Ensaio Sobre o Direito Administrativo, de Paulino José Soares de Souza, o Visconde de Uruguai, publicada em 1862: “A organização, formas e ação administrativas estão intimamente ligadas com a organização, forma e ação dos poderes políticos. São, portanto, ainda que vivam e se movam separadamente, inseparáveis e dependentes dos princípios em que se baseia a organização política. Separar completamente o direito administrativo do constitucional, diz Laferrrière, fora tirar-lhe a sua razão de existência.” SOUZA, Paulino José Soares de. *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 1862. p. 15. Disponível em: <https://archive.org/details/ensaiosobreodire00urug/page/n43>. Acesso em: 17.10.2018.

⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. pp. 18/19.

Naquele época, a partir do correto diagnóstico de profunda instabilidade do Direito Constitucional, sobretudo em seu país e tempo¹⁰ – enquanto as diretrizes estipuladas pelo Direito Administrativo para a atuação da administração pública, por outro lado, permaneciam razoavelmente impactas, possibilitando a continuidade das atividades do Estado –, o administrativista alemão Otto Mayer cunhou a célebre frase “*O direito administrativo permanece, enquanto o direito constitucional passa*”.

Conquanto, em termos históricos, a assertiva de Otto Mayer seja recentíssima, já que nem ao menos completou seu primeiro século de existência, a evolução do Direito Constitucional, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, faz parecer se tratar de frase registrada por meio de pinturas rupestres.

Isso porque, seja com base na ainda anterior à Mayer teoria das pirâmides normativas, atribuída a Kelsen¹¹, seja com base em mais antigas ainda revisitações ao jusnaturalismo¹², seja com base em mais recentes teorias como a autocontenção de poder popular para promoção de estabilidade¹³ e do fenômeno social que justifica um momento constitucional¹⁴, fato é que, atualmente, observa-se o fenômeno da *constitucionalização do direito*, definido por BARROSO como “efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico”¹⁵.

¹⁰ Recorde-se que a célebre frase de Otto Mayer foi primeiro publicada em 1933, durante profunda crise institucional e constitucional na República de Weimar, bem como durante a escancarada e incontrolável ascensão do nazismo.

¹¹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5ª ed., 7ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 40/41.

¹² Conquanto os autores não vinculem, necessariamente, a existência de direitos a ser resguardados da atividade política do dia-a-dia a fundamentos jusnaturalistas, reconhecem a aproximação, sobretudo no que diz respeito aos efeitos práticos, de que se estabeleçam direitos que merecem maior segurança ao jusnaturalismo. SARMENTO, Daniel e NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forense, 2014. p. 25.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 89.

¹⁴ SARMENTO, Daniel e NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forense, 2014. p. 26.

¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, , 2005, p. 16.

Ainda conforme BARROSO, a constitucionalização resulta de um processo de ascensão do direito público e da centralidade da Constituição, superando a antiga centralidade exercida pelas figuras de direito privado e pelos códigos civis;

“A teoria jurídica do século XIX havia sido construída predominantemente sobre as categorias do direito privado. O Século, que começara com o Código Civil francês, o Código Napoleão, de 1804, termina com a promulgação do Código Civil alemão, de 1900. Os protagonistas do Direito eram o contratante e o proprietário. Ao longo do século XX assiste-se a uma progressiva publicização do Direito, com a proliferação de normas de ordem pública. Não apenas em matéria de direito família, como era tradicional, mas em áreas tipicamente privadas como o contrato – com a proteção do polo mais fraco das relações jurídicas, como o trabalhador, o locatário, o consumidor – e a propriedade, com a previsão da função social da propriedade.

Ao final do século XX, essa publicização do Direito resulta na centralidade da Constituição. Toda interpretação jurídica deve ser feita à luz da Constituição, dos seus valores e dos seus princípios. Toda interpretação jurídica é, direta ou indiretamente, interpretação constitucional. Interpreta-se a Constituição diretamente quando uma pretensão se baseia no texto constitucional (uma imunidade tributária, a preservação do direito de privacidade); e interpreta-se a Constituição indiretamente quando se aplica o direito ordinário, porque antes de aplicá-lo é preciso verificar sua compatibilidade com a Constituição e, ademais, o sentido e o alcance das normas infraconstitucionais devem ser fixados à luz da Constituição.”¹⁶

Importa destacar que a *constitucionalização do direito*, aqui examinada, não se confunde com a *positivação constitucional do direito infraconstitucional*, como bem explica CLÈVE:

“A dogmática constitucional deve desenvolver essa construção para filtrar todo o direito infraconstitucional, apontando inconstitucionalidades (não apenas formais, mas especialmente materiais), ou sugerindo novas leituras ajustadoras da legislação infraconstitucional à materialidade constitucional. Neste processo, certamente, serão potencializados os dispositivos constitucionais densificadores dos valores compromissórios com a dignidade da pessoa humana. Esse processo pode ser chamado de ‘constitucionalização do direito infraconstitucional’, que nada tem a ver com a ‘positivação constitucional do direito infraconstitucional’. O primeiro constitui processo de releitura do direito infraconstitucional. O segundo consiste em técnica de atribuição de status constitucional formal a institutos tradicionalmente tratados pelo direito infraconstitucional.”¹⁷

¹⁶ BARROSO, Luis Roberto. *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>. Acesso em 17.10.2018. pp. 4/5

¹⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). *Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 45/46.

À luz dessa distinção, nota-se que a constitucionalização do direito possui matriz verdadeiramente dogmática, não sendo necessário, portanto, extrai-la de revisitações ao jusnaturalismo ou de critérios subjetivos¹⁸.

Talvez a forma mais clara e direta de observação do fenômeno da constitucionalização do direito no Brasil tenha sido a mudança de paradigma do direito civil¹⁹, que passou não apenas a ser pensado e interpretado, em doutrina²⁰ e jurisprudência²¹, à luz da Constituição, afastando-se a clássica autonomia do direito privado, mas também a aceitar a aplicação direta da Constituição às relações entre particulares²².

Nada obstante isso, todos os demais ramos do direito no Brasil, como o Direito Administrativo, vêm passando por um fenômeno de constitucionalização. Não se ignora a aguçada colocação de DI PIETRO de que, de certa forma, o Direito Administrativo no Brasil sempre atravessou um processo de constitucionalização, uma vez que sua regulamentação sempre foi estabelecida, ainda que em normas gerais, pelos diplomas constitucionais²³. Sem prejuízos, como a própria autora pontua, o fenômeno intensificou-se e ganhou novos contornos a partir da Constituição de 1988:

“No entanto, o sentido em que a constitucionalização do direito administrativo é mais recente (porque teve início com a Constituição de 1988) e produziu reflexos intensos sobre o princípio da legalidade (que resultou consideravelmente ampliado) e a

¹⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 51.

¹⁹ “O processo de constitucionalização do direito civil, no Brasil, avançou de maneira progressiva, tendo sido amplamente absorvido pela jurisprudência e pela doutrina, inclusive civilista”. BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, , 2005, p. 35.

²⁰ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 2.

²¹ “Embora criado pela Constituição Federal como guardião do direito infraconstitucional, no estado atual em que se encontra a evolução do direito privado, vigente a fase histórica da constitucionalização do direito civil, não é possível ao STJ analisar as celeumas que lhe aportam “de costas” para a Constituição Federal, sob pena de ser entregue ao jurisdicionado um direito desatualizado e sem lastro na Lei Maior. Vale dizer, o Superior Tribunal de Justiça, cumprindo sua missão de uniformizar o direito infraconstitucional, não pode conferir à lei uma interpretação que não seja constitucionalmente aceita” REsp 1.183.378/RS, STJ, 4ª Turma, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 25.10.2011.

²² SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. (Org.). *Direito Civil Constitucional*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 2.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012. Versão digital. pp. 4/5.

discricionariedade (que resultou consideravelmente reduzida) foi a constitucionalização de valores e princípios, que passaram a orientar a atuação dos três Poderes do Estado: eles são obrigatórios para o Legislativo e seu descumprimento pode levar à declaração de inconstitucionalidade de leis que os contrariem; são obrigatórios para a Administração Pública, cuja discricionariedade fica limitada não só pela lei (legalidade em sentido estrito), mas por todos os valores e princípios consagrados na Constituição (legalidade em sentido amplo); e são obrigatórios para o Poder Judiciário, que pode ampliar o seu controle sobre as leis e os atos administrativos, a partir da interpretação de valores que são adotados como verdadeiros dogmas do ordenamento jurídico.”²⁴

Nesse sentido, utilizar-se-á como premissa teórica fundamental para o presente trabalho, em decorrência da constitucionalização do Direito Administrativo, a aplicação direta dos princípios constitucionais²⁵, com a consequente vinculação da Administração Pública a eles, submetendo toda a disciplina a um amplo controle não apenas de legalidade, mas sim de *juridicidade*, assim definida por BINENBOJM:

“A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade secundum legem), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade praeter legem), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem, com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição).”²⁶

É esse, portanto, o Direito Administrativo objeto do presente estudo: um direito administrativo que permite a atuação do administrador mesmo no caso de ausência ou contrariedade de lei, em virtude da irradiação dos efeitos da Constituição²⁷ e da aplicação direta da Constituição, animada por sua eficácia normativa²⁸.

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012. Versão digital. p. 5.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, , 2005, p. 16.

²⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 38.

²⁷ BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5. 2015. pp. 31/32

²⁸ No clássico de Konrad Hesse, força normativa da Constituição seria atribuí-la uma força própria motivadora e ordenadora da vida do Estado, independente da política. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri Editor, 1981. p. 11. A respeito do que

2.2 A Constituição de 1988 como Constituição Dirigente – O que isso significa e o que isso não significa?

Estabelecida a premissa fundamental de que o Direito Administrativo – assim como os demais ramos do Direito – deve ser lido, pensado, estudado e interpretado à luz da Constituição, resta ainda uma questão teórica fundamental a ser respondida antes de se entrar na análise propriamente dita a que se propõe o presente estudo: quais as características fundamentais da Constituição de 1988 relevantes para a análise do controle judicial dos atos administrativos?

Sem dúvida alguma, as caracterizações de uma Constituição são tão vastas quanto se pode alcançar a imaginação. Podem ser classificadas em escritas ou não escritas; rígidas, semirrígidas ou flexíveis; sintéticas ou analíticas; promulgadas ou outorgadas, e etc²⁹.

Nada obstante o vasto universo de classificações existente, cumpre ressaltar que uma classificação, qualquer que seja, “para ter alguma valia – observava o mestre Roberto Lyra Filho –, deve ser *lógica* e possuir certa *utilidade*”³⁰. Conquanto todas as classificações acima apresentadas sejam indiscutivelmente lógicas, passa-se a analisar uma outra classificação, a se destacar em relação às demais pela especial utilidade que terá no presente estudo: a classificação de uma Constituição como Constituição Dirigente, a seguir destrinchada.

se entende por eficácia normativa da constituição no contexto brasileiro, vale destacar os comentários de BARROSO: “É bem de ver que o próprio reconhecimento de força normativa às normas constitucionais é conquista relativamente recente no constitucionalismo do mundo romano-germânico. No Brasil, ela se desenvolveu no âmbito de um movimento jurídico acadêmico conhecido como doutrina brasileira da efetividade. A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. Como consequência, sempre que violado um mandamento constitucional, a ordem jurídica deve prover mecanismos adequados de tutela – por meio da ação e da jurisdição –, disciplinando os remédios jurídicos próprios e a atuação efetiva de juízes e tribunais.” BARROSO, Luiz Roberto. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto*. Disponível em: <http://www.luísrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo-democratico-brasil-chronica-um-sucesso-imprevisto.pdf>. pp. 4/5. Acesso em 17.10.2018.

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 61.

A teoria da Constituição Dirigente, criada e desenvolvida por José Joaquim Gomes Canotilho, já foi muito discutida e criticada³¹. Nada obstante isso e tendo sempre em mente a necessária utilidade de qualquer classificação a ser utilizada, caracterizar a Constituição de 1988 como uma Constituição Dirigente é de grande valia para que se compreenda o equilíbrio entre os poderes do Brasil, bem como as diretrizes para suas atuações.

Superadas essas breves digressões a respeito da importância da classificação que será apresentada a seguir, destaque-se que a doutrina amplamente majoritária reconhece o caráter dirigista da Constituição de 1988:

“Que a Constituição brasileira é dirigente não há dúvida. É o que declaram, e.g., Paulo Bonavides, José Afonso da Silva, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Luis Roberto Barroso, Eros Roberto Grau, Clèmerson Merlin Clève, Ingo Sarlet, Flávia Piovesan, Gilberto Bercovici, Oscar Vilhena Viera e Lenio Luiz Streck. Na doutrina portuguesa, José Joaquim Gomes Canotilho. Preenche, portanto, o reclamado para estar inserida no conjunto do constitucionalismo dirigista”³²

Para além do mero argumento de autoridade, no entanto, confira-se o elucidativo conceito de Constituição Dirigente elaborado por FÁBIO OLIVEIRA, que facilmente se amolda à Constituição de 1988:

“Conceitua-se Constituição Dirigente como a que enuncia programas (valores, metas), os quais, como normas que são, vinculam a atuação do Estado, dos Governos, através de pautas formais e materiais, sujeitando negativa e positivamente a conduta de cada um dos três Poderes, direcionando, conforme um balanço entre abertura e fechamento, a vontade e o proceder do Poder Público, bem como conformam, ainda quando em outra medida, grau e qualidade, os cidadãos, a sociedade, isto é, a deliberação e o agir comunitário.”³³

³¹ Não por outros motivos e com base nas críticas brasileiras ao dirigismo constitucional, o próprio professor português escreveu extenso e detalhado artigo, em que, num elogiável exercício dialético, apresenta as críticas e os contra-argumentos à teoria, para, ao fim, não sem antes tecer suas próprias críticas decorrentes da maturidade da teoria, reforça-la. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 15/1996. Abr - Jun 1996.

³² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 12/13.

³³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 14.

Para melhor compreender o conceito, permita-se esclarecer que a palavra “programas” deve ser interpretada de forma ampla, a englobar não apenas as normas, mas também os princípios e fins constitucionais, como ensina CANOTILHO:

“Mas já atrás se salientou não se estender a constituição dirigente no sentido restritivo de imposições legiferantes. Como elementos dirigentes de uma constituição consideram-se também os princípios constitucionais, os preceitos determinadores de fins e as normas fixadoras de tarefas do Estado, que, no seu conjunto, definem o *programa constitucional*.”³⁴

Conquanto as definições acima sejam, logicamente, suficientes para a compreensão do conceito aqui adotado de Constituição Dirigente, cumpre realizar três breves esclarecimentos destinados a elucidar o que o conceito significa e o que o conceito não significa, sobretudo em escolhas de ordem (i) política, (ii) econômica e (iii) ética, bem como analisar como essas escolhas se manifestam na Constituição de 1988 – e na Constituição Cubana de 1976, utilizada para efeitos de comparação ilustrativa, em virtude de também possuir caráter altamente dirigista³⁵.

2.2.1 Questão política: Constituição Dirigente se opõe a Constituição Garantia?

No campo político, importa esclarecer que a Constituição Dirigente não é sinônimo de autorização de uma atuação do Estado a suprimir ou reduzir direitos fundamentais. Isso porque a associação entre o dirigismo constitucional e a legitimação de violações estatais às liberdades individuais decorre de confusão entre autorizar a atuação positiva do Estado na promoção de direitos e desautorizá-la quando visa a suprimi-los³⁶. Nas palavras de FÁBIO OLIVEIRA, “*nada obsta, muito pelo contrário, que uma Constituição seja, simultaneamente, Dirigente e Garantia*”³⁷.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 462.

³⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 16.

³⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.

³⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 19.

Ora, nada impede que o Estado seja obrigado a promover direitos, mas não autorizado a, arbitrariamente, retirá-los. Exemplo cristalino do que aqui se expõe é o art. 3º, IV, da Constituição de 1988, que, a partir de um mesmo dispositivo, dirige o Estado, obrigando-o a destinar sua atuação à promoção do bem de todos, sem abrir mão do caráter garantista, ao vedar que o próprio Estado discrimine os particulares com base em suas características, identitárias ou não³⁸. A Constituição de 1988 é, portanto, como na hipótese acima referida, Dirigente e Garantia.

Por outro lado, a Constituição Cubana de 1976 não possui caráter garantista acentuado: em seu art. 39, ch), estabelece que “a criação artística é livre sempre que seu conteúdo não seja contrário à Revolução”³⁹ e em seu art. 53 estabelece que “se reconhece aos cidadãos a liberdade de expressão e imprensa conforme os fins da sociedade socialista”⁴⁰. Como se vê, a Constituição Cubana de 1976 prevê mecanismos diretos de supressão estatal a liberdades individuais básicas, inseridas no espectro constitucional desde a primeira dimensão de direitos fundamentais⁴¹.

³⁸ Para a clareza do exame, transcreva-se o referido dispositivo legal: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁹ Tradução livre. No original “artículo 39o.- El Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones. (...) ch) es libre la creación artística siempre que su contenido no sea contrario a la Revolución. Las formas de expresión en el arte son libres;”. Disponível em <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>. Acesso em 06.11.2018.

⁴⁰ Tradução livre. No original “artículo 53o.- Se reconoce a los ciudadanos libertad de palabra y prensa conforme a los fines de la sociedad socialista. Las condiciones materiales para su ejercicio están dadas por el hecho de que la prensa, la radio, la televisión, el cine y otros medios de difusión masiva son de propiedad estatal o social y no pueden ser objeto, en ningún caso, de propiedad privada, lo que asegura su uso al servicio exclusivo del pueblo trabajador y del interés de la sociedad”. Disponível em <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>. Acesso em 06.11.2018.

⁴¹ Sobre a preferência pelo termo “dimensões”, afirma Ingo Sarlet que “é de se ressaltar as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’, já que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina”. SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 272. Sobre as liberdades individuais e direitos negativos em relação ao Estado como direitos de primeira dimensão, SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 274.

Nota-se, portanto, que a Constituição Dirigente pode ser Garantia, como o é a Constituição de 1988, ou não, como o é a Constituição Cubana de 1976.

2.2.2 Questão econômica: Constituição Dirigente se opõe ao capitalismo?

No campo econômico, deve-se destacar que Constituição Dirigente não é sinônimo de Constituição que preveja planejamento central da atividade econômica, ênfase redistributiva da renda, supressão e limitação do livre mercado, cerceamento da propriedade privada, estatização dos meios de produção, ou qualquer outra característica que se possa imaginar de uma política de Estados alinhados a projetos econômicos socialistas e comunistas.

Na realidade, conquanto muitas vezes a Constituição Dirigente leve o Estado a agir de forma a promover políticas características de um modelo de bem-estar social, isso é fruto de opção político-econômica do constituinte originário, e não da eventual adoção do modelo de dirigismo constitucional. Explique-se.

Se o conceito de Constituição Dirigente está restrito à enunciação, pela Constituição, de programas a vincular a ação negativa e positiva do Estado e conformar a ação da sociedade, não há qualquer óbice a que essas diretrizes sejam no sentido de proibir que o Estado seja titular de empresas, de taxar produtos importados, ou até mesmo de regular, de qualquer forma, o mercado. Esse mesmo constituinte originário hipotético poderia, ainda, impor ao Estado atuação austera, de contenção de gastos, com rígidas limitações orçamentárias, vinculadas ou não à arrecadação e à dívida pública, e até mesmo obriga-lo a demitir servidores em caso de risco de não atingimento de metas econômicas. Nada impede, portanto, que uma Constituição seja Dirigente e ultraliberal.

Conquanto desenvolvido de forma diversa, o argumento apresentado por FABIO OLIVEIRA atinge a mesmíssima conclusão de que socialismo ou comunismo e Constituição Dirigente não se confundem, apontando que a Constituição de 1988 é dirigente e, ao mesmo tempo, capitalista:

“Em termos gerais, no aspecto econômico, dirigismo constitucional é uma expressão que pode compreender duas traduções. Pode dizer respeito à ação do Estado de orientar, em um regime de arranjo capitalista, a atividade econômica, seja pela intervenção indireta ou pela indireta (fomento, tributação, juros). Estão asseguradas a propriedade privada e a livre iniciativa. Como é notório, o regime de mercado, com maior ou menor presença do *Bem-Estar Social* é o que prevalece hoje na quase totalidade dos países. Um outra significação, dirigismo traduz o controle estatal próprio das *economias planificadas* ou socialistas e comunistas, onde há a apropriação coletiva de meios de produção. Nesse termos, o que difere um dirigismo do outro? O planejamento econômico do primeiro é determinante para o setor público e indicativo para o setor privado, enquanto o planejamento do segundo é unicamente imperativo. Como já referido, a Constituição brasileira veicula o primeiro tipo de dirigismo econômico, *ex vi* do art. 174, *caput*”⁴²

Nessa linha, não há dúvidas acerca do caráter capitalista da Constituição de 1988. Isso porque estabelece como um de seus fundamentos a livre iniciativa (art. 1º, IV) e como princípios da ordem econômica a propriedade privada (art. 170, II) e a livre concorrência (art. 170, IV), a rechaçar, por completo, o plano econômico socialista.

Em sentido diametralmente oposto – e não por isso menos dirigista –, a Constituição Cubana de 1976 estabelece, em seu art. 9, 1, que o Estado “dirige planificadamente a economia nacional”⁴³ e em seu art. 17 que o Estado “administra diretamente os bens que integram a propriedade socialista do povo”⁴⁴, a evidenciar a adoção do modelo econômico socialista.

Nota-se, portanto, que o plano econômico independe do caráter dirigista da Constituição: uma Constituição Dirigente pode privilegiar o capitalismo e o livre mercado, como a Constituição de 1988, ou optar por um modelo socialista, de planificação e estatização da economia, como fez a Constituição Cubana de 1976.

⁴² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 17.

⁴³ Tradução livre. No original “artículo 9o. - El Estado: 1. realiza la voluntad del pueblo trabajador y (...) dirige planificadamente la economía nacional;”. Disponível em <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>. Acesso em 06.11.2018.

⁴⁴ Tradução livre. No original “artículo 17o.- El Estado administra directamente los bienes que integran la propiedad socialista de todo el pueblo; o podrá crear y organizar empresas y entidades encargadas de su administración, cuya estructura, atribuciones, funciones y el régimen de sus relaciones son regulados por la ley.”. Disponível em <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>. Acesso em 06.11.2018.

2.2.3 Questão ética: Constituição Dirigente impõe o utilitarismo?

Destaque-se, por fim, que, a Constituição Dirigente, como se passa a expor, não impõe uma opção pela ética utilitarista, em que as escolhas da coletividade possuem tamanha força a ponto de infirmarem os interesses individuais à condição de meros custos sociais superáveis⁴⁵ para que se atinjam os programas vinculantes por ela enunciados

À luz do entendimento originalmente proposto por HESSE de que, mesmo que a Constituição não corresponda à realidade, ao menos possui força jurídica para guia-la, não podendo ser rechaçada e ignorada pelas forças políticas⁴⁶, é natural imaginar que um Estado organizado por uma Constituição Dirigente tente ao máximo promover os enunciados nela dispostos.

Nesse cenário, não é difícil imaginar uma busca estatal desenfreada pelo atingimento dos programas constitucionais aos quais a atuação do poder público é dirigida, resultando em uma antidemocrática justificação de toda e qualquer medida estatal que vise a atingir as diretrizes constitucionais.

Nada obstante isso, e tomando como exemplo a Constituição de 1988, uma Constituição Dirigente também pode – na realidade, *deve* – estabelecer meios e procedimentos democráticos para orientar a atuação estatal, que justificam a si mesmos⁴⁷.

Mais do que inexistir, portanto, incompatibilidade conceitual entre Constituição Dirigente e democracia – ameaçada por eventual autorização do agir utilitarista do Estado –, no

⁴⁵ Nas palavras de Michael Sandel, “Para o utilitarista, os indivíduos têm importância, mas apenas enquanto as preferências de cada um forem consideradas em conjunto com as de todos os demais”. SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 51.

⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri Editor, 1981. p. 15/23.

⁴⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15.

contexto brasileiro a observância à democracia e à autocontenção do Estado são alicerces do dirigismo constitucional brasileiro, como observa CLÈVE:

“E a democracia proposta pela Constituição não é aquela formal, mas antes a real, efetiva, material. Aliás, por isso a Constituição de 1988 é dirigente. Exatamente porque estabelece fins, tarefas e objetivos para o Estado e sociedade brasileiros. A atuação governamental, de todos os Poderes, não pode ser concretizada sem a prévia observância dos referidos objetivos. As políticas públicas devem atuar esses objetivos, que densificam uma vontade constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária.”⁴⁸

Além de plebiscitos, referendos e iniciativas populares de lei, citadas por FABIO OLIVEIRA, a Constituição de 1988 também prevê outras formas de participação social democrática a rechaçar eventual utilitarismo do Poder Público, como as audiências públicas, previstas no âmbito do poder legislativo, no art. 58, §2º, II, e estendidas para o Poder Judiciário através da legislação infraconstitucional⁴⁹.

Todos esses mecanismos são procedimentos democráticos com fim em si mesmos, cuja finalidade é evitar que a atuação do Estado com objetivo de concretização das diretrizes constitucionais supere e suprima as opiniões e vontades do povo, verdadeiro titular do poder político e jurídico a ele delegado, na forma do art. 1º, parágrafo único, da Constituição de 1988.

Não fosse isso tudo suficiente, a eficácia dos direitos fundamentais é amplamente reconhecida, tanto em relação ao Estado, quanto nas relações entre particulares, a impedir que

⁴⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 41.

⁴⁹ Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade, tanto a lei que regula a Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade (Lei nº 9.868/99), quanto a lei que regula a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Lei nº 9.882/99) preveem que o relator poderá “*requeritar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria*”. No âmbito do controle difuso de constitucionalidade, bem como em qualquer demanda judicial baseada em legislação infraconstitucional, é possível a democrática e salutar participação social por meio da figura do Amicus Curiae, assim definida pelo art. 138 do Código de Processo Civil “*O juiz ou o relator, considerando a relevância da matéria, a especificidade do tema objeto da demanda ou a repercussão social da controvérsia, poderá, por decisão irrecorrível, de ofício ou a requerimento das partes ou de quem pretenda manifestar-se, solicitar ou admitir a participação de pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade especializada, com representatividade adequada, no prazo de 15 (quinze) dias de sua intimação*”.

o Estado os suprima com base em qualquer outro fim. Nesse sentido, também eles são fins em si mesmos.

Ainda, a própria noção de interesse público vem sendo reinterpretada, à luz da Constituição de 1988, para que não se permita uma vontade do Estado que seja contrária aos direitos fundamentais e às liberdades individuais do cidadão⁵⁰.

Em sentido diverso, a Constituição Cubana de 1976 é utilitarista por excelência, estabelecendo expressamente, em seu art. 62, que os fins do Estado se sobrepõem a qualquer liberdade individual, sendo o exercício de liberdades contrário aos fins do Estado uma infração punível:

“Nenhuma das liberdades reconhecidas aos cidadãos podem ser exercidas contra o estabelecido na Constituição e nas leis, nem contra a existência e os fins do Estado socialista, nem contra a decisão do povo cubano de construir o socialismo e o comunismo. A infração deste princípio é punível.”⁵¹

Como se vê, o dirigismo cubano se confunde com a ética utilitarista, já que é franqueado ao Estado a possibilidade de punir aquele que, mesmo a partir do exercício legal e legítimo de suas liberdades, se insurja contra os fins do Estado socialista.

Resta claro, portanto, que a Constituição Dirigente não é, *per se*, utilitarista: Muito ao contrário, pode ela tanto prever procedimentos democráticos de participação popular, bem como garantias frente ao Poder Público, que enterram eventual pretensão utilitarista do Estado contrária às liberdades individuais, como faz a Constituição de 1988, quanto autorizar que o Estado possa punir atividades contrárias aos seus fins, como estipulado na Constituição Cubana de 1976.

⁵⁰ É esclarecedora, nesse sentido, a decisão do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de que o preso, em caso de falta de vagas, seja obrigado a cumprir sua pena em regime mais grave do que o estabelecido na condenação. RE 641.320/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 11.05.16.

⁵¹ Tradução livre. No original “artículo 62o.- Ninguna de las libertades reconocidas a los ciudadanos puede ser ejercida contra lo establecido en la Constitución y las leyes, ni contra la existencia y fines del Estado socialista, ni contra la decisión del pueblo cubano de construir el socialismo y el comunismo. La infracción de este principio es punible.”. Disponível em <http://www.cuba.cu/gobierno/cuba.htm>. Acesso em 06.11.2018.

Viu-se, assim, que o conceito de Constituição Dirigente pode abarcar diferentes escolhas políticas, econômicas e éticas, a ser realizadas pelo poder constituinte. Nesse sentido, ao contrário da Constituição Cubana de 1976, a Constituição de 1988 expõe uma escolha política por uma Constituição Garantia, uma escolha econômica pelo capitalismo e uma escolha ética a rechaçar o utilitarismo.

2.3 O Poder Judiciário no sistema constitucional brasileiro

2.3.1 Considerações iniciais sobre o Poder Judiciário como poder democrático

Como premissa para analisar o Poder Judiciário, em qualquer contexto pós iluminismo, deve-se ter sempre em mente que seu papel decorre da soberania popular, que a ele delega o exercício de um serviço público fundamental: o da resolução de conflitos e pacificação social, através da prestação jurisdicional.⁵²

Nessa ótica, não é a Constituição de 1988 a responsável por inaugurar o muito alardeado papel expandido atualmente ocupado pelo Poder Judiciário. Na verdade, como afirma NASCIMENTO, trata-se de consequência da vitória do projeto republicano, estruturado conforme as realidades políticas do Brasil no fim do século XIX:

“A partir da República, na constituição escrita o Supremo é moderador. Este modelo foi mantido e reforçado com a Constituição de 1988. Nele o Judiciário surge como protagonista, por meio da capilaridade do exercício do controle difuso de constitucionalidade dos atos de poder (aliás, um modelo coerente com a cultura de prestígio oligárquico das elites locais), tendo o STF na cúpula do sistema judicial, fortalecido pelo amplo repertório para o controle abstrato da constitucionalidade, pela não menos expressiva jurisdição originária e revisora ordinária de questões de direito nacionais, pela condição de estar livre de controle institucional.”⁵³

⁵² NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. *Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial*. In: Sergio Ferrari; José Vicente Mendonça. (Org.). Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial. 1ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, v. 1, p. 73.

⁵³ NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. *Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial*. In: Sergio Ferrari; José Vicente Mendonça. (Org.). Apontamentos sobre a trajetória

Sabedores da força a ser atribuída ao Poder Judiciário em geral, e ao Supremo Tribunal Federal em particular, os Deputados Constituinte de 1890/1891, conquanto importantes figuras políticas da época discordassem⁵⁴, decidiram por limitá-lo e conformá-lo à política a partir do processo de livre nomeação de seus integrantes pelo Presidente da República, com influência nas experiências da Argentina e Estados Unidos, até hoje mantido (art. 84, XIV da Constituição de 1988).

Observando, na prática, o crescimento e fortalecimento do Supremo Tribunal Federal, exemplificado pelo alargamento das hipóteses de cabimento de Habeas Corpus conforme o que ficou conhecido como a “doutrina brasileira do Habeas Corpus”, o debate a respeito da limitação institucional do Poder Judiciário começou a crescer em importância:

“Neste passo, não tardou para que ganhasse força proposta de reforma institucional que buscasse rever o papel assumido na República pelo Poder Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal. Mensagem de Artur Bernardes ao Congresso Nacional em 1924, abertura da 12ª legislatura, assim justificava a proposta de Reforma da Constituição que resultou na Emenda de 1926: Já é hora de olhar mais atentamente para a evolução da competência atribuída ao Supremo Tribunal Federal antes da Constituição vigente.”⁵⁵

Essa tentativa de limitação dos poderes do STF é justificada pela aparente contradição entre o exercício, pelo Judiciário, de um poder popular soberano delegado e o fato de seus membros não serem eleitos: o povo estaria delegando cegamente um importante poder, já que não escolhe os delegados, resultando em afronta à democracia, sobretudo em sua concepção procedimental-eleitoral.

constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial. 1ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, v. 1, p. 82.

⁵⁴ Como recorda Rogério Nascimento, “Na Constituinte José Higino e Anfilóbio de Carvalho se opuseram à livre escolha do Presidente. Gonçalo Chaves propôs nomeação do Presidente para um terço dos membros e escolha de dois terços restantes entre os magistrados mais antigos, mediante concurso, tendo Serzedelo Correia apresentado emenda que garantia representação das magistraturas estaduais na composição da Corte.” NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. *Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial*. In: Sergio Ferrari; José Vicente Mendonça. (Org.). Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial. 1ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, v. 1, p. 82.

⁵⁵ NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. *Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial*. In: Sergio Ferrari; José Vicente Mendonça. (Org.). Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial. 1ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016, v. 1, pp. 84/85.

Para conciliar a democracia e o judiciário, ALEXY, bebendo de conceitos de Rawls e Dworkin, apresenta a ideia de representação argumentativa, uma nova perspectiva de representação popular, exercida pelo Poder Judiciário:

Deve-se perguntar o que cidadãos racionais com diferentes concepções pessoais devem considerar condições tão importantes da cooperação social justa sobre as quais o legislador ordinário não pode decidir. Nessa pergunta encontra-se a chave para uma possível reconciliação entre o princípio da democracia e os direitos fundamentais. Um tribunal constitucional que procura respondê-la de forma séria não quer colocar sua concepção contra a concepção do legislador; ele aspira antes a uma representação argumentativa dos cidadãos, que se opõe à representação política desses cidadãos no parlamento.”⁵⁶

Também a justificar a legitimidade democrática do Poder Judiciário, BARROSO, a partir da noção de democracia deliberativa⁵⁷ e também apoiado no conceito de representação argumentativa, reafirma a necessidade do debate e das razões como meios democráticos, afirmando, por esse motivo, que “a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos”⁵⁸.

Outra forma de justificar democraticamente a atuação do Poder Judiciário, sobretudo da jurisdição constitucional, é proposta por DIETER GRIMM. De acordo com o professor alemão, se a Constituição é aplicável, é necessário que haja um órgão para analisar a conformidade das ações do Estado em relação à Constituição, e, nesse cenário, não há nada de antidemocrático em atribuir a um órgão – i.e, o Poder Judiciário - a legitimidade para o exercício dessa análise⁵⁹.

⁵⁶ ALEXY, Robert. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução de Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 173.

⁵⁷ Nas palavras de Robert Alexy, “Um conceito adequado de democracia, contudo, não se deve apoiar somente no conceito de decisão. Ele precisa também abarcar o conceito de argumento. O abarcamento do argumento no conceito de democracia torna a democracia deliberativa. A democracia deliberativa é a tentativa de institucionalizar o discurso, tão amplamente quanto possível, como meio da tomada de decisão pública. Desse fundamento, a união entre o povo e o parlamento precisa ser determinada não somente por decisões, que encontram expressão em eleições e votações, mas também por argumentos.” ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. 2 ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 163

⁵⁸ BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 54, 2015..

⁵⁹ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 216

Destaque-se, ainda, que a ideia de democracia argumentativa, a justificar o Poder Judiciário como representante democrático, é especialmente relevante já que, à luz da complexidade das democracias contemporâneas e da profunda crise de representatividade mundo afora, não é mais possível reafirmar o caráter democrático dos governos e da Administração Pública em geral somente com base numa justificativa procedimentalista de que a democracia decorre de eleições livres⁶⁰.

Além da análise teórica a conciliar o Poder Judiciário e a democracia, o STF, no caso do Brasil, vem recorrentemente reafirmando seu caráter democrático, a partir de decisões amplamente apoiadas pela opinião pública. Como exemplos, pode-se destacar a proibição do nepotismo⁶¹, o reconhecimento da legitimidade do Conselho Nacional de Justiça para instaurar processos administrativos contra magistrados⁶² e a proibição do financiamento empresarial de campanha⁶³.

Em sentido diametralmente oposto, os críticos à legitimidade do Poder Judiciário, em geral, e do STF, em particular, não conseguem apontar a aversão social que comprovaria o agir antidemocrático:

“não se deve desprezar, por um temor imaginário, as potencialidades democráticas e civilizatórias de uma corte constitucional. A crítica à atuação do STF, desejável e legítima em uma sociedade plural e aberta, provem mais de atores insatisfeitos com alguns resultados e de um nicho acadêmico minoritário, que opera sobre premissas teóricas diversas das que vão aqui enunciadas. A propósito, cabe formular uma pergunta crucial, feita por Eduardo Mendonça em sua tese de doutorado já citada: o argumento de que a jurisdição constitucional tem atuado em padrões antidemocráticos não deveria vir acompanhado de uma insatisfação popular com o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal? O que dizer, então, se ocorre exatamente o contrário: no Brasil e no mundo, os índices de aprovação que ostenta a corte constitucional costumam estar bem acima dos do Legislativo. Por certo não se devem extrair desse fato conclusões precipitadas nem excessivamente abrangentes. Porém, uma crítica formulada com base em uma visão formal da democracia, mas sem povo, não deve impressionar.”⁶⁴

⁶⁰ GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 130

⁶¹ ADC nº 12, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, j. 20.08.2008.

⁶² ADI nº 3.367, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.04.2005.

⁶³ ADI Nº 4.650, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.09.2015.

⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, pp. 44/45, 2015.

O breve recorte histórico e teórico acima realizado tem dois objetivos fundamentais: o primeiro deles é ilustrar que as considerações a seguir apresentadas acerca do atual papel do Poder Judiciário, analisado à luz da Constituição de 1988, não tem qualquer pretensão de inaugurar a discussão, ou mesmo trata-la como fruto do neoconstitucionalismo.

Muito ao contrário, o que se passa a estudar são os fatores de influência da atuação judicial, conforme os atuais meios de interpretação das diretrizes estabelecidas na Constituição de 1988. Afinal, mesmo a Constituição Dirigente se ressignifica com o passar dos anos⁶⁵, motivo pelo qual o que interessa é analisa-la sempre a tempo e modo.

O segundo objetivo, por sua vez, é o de reafirmar o caráter democrático do Poder Judiciário, na qualidade de legitimado pelo povo para o exercício soberano de uma função fundamental à convivência social, através de sua função de representante argumentativo da sociedade e de pacificador de litígios.

Feitos esses esclarecimentos, permita-se iniciar a explanação acerca do papel atualmente exercido pelo Poder Judiciário, conforme a Constituição de 1988, com a necessária deferência ao conceito de Constituição Dirigente anteriormente apresentado.

2.3.2 A função concretizadora de direitos do Poder Judiciário brasileiro à luz de sua Constituição Dirigente

Não se discute que a Constituição Dirigente, conforme originalmente imaginada, tem como principal destinatário das diretrizes nela estabelecidas o Poder Legislativo. Nada obstante

⁶⁵ Quando questionado por Marçal Justen Filho a respeito da rigidez da Constituição Dirigente, Canotilho respondeu que “posso estar aberto a outros modos de concretização e de legalização do dirigismo constitucional, mas não estou aberto, de forma alguma, à liquidação destas dimensões existenciais que estão subjacentes à directividade constitucional. Concordo que devemos ver o que, histórica e culturalmente, originou este carácter dirigente. Penso que o desafio da Constituição dirigente não é o de torna-la rígida, devendo admitir-se que ela pode ser modulada de outra maneira, de acordo com evoluções e as inovações.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In *Canotilho e a Constituição dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

isso, CANOTILHO reconhece ser o Poder Judiciário também destinatário das imposições constitucionais, em virtude da aplicabilidade imediata da Constituição:

“A posição que se defende é a de que a ‘correção do direito incorrecto’ não pode ir ao ponto de ‘criar direito legal’, e, por isso, o problema é sempre de ‘imposição legiferante’; mas, por outro lado, é admissível e exigível a aplicação imediata dos preceitos constitucionais, sempre que isso possa ser feito sem mediação legislativa, e, neste caso, pode dizer-se que as imposições constitucionais se dirigem também ao juiz”⁶⁶

Isso porque se a Constituição Dirigente dirige a atuação tanto de Estado quanto de sociedade, não há qualquer justificativa que a impeça de também dirigir a atuação do Poder Judiciário, tendo como objetivo a prestação dos direitos a que ela se propõe:

“O constitucionalismo dirigente limita e condiciona as atribuições do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, bem como conforma a sociedade, ainda que em um outro prisma. Ora determina uma abstenção, ora impõe um dever de agir, ora alberga, neste contorno, uma faculdade. Marca da Constituição Dirigente, conforme a perspectiva antes descrita e adotada por esta Tese, é a intervenção do Estado no regime social, econômico, político e cultural. Assim, o dirigismo constitucional exige uma posição participativa do Poder Público, correspondente a um Estado fornecedor de prestações e não a um Estado que se contente em não violar a autonomia individual.”⁶⁷

É exatamente desse caráter dirigista que resulta a questão filosófica, retoricamente respondida por BARROSO, acerca da dificuldade – ou mesmo impossibilidade – de autocontenção do poder judiciário. Assim afirmou o Ministro, em debate com Mark Tushnet, da Universidade de Harvard, quando o norte americano sugeria aguardar que o Poder Legislativo tomasse a iniciativa de concretização dos direitos fundamentais a tempo e modo:

“E, até lá, o que se deve dizer a dois parceiros do mesmo sexo que desejam viver o seu afeto e seu projeto de vida em comum agora? Ou à mulher que deseja interromper uma gestação inviável que lhe causa grande sofrimento? Ou a um pai negro que deseja que seu filho tenha acesso a uma educação que ele nunca pôde ter? Desculpe, a história está um pouco atrasada; volte daqui a uma ou duas gerações?”⁶⁸

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. pp. 295/296.

⁶⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 15.

⁶⁸ BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5, p. 25, 2015. O debate foi na Universidade de Harvard entre o Professor Mark

Portanto, o Poder Judiciário, evidentemente respeitada a limitação máxima e natural de que a jurisdição só age quando provocada⁶⁹, não pode deixar de decidir conforme e buscando a concretização dos programas enunciados pela Constituição, responsáveis por dirigir a atuação do Poder Público como um todo.

Isso significa que em toda e qualquer demanda a ele submetida, deve o Poder Judiciário realizar profunda análise das questões ali postas, tendo como objetivo não apenas a preservação, mas sim a concretização da Constituição. Não há espaço, na moldura da Constituição Dirigente, para abstenção judicial quando há potencial violação aos programas e diretrizes estipulados na Lei Maior.

Prova do que aqui se expõe é a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade por omissão: fosse a função do Poder Judiciário meramente dizer o direito posto, conformando os fatos à norma, não poderia sequer apreciar situação em que não há norma. No entanto, se aceita que um caso de não-lei seja submetido ao STF, que, para concretizar a Constituição de 1988, declara a inconstitucionalidade da situação de fato, obrigando a necessária atuação conjunta dos demais Poderes para que a parte da Constituição violada pela omissão ganhe vigência e efetividade.

Aceitar a inconstitucionalidade por omissão, portanto, é aceitar que o Poder Judiciário não pode abster-se de enfrentar lesão ou ameaça a ele submetida e, nesse enfrentamento, deve buscar concretizar os programas estabelecidos na Constituição Dirigente⁷⁰.

Ainda, a justificativa para que o Poder Judiciário exerça papel concretizador da Constituição de 1988 também pode assumir uma face muito mais simples: o extenso rol de

Tushnet e o Min. Luis Roberto Barroso, realizado em 7 nov. 2011. Intitulado *Politics and the Judiciary*, encontra-se disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=giC_vOBn-bc.

⁶⁹ Trata-se do princípio – ou regra, para DINAMARCO – da demanda, segundo o qual a jurisdição só se exerce mediante provocação. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil, vol. I*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005 p. 215. No Código de Processo Civil de 2015, a regra é prevista no art. 2º.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 336 e ss.

direitos fundamentais previstos porém não concretizados, bem como de normas programáticas, naturais de uma Constituição Dirigente⁷¹, resulta em judicialização das questões a eles relativas⁷², sendo necessária a intervenção judicial.

Assim, nem ao menos é necessário justificar a necessidade de atuação do Judiciário pela descrença do povo diante dos demais poderes, mas sim como reação natural e necessária às demandas da sociedade, igualmente dirigida pela Constituição, na busca pela concretização do que foi prometido⁷³. Afinal, “a responsabilidade do Juiz, no escopo da separação de poderes, é dar à Constituição e as leis a interpretação devida. O juiz não pode fugir dessa responsabilidade.”⁷⁴.

Portanto, ao ser provocado, o Poder Judiciário no Brasil funciona como concretizador das diretrizes da Constituição quando (i) os demais poderes se omitem e (ii) quando os demais Poderes ignoram os comandos da Constituição Dirigente, agindo de forma contrária a ela.

3. OS ATOS ADMINISTRATIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Antes de lançar os olhos à análise propriamente dita dos atos administrativos, convém tecer algumas considerações preliminares a respeito das diferenças dos atos e fatos no Direito Civil e no Direito Administrativo.

⁷¹ BERCOVICI, Gilberto. *Revolution through constitution: the brazilian's directive constitution debate*. Revista de Investigações Constitucionais, v. 1, p. 11, 2015.

⁷² O tema já foi exaustivamente debatido. Confira-se, como mera ilustração e prova do que aqui se expôs, os mais recentes números, que indicam 400 novas demandas referentes à concretização dos direitos ao sistema, público e privado, de saúde apenas na cidade do Rio de Janeiro. Disponível em <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/rio-de-janeiro-tem-400-processos-diarios-judicializados-na-area-da-saude.html>

⁷³ GARRY, Patrick M. *Judicial review and the “hard look doctrine”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 16, maio/ago. 2017.

⁷⁴ Tradução livre. No original, “The responsibility of the judge, within the framework of the separation of powers, is to give the proper interpretation to the constitution and statutes. The judge cannot escape this responsibility.” BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 246

De início, necessário esclarecer que o fato jurídico, conforme definido e interpretado pela doutrina civilista, não necessariamente equivalente ao fato administrativo da disciplina do Direito Administrativo⁷⁵.

Enquanto, na esfera privada, como define CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, a partir da anterior classificação de Savigny, fatos jurídicos são “os acontecimentos em virtude dos quais começam, se modificam ou se extinguem as relações jurídicas.”⁷⁶, a doutrina administrativista não converge acerca do conceito do fato administrativo.

Para DI PIETRO, “quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um fato administrativo”, apresentando, de forma diversa, o conceito de fato da administração, que seria aquele que “não produz qualquer efeito jurídico no Direito Administrativo”⁷⁷, aproximando, portanto, o conceito de fato administrativo ao conceito de fato jurídico.

Já CARVALHO FILHO entende ser o fato administrativo mais amplo que o fato administrativo “uma vez que, além deste, engloba também os fatos simples, ou seja, aqueles que não repercutem na esfera de direitos, mas estampam evento material ocorrido no seio da Administração.” Nessa classificação, até mesmo eventos naturais, como enchentes e furacões, poderiam constituir fatos administrativos⁷⁸.

MARÇAL JUSTEN FILHO, por sua vez, distingue o fato administrativo em sentido amplo do fato administrativo em sentido estrito, sendo o primeiro “o evento verificado no mundo físico que produz efeitos jurídicos no direito administrativo”, enquanto o segundo,

⁷⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 97.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. I*. Atual. Maria Ceelina Bodin de Moraes. 29. ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 384.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 270.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 97.

espécie do primeiro, seria “o evento juridicamente relevante [que] não reflete uma manifestação de vontade”⁷⁹.

As considerações acima elencadas são relevantes para apresentar o conceito que será trabalhado a seguir, uma vez que, seja qual for a concepção de fato administrativo utilizada, a doutrina converge para a interpretação de que o conceito guarda íntima relação com o ato administrativo, que materializa fatos administrativos⁸⁰.

3.1 Conceito

Igualmente complexa, resultando em profundas divergências entre doutrinadores publicistas, é a conceituação do ato administrativo⁸¹. Por isso, apresentar-se-á três conceitos, elaborados pelos contemporâneos autores acima mencionados, para que se extraíam deles os elementos suficientes para servir como base para a análise que este estudo se propõe a fazer da disciplina:

“Para definir o ato administrativo, é necessário considerar os seguintes dados:

1. ele constitui declaração do Estado ou de quem lhe faça as vezes; (...) falando-se em Estado, abrangem-se tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais Poderes, que também podem editar atos administrativos;
 2. sujeita-se a regime jurídico administrativo; (...)
 3. produz efeitos jurídicos imediatos; com isso distingue-se o ato administrativo da lei (...)
 4. é sempre passível de controle judicial;
 5. sujeita-se à lei.
- (...)

Pode-se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob o regime de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.”⁸²

⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Capítulo 8. O ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

⁸⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 97; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Capítulo 8. O ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 99.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 275.

“Ato administrativo é uma manifestação de vontade apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.

O ato administrativo é uma manifestação de vontade, no sentido de que exterioriza a vontade de um sujeito dirigida algum fim. Isso significa a existência de dois aspectos inconfundíveis na vontade. Há a exteriorização física, consistente numa ação ou omissão. Mas há um aspecto interno, volitivo, que é a causa da ação ou omissão.

(...)

O ato administrativo produz efeitos jurídicos. Em muitos casos, esse efeito jurídico é a produção de uma norma jurídica, disciplinando a conduta de agentes públicos e (ou) privados. Em outros casos, o ato administrativo consiste meramente na execução de um comando expresso ou implícito constante de uma norma jurídica preexistente (constitucional, legal ou infralegal).

O ato administrativo é produzido no exercício de função administrativa. Isso significa excluir da categoria de ato administrativo aquele que, embora produzindo efeitos no âmbito do direito administrativo, seja praticado por um particular no exercício de sua autonomia privada.”⁸³

“três pontos são fundamentais para a caracterização do ato administrativo. Em primeiro lugar, é necessário que a vontade emane de agente da Administração Pública ou dotado de prerrogativas desta. Depois, seu conteúdo há de propiciar a produção de efeitos jurídicos com fim público. Por fim, deve toda essa categoria de atos ser regida basicamente pelo direito público.

Quanto à manifestação de vontade, deve assinalar-se que, para a prática do ato administrativo, o agente deve estar no exercício da função pública, ou, ao menos, a pretexto de exercê-la. Essa exteriorização volitiva difere da que o agente manifesta nos atos de sua vida privada em geral. Por outro lado, quando pratica ato administrativo, a vontade individual se subsume na *vontade administrativa*, ou seja, a exteriorização da vontade é considerada como proveniente do órgão administrativo, e não do agente visto como individualidade própria. (...)

Fundadas tais premissas, podemos, então, conceituar o ato administrativo como sendo ‘a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público’.”⁸⁴

Extraindo de cada conceito aquilo que convém para esta monografia, entende-se que o ato administrativo **(i)** configura manifestação de vontade da Administração Pública, **(ii)** está sujeito ao regime de direito público, **(iii)** é produzido no exercício de função administrativa, **(iv)** visa à produção de efeitos jurídicos com um fim público, **(v)** sujeita-se à lei, aqui entendida de forma ampla, como sujeição ao ordenamento jurídico, nele incluído, obviamente, todo o bloco constitucional, e **(vi)** é passível de controle judicial.

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Capítulo 8. O ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

⁸⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 99.

3.2 Elementos

Conquanto também não haja consenso acerca dos elementos do ato administrativo, a doutrina costuma analisá-los a partir dos requisitos sem os quais o ato é passível de anulação, conforme estabelece o art. 2º da Lei nº 4.717/65⁸⁵. São eles: **(i)** competência, **(ii)** forma, **(iii)** objeto, **(iv)** motivo e **(v)** finalidade.

Isso não significa ignorar a tradicional discussão acerca da terminologia “elementos”, travada entre os autores mais tradicionais do Direito Administrativo brasileiro, bem exposta por MARÇAL JUSTEN FILHO:

“A posição clássica é a de Hely Lopes Meirelles, para quem ‘o exame do ato administrativo revela nitidamente a existência de cinco requisitos necessários à sua formação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto’.

Já Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que os elementos do ato são o conteúdo e a forma, e os pressupostos do ato são de existência (objeto e função administrativa), de validade [sujeito, motivo, requisitos procedimentais (pressuposto objetivo), finalidade (pressuposto teleológico), causa (pressuposto lógico) e formalização (pressuposto formalístico)].

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que os elementos dos atos administrativos são: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.”⁸⁶

No entanto, esse estudo, não apenas por limitação de objeto e espaço, mas, principalmente, por entender inexistir relevância prática na distinção, limitar-se-á a analisar o que foi listado pelo art. 2º da Lei nº 4.717/65, já que, sejam “elementos”, “aspectos” ou “pressupostos” do ato administrativo, fato é que a ausência ou deficiência deles resulta na anulação do ato.

⁸⁵ “2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.”

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Capítulo 8. O ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

3.2.1 Competência

Quanto ao primeiro deles, nota-se profunda distinção entre os atos jurídicos, conforme compreendidos pelo Direito Civil, e os atos administrativos. Isso porque o Direito Civil apenas exige que o sujeito praticante do ato jurídico seja capaz (art. 166, I,⁸⁷ c/c art. 185⁸⁸ do Código Civil), enquanto o ato administrativo, além de exigir a capacidade acaso praticado por pessoa natural, necessita emanar de autoridade *competente*.

Isso significa dizer que, no âmbito da regulamentação interna e da repartição de competências administrativas, o ato deve ser praticado pela pessoa ou órgão a quem a lei atribui o poder para o desempenho específico da função em questão⁸⁹, bem como estabelece os limites para a referida prática:

“Sendo o Estado integrado por grande quantidade de agentes, e estando a seu cargo um número incontável de funções, não é difícil concluir que a competência tem que decorrer de norma expressa. Enquanto no direito privado a presunção milita em favor da capacidade, no direito público a regra se inverte: não há presunção de competência administrativa; esta há de originar-se de texto expresso.

Sendo a função administrativa subjacente à lei, é nesta que se encontra, de regra, a fonte da competência administrativa. Consoante o ensinamento de todos quantos se dedicaram ao estudo do tema, a lei é a fonte normal de competência. É nela que se encontram os limites e a dimensão das atribuições cometidas a pessoas administrativas, órgãos e agentes públicos.”⁹⁰

Como consequência lógica da necessidade de lei que a defina, a competência é dotada de *inderrogabilidade*⁹¹, ou seja, não pode ser transferida de um órgão a outro pela vontade das

⁸⁷ “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;”

⁸⁸ “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.”

⁸⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Ataul. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 151.

⁹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 99.

⁹¹ O mesmo instituto também é tratado na jurisprudência com outros nomes, como “intransferível”. Nesse sentido: “A competência é elemento do ato que advém diretamente da lei, e porque proveniente desta é intransferível e improrrogável, salvo se a lei dispuser expressamente sobre a possibilidade de delegação ou avocação” (REsp 724.196/RS, 1.ª T., rel. Min. José Delgado, j. 23.10.2007, DJ 19.11.2007).

partes ou da Administração Pública⁹², devendo-se respeitar os rígidos limites estabelecidos pela lei, por ser fixada em benefício do interesse público⁹³.

Isso não significa, no entanto, que a competência fixada por lei é absolutamente imutável. Na verdade, como estabelece o art. 12 da lei nº 9.784/99⁹⁴, os órgãos administrativos podem *delegar* suas competências a outros, mesmo que não subordinados a eles hierarquicamente. Trata-se do fenômeno por meio do qual um agente administrativo transfere a outro funções que lhe são originalmente atribuídas⁹⁵.

A doutrina diverge, no entanto, acerca do caráter geral ou extraordinário da delegação. Interpretando o art. art. 12 da lei nº 9.784/99, DI PIETRO afirma que:

“na realidade, o poder de delegar é inerente à organização hierárquica que caracteriza a Administração Pública, conforme visto no item 3.4.3. A regra é a possibilidade de delegação; a exceção é a impossibilidade, que só ocorre quando se trate de competência outorgada com exclusividade a determinado órgão”⁹⁶

Em sentido diverso e com olhar voltado para potenciais consequências danosas de um excesso de delegações, ou mesmo de delegações com fins de suprimir competências da Administração Pública, CARVALHO FILHO entende que:

“Para evitar distorção no sistema regular dos atos administrativos, é preciso não perder de vista que tanto a delegação como a avocação devem ser consideradas como figuras excepcionais, só justificáveis ante os pressupostos que a lei estabelecer. Na verdade, é inegável reconhecer que ambas subtraem de agentes administrativos funções normais que lhes foram atribuídas. Por esse motivo, é inválida qualquer delegação ou avocação que, de alguma forma ou por via oblíqua, objetive a supressão das atribuições dos administradores públicos.”⁹⁷

⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 102.

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 284.

⁹⁴ “Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial.”

⁹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 103.

⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 284.

⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 103.

Seja regra geral ou excepcional, a eventual delegação da competência é de fundamental análise, uma vez que aumenta o escopo de atribuições do agente, enquanto a regra é pela nulidade do ato que não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou (art. 2º, parágrafo único, a), da Lei nº 4.717/65⁹⁸).

3.2.2 Forma

No que diz respeito ao requisito da forma, o ato administrativo também apresenta grande diferença em relação ao ato jurídico do Direito Civil. Isso porque, com base no art. 107 do Código Civil⁹⁹, vigora no direito privado pátrio o princípio da liberalidade das formas, ou da forma livre, segundo o qual:

“a validade da declaração de vontade só dependerá de forma determinada quando a lei expressamente o exigir. A regra geral é, pois, esta: qualquer que seja a forma, a emissão de vontade, em princípio, é dotada de poder criador ou de força jurídica, salvo quando a solenidade integrar a substância do ato.”¹⁰⁰

No Direito Administrativo, a lógica é o exato inverso: o ato administrativo deve ser originado pela forma expressamente prevista pela lei, tolhendo a liberdade da Administração Pública de exprimir suas vontades através dos meios que reputar mais convenientes¹⁰¹.

Isso não significa, contudo, que a forma, conforme compreendida pelo Direito Administrativo, é intransponível e não instrumental:

“Tal como nos demais ramos do direito, a disciplina quanto à forma no direito administrativo apresenta natureza instrumental, visando a realizar o valor da

⁹⁸ “art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: a) a incompetência fica caracterizada quando o ato não se incluir nas atribuições legais do agente que o praticou;”

⁹⁹ “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

¹⁰⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil, vol. I*. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 29. ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 411.

¹⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 104.

segurança jurídica. Isso significa que, em princípio, pode-se reputar que o ato administrativo deverá ser formalizado por diversas vias, desde que seja respeitada a segurança jurídica.

Isso não significa que a forma do ato administrativo seja livre, nem que sua disciplina observe os mesmos postulados do direito privado.

As competências administrativas traduzem poderes muito relevantes, e uma das finalidades do direito administrativo é limitar o poder. Por isso, as regras de forma do ato administrativo não se orientam à defesa dos interesses da Administração Pública. Ao contrário, a disciplina sobre a forma dos atos administrativos destina-se a garantir o controle das competências administrativas e dos poderes estatais. Mas a disciplina quanto à forma não pode ser um obstáculo à realização da função administrativa.

A disciplina sobre a forma obedece ao princípio da proporcionalidade. Nas situações normais, os requisitos de forma serão mais severos, para assegurar a função de controle. Mas, se o cumprimento dos requisitos formais inviabilizar a satisfação dos interesses coletivos e colocar em risco os direitos fundamentais, dever-se-á atenuar a exigência.”¹⁰²

Ressalvada a deferência natural à ponderação, até mesmo como consectário lógico da constitucionalização do Direito Administrativo acima exposta **(2.1)**, não pode a Administração Pública, sob pena de nulidade do ato administrativo, omitir ou observar de forma incompleta ou irregular as formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato (art. 2º, parágrafo único, b), da Lei nº 4.717/65¹⁰³).

3.2.3 Objeto

O objeto, por sua vez, ao contrário dos dois elementos acima listados, possui disciplina similar à do Código Civil¹⁰⁴, devendo ser lícito, possível, determinado ou determinável (art. 104, II, do Código Civil¹⁰⁵).

Ressalva-se que “é inviável indicar de modo exaustivo os requisitos de existência e de validade quanto ao conteúdo do ato administrativo. O conjunto das normas de direito

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Capítulo 8. O ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

¹⁰³ “art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato;”

¹⁰⁴ Não por outros motivos, CARVALHO FILHO, nesse ponto específico, baseia sua exposição nos conceitos do Código Civil, bem como nas explicações de Caio Mário da Silva Pereira. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. pp. 103/104.

¹⁰⁵ “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...) II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável”

administrativo destina-se, na sua esmagadora maioria, a disciplinar precisamente esse tema.”¹⁰⁶, motivo pelo qual o presente estudo limita-se a indicar a necessária licitude, possibilidade e determinabilidade, destacando que, no campo administrativo, a ilicitude, que resulta na nulidade do ato administrativo, “ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo” (art. 2º, parágrafo único, c), da Lei nº 4.717/65¹⁰⁷).

3.2.4 Motivo

Não há grandes divergências acerca do conceito de motivo e de sua obrigatoriedade para os atos administrativos: deve a Administração Pública indicar a situação de fato e de direito que justificou a prática do ato¹⁰⁸.

O grande debate, no entanto, gira em torno da obrigatoriedade ou não de motivação do ato. Utilizando-se da jurisprudência como fonte, “A motivação do ato administrativo consubstancia-se na exposição dos motivos; é a demonstração das razões que levaram à prática do ato, presentes, na espécie”¹⁰⁹.

Nesse sentido, a partir da distinção entre motivo e motivação, alguns autores, com base em interpretação literal das Leis nº 4.717/65 e 9.784/99, bem como da Constituição de 1988, afirmam ser o motivo invariavelmente necessário, enquanto a motivação seria dispensável:

“No que se refere à motivação, porém, temos para nós, com o respeito que nos merecem as respeitáveis opiniões dissonantes, que, como regra, a obrigatoriedade inexistente.

Fundamo-nos em que a Constituição Federal não incluiu (e nem seria lógico incluir, segundo nos parece) qualquer princípio pelo qual se pudesse vislumbrar tal intento; e o Constituinte, que pela primeira vez assentou regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, tinha tudo para fazê-lo, de modo que, se não o fez, é porque

¹⁰⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Capítulo 8. O ato administrativo. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

¹⁰⁷ “art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: c) a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo”.

¹⁰⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 105.

¹⁰⁹ MS 13.828/DF, 3.ª S., rel. Ministro Jorge Mussi, j. 13.03.2013, DJe 22.03.2013

não quis erigir como princípio a obrigatoriedade de motivação. Entendemos que, para concluir-se pela obrigatoriedade, haveria de estar ela expressa em mandamento constitucional, o que, na verdade, não ocorre. Ressalvamos, entretanto, que também não existe norma que vede ao legislador expressar a obrigatoriedade. Assim, só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido. No caso, haverá de aplicar-se o princípio da legalidade, segundo o qual, quando estabelece normas expressas, o legislador não deixa margem de atuação para o administrador. O problema é que a lei normalmente é omissa a respeito, e é nesse momento que surge a dúvida no sentido de ser, ou não, obrigatória a fundamentação do ato.

Decorre daí que, sem a expressa menção na norma legal, não se pode açodadamente acusar de ilegal ato que não tenha formalmente indicado suas razões, até porque estas poderão estar registradas em assentamento administrativo diverso do ato, acessível a qualquer interessado. Exemplo esclarecedor, no que toca à previsão legal da motivação, foi dado pela Lei nº 9.784, de 29.1.1999, reguladora do processo administrativo na esfera federal. Segundo o art. 50 dessa lei, exigem motivação, com indicação dos fatos e dos fundamentos, vários tipos de atos administrativos, como os que negam, limitam ou afetam direitos ou interesses; impõem ou agravam deveres, encargos ou sanções; decidem processos administrativos de concurso ou seleção pública; decidem recursos administrativos etc. Ora, ao indicar os atos a serem expressamente motivados, o legislador considerou, implicitamente, que outros atos prescindem da motivação. Conclui-se do sistema da lei que, se os atos nela mencionados estiverem sem fundamentação, serão inválidos, mas o serão por indevida contrariedade à determinação legal; de outro lado, os que lá não constam não poderão ser tidos por inválidos pelo só fato da ausência da fundamentação expressa. Poderão sê-lo por outras razões, mas não por essa. Só isso demonstra que não se pode mesmo considerar a motivação como indiscriminadamente obrigatória para toda e qualquer manifestação volitiva da Administração.”¹¹⁰

No entanto, preferindo uma interpretação constitucional do Direito Administrativo, entende-se que, à luz do princípio da publicidade que perpassa toda a atuação da Administração Pública (art. 37, *caput*¹¹¹), bem como da interpretação sistemática da constituição, que obriga os tribunais a apresentarem a motivação de suas decisões (art. 93, X), a motivação também é necessária nos atos administrativos, de forma a possibilitar o necessário e salutar controle, pela sociedade e pelo Poder Judiciário, da atuação do agente público:

“Entendemos que a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade, que tanto diz respeito ao interessado como à própria Administração Pública; a motivação é que permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato, até mesmo pelos demais Poderes do Estado.”¹¹²

¹¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 106/107.

¹¹¹ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:”

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 290.

“com a Constituição de 1988 consagrando o princípio da moralidade, ampliando o do acesso ao judiciário e exigindo explicitamente que as decisões administrativas dos tribunais sejam *motivadas* (cf. inc. X do art. 93, aplicável ao Ministério Público em face do § 4º do art. 129, na redação da EC 45), a regra geral é a obrigatoriedade da motivação, para que a atuação ética do administrador fique demonstrada pela exposição dos motivos do ato e para garantir o próprio acesso ao Judiciário.”¹¹³

Por isso, o ato administrativo deve conter não apenas o motivo, mas também a motivação, sob pena da nulidade a que se refere o art. 2º da Lei nº 4.717/65, interpretada conforme a Constituição de 1988 e os princípios para a atuação da Administração Pública estabelecidos no art. 37, *caput*, sobretudo a publicidade.

3.2.5 Finalidade

Sendo o motivo a causa que justifica a atuação da Administração Pública, a ela anterior, a finalidade é a consequência que se busca atingir por meio do ato administrativo, a ela posterior¹¹⁴.

Também no que diz respeito à finalidade o administrador está vinculado à lei. Isso porque uma vez estabelecida na lei, implícita ou explicitamente, a finalidade do ato administrativo, não pode o administrador escolher finalidade diversa, ou substituir a finalidade indicada na norma, mesmo que com fundamento nos fins e interesses públicos¹¹⁵.

Destaca-se que a finalidade objetivada pelo ato deve estar inserida no escopo da competência do responsável por praticá-lo, a demonstrar a intrínseca relação entre a finalidade e a competência como elementos do ato administrativo:

“Os autores modernos mostram a existência de um elo indissociável entre a finalidade e a competência, seja vinculado ou discricionário o ato. A finalidade, retratada pelo interesse público da conduta administrativa, não poderia refugir ao âmbito da competência que a lei outorgou ao agente. Em outras palavras, significa que, quando

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Ataul. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 101.

¹¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 289.

¹¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Ataul. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

a lei define a competência do agente, a ela já vincula a finalidade a ser perseguida pelo agente. Daí a acertada observação de que *‘ocorre o desvio de poder quando a autoridade administrativa, no uso de sua competência, movimenta-se tendente à concreção de um fim, ao qual não se encontravinculada, ex vi da regra de competência’*.¹¹⁶

Assim, conquanto ambos tenham a mesma consequência – a nulidade do ato –, não se deve confundir a incompetência, configurada quando o ato localiza-se fora do escopo legalmente definido para a atuação do agente por ele responsável, e o desvio de finalidade, configurado “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” (art. 2º, parágrafo único, e), da Lei nº 4.717/65¹¹⁷).

Exemplificativamente, não pode o governador, conquanto competente para tal, autorizar a construção de um teatro não visando à promoção da cultura e o interesse público – fins naturais da regra de competência –, mas para agradar a sua sogra, como no insólito caso protagonizado por Orestes Quércia¹¹⁸.

3.3 Atributos

Menos controversa é a classificação dos atributos do ato administrativo. Conquanto alguns autores adicionem outros e se refiram a eles como “características”, sempre se listam os três atributos a seguir apresentados, com base na doutrina clássica, que se mantém firme e atual até hoje: **(i)** presunção de legalidade, **(ii)** imperatividade e **(iii)** auto executoriedade.

¹¹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 109.

¹¹⁷ “art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: (...) Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.”

¹¹⁸ Disponível em <http://www.tribunadopovo.com.br/teatro-surgiu-depois-de-pedido-da-sogra-do-governador/>. Acesso em 12.11.2018.

3.3.1 Presunção de legalidade

A presunção de legalidade é, nas palavras de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

“a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção juris tantum de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo”.¹¹⁹

É da própria presunção relativa de legalidade que decorre a característica dos atos administrativos, acima apresentada como integrante do próprio conceito (3.1), de que são desafiados judicialmente. Afinal, se a presunção é relativa, assume prova – judicialmente apresenta mediante contraditório – em contrário. Caso contrário, estar-se-ia diante de presunção absoluta.

3.3.2 Imperatividade

Afirmar que o ato administrativo goza de imperatividade significa dizer que, como ato do Poder Público, é “revestido de *imperium*, capaz de ser imposto coercitivamente enquanto existir”¹²⁰, concedendo à Administração a faculdade de “editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente em obrigações”¹²¹.

Ressalte-se que, gozando o ato administrativo de presunção de legalidade, a imperatividade decorre de sua mera existência, “não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico”¹²².

¹¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 401

¹²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

¹²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 401

¹²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 160.

3.3.3 Auto executoriedade

A auto executoriedade, nas palavras de HELY LOPES MEIRELLES, “consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial”¹²³.

Significa dizer que o Poder Público pode tomar as ações adequadas para obter os resultados materiais almejados pelo ato administrativo sem necessidade de prévia autorização judicial¹²⁴, principalmente aquelas decorrentes do poder de polícia, como os embargos a obras não autorizadas¹²⁵.

3.4 Vinculação e Discricionariedade

Define-se atos administrativos vinculados como “aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedirlos, não interfere com apreciação subjetiva alguma.”¹²⁶

Assim, caso a Administração Pública desatenda qualquer dos requisitos legais previamente estabelecidos em relação àquele ato específico, o ato é irremediavelmente viciado, e, portanto, passível de anulação¹²⁷.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161.

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 401

¹²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 161.

¹²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 412

¹²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 167.

Não por outros motivos, DI PIETRO afirma que, nas situações em que a lei prevê a prática de um ato administrativo vinculado, o particular a quem o ato deve ser endereçado é titular de um direito subjetivo, motivo pelo qual pode exigir a prolação do ato que possibilita o exercício desse direito, sob pena de correção judicial¹²⁸.

Essa categoria de atos não será o objeto principal deste estudo, já que se entende que “tais atos, estando estreitamente confinados pela lei ou regulamento, permitem ao Judiciário revê-los em todos os seus aspectos, porque em qualquer deles poderá revelar-se a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática.”¹²⁹.

Importa, portanto, analisar o conceito de ato administrativo discricionário, intimamente relacionado à possibilidade de escolha – seja ela de conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade, modo¹³⁰ – e liberdade pelo Poder Público. Nesse sentido, assim define CASSIO CAVALLI:

“O termo também significa que o ato discricionário é aquele em que a administração pública possui, necessariamente, uma margem de escolha entre alternativas em que se deixa à administração pública um momento de livre cognição. Com efeito, utiliza-se o termo discricionário para referir-se ‘à opção, à escolha, à seleção, abstraídos outros condicionamentos, que não são levados em conta para efeito do exercício do poder discricionário’. Assim, conforme a lição de Diogenes Gasparini (1995), nos atos discricionários ‘cabe à administração pública escolher dito comportamento’. Por essa razão, ensina Almiro do Couto e Silva (1990) que o ‘poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos, tem o agente do Estado duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário’.”¹³¹

Conquanto haja liberdade de escolha pela Administração Pública, destaque-se que um ato nunca será integralmente discricionário, como leciona CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, uma vez que:

¹²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1. p. 291.

¹²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 167.

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 168.

¹³¹ CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 63, 2010.

“conforme afirma a doutrina prevalente, [o ato] será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato é sempre e obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe vinculação também com respeito a este aspecto.”¹³²

O motivo para a existência de situações em que a lei permite a ação discricionária do Poder Público é mesmo evidente, já que não se cogita de um ordenamento jurídico que conseguisse prever, com correção e atenção aos casos individuais extraordinários, todas as situações de atuação possível para a Administração Pública, de forma a vincular o administrador às hipóteses legalmente previstas e imaginadas:

“Se a lei todas as vezes regulasse vinculadamente a conduta do administrador, padronizaria sempre a solução, tornando-a invariável mesmo perante situações que precisariam ser distinguidas e que não se poderia antecipadamente catalogar com segurança, justamente porque a realidade do mundo empírico é polifacética e comporta inumeráveis variantes. Onde, em muitos casos, uma predefinição normativa estanque levaria a que a providência por ela imposta conduzisse a resultados indesejáveis.”¹³³

Por óbvio, aceitar que a Administração Pública possua discricionariedade para agir, visando a não engessar a sua atuação, não significa aceitar decisões arbitrárias do Poder Público, uma vez que o ato arbitrário é contrário ou excedente aos limites da lei, e, portanto, necessariamente ilegal, enquanto o ato discricionário é compreendido pelo exercício de liberdade pela lei estabelecida.¹³⁴

Por fim, importa destacar que, se é certo que ato discricionário pressupõe liberdade da Administração Pública para tomar decisões, tal liberdade só pode existir diante de duas opções igualmente adequadas à lei e ao ordenamento jurídico, compreendido de forma ampla,

¹³² Logo em seguida, o autor discorda da assertiva de que a finalidade do ato seria necessariamente vinculada pois “na maior parte das vezes a apreciação do que é o interesse público depende, em certa medida, de uma apreciação subjetiva, isto é, de uma investigação insuscetível de se reduzir a objetividade absoluta”. Isso não altera, no entanto, a conclusão utilizada nesse trabalho: de acordo com o autor, não há ato inteiramente discricionário. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 412/413.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 926.

¹³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 168.

incluindo-se a Constituição de 1988 e os juízos de proporcionalidade e razoabilidade inerentes à sua interpretação e aplicação:

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

Logo, nos casos em que, em juízo equilibrado, sereno, procedido segundo os padrões de razoabilidade, seja convincente que dada providência seguramente é a melhor ou que seguramente não o é, ter-se-á de reconhecer inexistência de discricionariedade na opção que houver discrepado de tal juízo.”¹³⁵

Assim, o a discricionariedade é, acima de tudo, como afirma FÁBIO OLIVEIRA, com base em DWORKIN, um *juízo de empate*, a ser utilizado, só e só, quando não há uma alternativa que prevaleça em relação à outra:

“há discricionariedade quando existem duas ou mais decisões admitidas pelo Direito em igualdade, equivalência, isto é, não é possível saber qual é a melhor. As condutas discricionárias são igualmente razoáveis, nenhuma é melhor do que outra sob qualquer critério que importa juridicamente. Elas empatam. Dando nome à coisa, com Dworkin: o juízo discricionário é *juízo de empate*.”¹³⁶

É à luz desse conceito de discricionariedade, que pressupõe a análise e existência de duas opções igualmente razoáveis para que a Administração Pública possa optar por uma delas, que será analisado o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

A esse conceito se soma uma última premissa fundamental a ser estabelecida antes do estudo da atividade judiciária, com base no magistério de FABIO OLIVEIRA: não se pode analisar, em abstrato e com base apenas no texto da lei, se o ato administrativo é vinculado ou discricionário. Ao contrário, são as circunstâncias do caso concreto que permitirão decidir se

¹³⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 928.

¹³⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Discricionariedade: juízo de empate*. Revista Sequencia, Florianópolis, v. 39, 2018, p. 52.

havia apenas uma ação possível por parte da Administração Pública – e, portanto, vinculação – , ou possibilidade de mais de uma ação igualmente razoável – e, portanto, discricionariedade¹³⁷.

4. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Para que se analise a concepção tradicional dos limites do controle judicial dos atos administrativos, inicie-se com as clássicas considerações, elaboradas por MIGUEL SEABRA FAGUNDES, acerca da limitação ao controle, pelo juiz, do mérito administrativo:

“Considera-se que 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. 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 executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica (contrôle preventivo) ou compelí-lo a que os retome, se acaso transpostos (contrôle a posteriori).”¹³⁸

Em igual sentido, ao analisar o mérito como componente do objeto dos atos administrativos discricionários, entende MEIRELLES que:

“O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério da Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por uma simples mudança de juízo subjetivo – do administrador pelo do juiz – sem qualquer fundamento em lei.”¹³⁹

¹³⁷ Para ilustrar a proposição, o professor faz uso do tombamento, normalmente classificado como atividade discricionária, em virtude da indeterminação dos termos do Decreto-Lei nº 25/37. Nada obstante a vagueza dos termos empregados, a Igreja da Candelária, no Rio de Janeiro, a Ópera de Arame, em Curitiba, e o Pelourinho, em Salvador, são exemplos de indiscutível subsunção à norma, resultando em verdadeiro dever da Administração Pública de tombá-los, a configurar atividade vinculada. OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 366/367 - Ver nota de rodapé 40.

¹³⁸ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 23, 1951, p. 1.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32ª ed. Atual. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 154.

Ambos STJ e STF tiveram oportunidade de se manifestarem em apoio à clássica doutrina de que ao Poder Judiciário é vedado apreciar o mérito do ato administrativo, como demonstram os casos abaixo, decididos nos anos 1990:

“é defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou de oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado”¹⁴⁰.

“ao Judiciário compete tão somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial”¹⁴¹.

Conclui SEABRA FAGUNDES afirmando que o Poder Judiciário apenas poderia analisar os excessos, limitando-se a apontar eventuais vícios, como abuso de poder:

“Por outro lado, e em corolário do que se vem de expor, a apreciação jurisdicional da competência discricionária só se dá quando dela abusa o funcionário administrativo, quando age exorbitando da esfera de ação livre que lhe deixa a lei. E tanto vale dizer, quando o funcionário supõe ou quer fazer supor que está tomando medidas de mérito, mas na verdade age em campo diverso daquele que ao mérito traçou a lei. O que nesse caso se analisa não é o exercício da competência discricionária em sua substância, ou seja, o mérito no seu conteúdo, mas sim o excesso no uso daquela, a prática de ato além ou fora do âmbito pretraçado à discricção, e, portanto, ao mérito. O que se analisa é um abuso de competência, que êste é sempre um aspecto legal. Não se declara que o ato é bom ou mau, melhor ou pior, mas apenas que, tal como praticado, representa um abuso do poder de livre ação conferido à autoridade administrativa, poder que poderia ser utilizado largamente dentro de certos limites e nunca além dêles.”¹⁴²

Essa concepção tradicional de que o mérito e a discricionariade não poderiam ser objeto de apreciação judicial – senão para que fossem apontados excessos – esbarra em crítica lógico-jurídica, assim sintetizada por FÁBIO OLIVEIRA:

“como averbar que só é cabível sindic a discricionariade quando for ela abusiva sem sindic a discricionariade? Ora, para concluir acerca de uma qualidade da discricionariade – o seu caráter abusivo – é condição examiná-la. Como averiguar se a discricionariade afronta o direito positivo, se há excesso ou desvio de poder, se

¹⁴⁰ ROMS nº 1288/91-SP, 4ª Turma, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, publ. 2.5.1994.

¹⁴¹ HC nº 73.940, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, publ. 29.11.1996.

¹⁴² SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 23, 1951, p. 12.

não é permitido controlá-la? Exposto de outro jeito: a aferição da discricionariedade é pressuposto para resolver sobre o vício ou a lisura da discricionariedade.”¹⁴³

Não por outros motivos, com base na concepção de que o Poder Judiciário não pode ser impedido de analisar o juízo de mérito e discricionário do ato administrativo¹⁴⁴, alguns autores chegam a declarar que a discricionariedade pode até ser reduzida a zero, já que os princípios da Constituição de 1988 seriam capazes de suprir o campo das distintas possibilidades de atuação administrativa¹⁴⁵.

Passa-se a analisar, então, o conteúdo (4.1) e a técnica do juízo (4.2) a ser realizado pelo Poder Judiciário, uma vez que, como se viu acima, decorre da lógica a necessidade de que o mérito dos atos administrativos discricionários passe pelo crivo judicial, mesmo que o controle seja limitado a apontar ou não se houve abusividade.

4.1 Conteúdo do julgamento: Possibilidade de revisão do mérito

Para que não haja confusão conceitual, inicie-se distinguindo o mérito processual do mérito administrativo:

“A noção processual de mérito não tem nenhuma correlação com a noção de mérito no Direito Administrativo. Trata-se de noções diferentes quantitativa e qualitativamente. Por isto mesmo, para bem fixar o conceito de mérito no ato administrativo é preciso abstrair de qualquer consideração do conceito de mérito no Direito Processual.

Sob o ponto de vista do processo civil se entende por mérito o conteúdo substancial da lide, isto é, o conteúdo do contraditório com base em regras de direito substantivo, por oposição às questões de cunho meramente processual. O mérito é então um elemento constante e principal. Existe em toda demanda e centraliza as pretensões das partes. Só excepcionalmente o juiz deixará de examiná-lo.

¹⁴³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 361.

¹⁴⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 361.

¹⁴⁵ MOTA, Marcel Moraes. Racionalidade e discricionariedade administrativa. *Conpedi*, Brasília, n. 20, p. 5639, 21/22 nov. 2008. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_178.pdf . Acesso em: 12.11.2018.

Ao prisma do Direito Administrativo o mérito não é um elemento essencial, nem constante, senão eventual e restrito. E' apenas, e em certos casos, um dos fatores que, conjuntamente, compõem o ato administrativo.”¹⁴⁶

Assim, ainda que num contexto de apreciação judicial, quando este capítulo se referir ao *mérito*, estará dizendo, elipticamente, o “mérito administrativo” e não “mérito processual”.

Feito esse aparte, deve-se reafirmar que a mera alegação de que um ato é discricionário não é suficiente para afastar que o Poder Judiciário lance os olhos sobre o mérito:

“O entrave é que, sob o manto do juízo de mérito, muitas ações ou omissões acontecem em agressão ao sistema jurídico. Absurdo é aceitar que, em um processo judicial, pelo simples fato de a parte alegar que a decisão (contestada) proferida é discricionária, o julgador se veja impedido de perscrutar o mérito sub judice, como se ele tivesse que acatar, de pronto, os discursos ou argumentações daquele que tem a sua deliberação contraditada, apontada como arbitrária. O juiz não pode adiantar seu veredicto.”¹⁴⁷

Significa dizer, portanto, que a análise do mérito é obrigatória, pois que inerente à atuação judicial voltada ao controle de legalidade, amplamente compreendida em sua definição pós-positivista, a englobar princípios e a Constituição, como bem afirma FÁBIO OLIVEIRA:

“Por último, algumas notas importantes. Por tudo o que se expôs, o judiciário está legitimado, pois é seu dever, a adentrar no mérito administrativo, a analisar o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo administrador. Afirmar que o mérito é insindicável (Seabra Fagundes, Diogo de Figueiredo Moreira Neto) é contribuir para o imbróglio que se vem a referir. Não favorece, ademais, separar mérito de juízo de conveniência e oportunidade (Nunes Leal). O juízo de conveniência e oportunidade é o juízo de mérito (sobre ser a medida conveniente e oportuna). Por outro lado, não é procedente seguir afirmando que na análise do mérito o judiciário não faz exame de legalidade. Tal seria distinguir juízo discricionário de juízo de legalidade (Eros Grau). Repita-se: o juízo discricionário não é um juízo alegal, ajurídico, fora ou estranho ao Direito. Claro, esta é a legalidade pós-positivista, a legalidade material e não meramente formal, a legalidade dos princípios, a legalidade constitucional ou, caso se prefira, a simbiose entre legalidade e legitimidade.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 23, 1951, p. 12.

¹⁴⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 362/363.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Discricionariedade: juízo de empate*. Revista Sequencia, Florianópolis, v. 39, 2018, pp. 58/59.

Nesse sentido, a análise de mérito é voltada a uma pergunta fundamental, decorrente do próprio conceito de discricionariedade: se só há discricionariedade quando a situação em concreto denuncia existirem mais de uma possibilidade de agir, havia, no caso, uma *igualdade razoável* entre as diferentes opções postos diante do Poder Público?¹⁴⁹ Em outras palavras, havia, no caso concreto, uma *zona de razoabilidade*, dentro da qual o Executivo possui liberdade para decidir?¹⁵⁰

Esclareça-se que analisar se havia zona de razoabilidade não significa analisar se as medidas seriam idênticas. Significa, na verdade, investigar se haveria entre elas semelhança, analogia, já que “as distinções, todavia, não podem chegar ao estágio de apartar uma como a melhor. Admite-se uma simetria ou uma paridade relativa, uma similaridade, equivalência.”¹⁵¹.

Conquanto se possa imaginar que essas perguntas são excessivamente abstratas e sem resolução possível, sobretudo nos *hard cases*, nota-se que o referido exame, em regra, aponta a inexistência da zona de razoabilidade, resultando em vinculação da administração pública, com a consequente anulação do ato em desrespeito a ela¹⁵².

Isso porque, conforme o pano de fundo constitucional acima exposto (2), os atos administrativos, assim como a eventual vinculação, discricionariedade e arbitrariedade “devem ser investigadas à luz do dirigismo constitucional. A discricionariedade só alberga alternativas tuteladas pela diretividade da Constituição, do ordenamento jurídico.”¹⁵³

Assim, é a própria Constituição Dirigente, por meio de seus enunciados vinculantes, que ordinariamente impõe apenas uma conduta a ela conforme; uma única decisão correta a ser

¹⁴⁹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 364.

¹⁵⁰ No original, “Sometimes, however, the reasonableness test allows for several possibilities, thereby creating a ‘zone of reasonableness’. The executive has freedom of choice within this range.” BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 248.

¹⁵¹ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Discricionariedade: juízo de empate*. Revista Sequencia, Florianópolis, v. 39, 2018, p. 52.

¹⁵² OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 366; BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 248.

¹⁵³ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 369.

tomada pelo Poder Público; um único sentido para o ato administrativo; a vinculação da Administração Pública¹⁵⁴.

Nesse sentido, o Poder Judiciário é responsável pela integral avaliação do mérito, nela incluindo-se as ponderações necessárias de direitos e valores fundamentais, para que defina se a decisão foi razoável, merecendo ser mantida¹⁵⁵.

Não há que se falar, portanto, em deferência ao mérito ou às ponderações da Administração Pública que resultaram no ato administrativo, afinal, se a separação de poderes exige que o Executivo seja o Poder responsável por tomar as decisões dentro da zona de razoabilidade, também exige que o Judiciário, e não o Executivo, defina os limites dessa zona¹⁵⁶.

Pelo mesmo motivo, não há que se falar em violação à separação de poderes: o Executivo exerce o seu papel, quando há discricionariedade, assim como o faz o Judiciário, ao indicar qual é a esfera de discricionariedade possível.

A análise judicial, portanto, é legal-constitucional: se o mérito da decisão respeita não apenas a lei, mas também o texto e os programas vinculantes enunciados pela Constituição de 1988, o ato administrativo é legal, não merecendo invalidação judicial. Caso contrário, o ato administrativo é ilegal, e, portanto, o Poder Judiciário deve invalidá-lo, mesmo que a contrariedade à Constituição de 1988 se dê por motivos de conveniência e oportunidade.

¹⁵⁴ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 366.

¹⁵⁵ No original, “Indeed, reasonableness is an evaluative process, not a descriptive process. It is not a concept that is defined by deductive logic. It is not merely rationality. A decision is reasonable if it was made by weighing the necessary considerations, including fundamental values in general and human rights in particular. Nothing is reasonable ‘in itself’” BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 249.

¹⁵⁶ No original, “The principle of separation of powers requires the executive, rather than the judiciary, to choose one possibility within this zone. But the principle of separation of powers requires the court, rather than the executive, to determine the limits of the zone of reasonableness.” BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 249.

Tome-se o seguinte exemplo: um governador, genuinamente preocupado com os altos índices de criminalidade na mais perigosa das favelas do Estado, decide realizar *blitzes* em todas as entradas e saídas da comunidade, para que a atuação concentrada de inteligência da polícia seja tão efetiva quanto possível. Para isso, escolhe um dia especialmente movimentado, em que, certamente, também os potenciais criminosos estarão em deslocamento: o primeiro domingo de outubro de um ano par.

Não é necessário grande esforço jurídico para demonstrar que tal atitude é ilegal. Não por qualquer vício ordinariamente apresentado para a anulação dos atos jurídicos, já que não houve desvio de finalidade, ausência de motivo jurídico e fático, violação aos motivos determinantes.

A situação, no entanto, exige a anulação judicial da medida em virtude de sua inconveniência, já que não pode o Governador, sob o pretexto de combate ao crime, fazer uso de medida contrária ao programa de participação popular e democrática pelo povo, titular da soberania e do poder político, conforme estabelece a Constituição de 1988.

Estabelecido o conteúdo fundamental do controle dos atos administrativos discricionários, passa-se à análise da técnica de julgamento a ser aplicada.

4.2 Técnica de julgamento: Proporcionalidade como extensão e limite da atividade judicial

Não se pretende aqui discorrer extensivamente sobre qualquer um dos temas, debatidos à exaustão, concernentes à proporcionalidade: se é ou não princípio, se é ou não instrumento democrático, se deve ou não ser chamada de proporcionalidade, e etc.

Parte-se da premissa de que, seja com o nome proporcionalidade ou razoabilidade, considerada como princípio ou como regra, democrática ou não, a técnica de julgamento em três partes, com a primeira sendo uma análise de adequação da medida ao fim proposto, a

segunda uma análise do grau de intervenção da medida na esfera de direitos protegidos e a terceira uma ponderação entre os benefícios e os prejuízos da medida, é um importante mecanismo atualmente utilizado pelo Poder Judiciário brasileiro.

Passa-se a analisar, então, a adequação e os limites dessa técnica de julgamento no contexto do controle dos atos administrativos discricionários.

Nesse sentido, a técnica é fundamental para a análise, já que, nas palavras de FÁBIO OLIVEIRA, “somente há discricionariedade quando, após o teste dos três subprincípios, subsistem pelo menos duas medidas *igualmente razoáveis*.”¹⁵⁷.

Dessa proposição surgem duas afirmativas fundamentais: **(i)** se só há discricionariedade se da técnica de julgamento em três partes resultarem duas ou mais opções igualmente razoáveis, significa dizer, *a contrario sensu*, que a própria análise da discricionariedade merece o uso da técnica; e **(ii)** se há discricionariedade quando a técnica de julgamento em três partes resulta em duas ou mais opções igualmente razoáveis, não pode o juiz anular o ato administrativo quando a técnica não indicar a existência de apenas uma opção.

Portanto, a técnica de julgamento em questão funciona, ao mesmo tempo, como *extensão da atuação do Poder Judiciário*, pois é a responsável por operacionalizar o controle do mérito e da discricionariedade, e *limite da atuação do Poder Judiciário*, pois é a responsável por estabelecer uma barreira intransponível para os poderes do juiz.

4.3 A experiência internacional

4.3.1 *Judicial Review* dos atos administrativos nos Estados Unidos

¹⁵⁷ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 366.

Historicamente, o Poder Judiciário nos Estados Unidos adotava postura de extrema cautela e deferência aos atos praticados pelas agências reguladoras, apenas os anulando caso fossem arbitrários e caprichosos¹⁵⁸.

No entanto, em *Citizens to Preserve Overton Park v. Volpe*¹⁵⁹, a Suprema Corte dos Estados Unidos começou a aplicar um padrão de revisão diferente. Trata-se de caso em que o Poder Público desejava construir uma rodovia que cortaria o Parque Overton, em Memphis, Tennessee.

De acordo com a legislação aplicável, não seria possível construir uma rodovia cortando um parque caso houvesse uma rota alternativa “prudente e factível”¹⁶⁰. Assim, considerando inexistir alternativa “prudente e factível”, o Secretário de Transporte, com base em seu juízo discricionário dos conceitos de “prudente e factível”, autorizou a construção da rodovia. A controvérsia judicial reside na (i)legalidade dessa decisão.

Nesse caso, decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos, inobstante a previsão de que os atos administrativos só deveriam ser controlados se arbitrários ou caprichosos, pela necessidade de se realizar uma “investigativa e cuidadosa” análise dos fatos em questão¹⁶¹. Assim, o resultado do julgamento foi a remessa às instâncias inferiores, já que deveria haver revisão, por parte do Judiciário, “minuciosa e aprofundada”¹⁶² do ato administrativo, para analisar se a decisão do Secretário de Transporte foi ou não razoável.

Igual análise aprofundada dos elementos fáticos, para concluir ou não pela razoabilidade do ato administrativo, foi utilizada no caso *Motor Vehicle Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.*¹⁶³ Nesse caso, a Secretaria de Transportes havia

¹⁵⁸ GARRY, Patrick M. Judicial review and the “hard look doctrine”. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, p. 14, maio/ago. 2017.

¹⁵⁹ Íntegra da decisão disponível em <https://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/401/402.html>. Acesso em 14.11.2018.

¹⁶⁰ Tradução livre do original “feasible and prudent”.

¹⁶¹ Tradução livre do original “searching and careful”.

¹⁶² Tradução livre do original “thorough, probing, in-depth”.

¹⁶³ Íntegra da decisão disponível em <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep463/usrep463029/usrep463029.pdf>. Acesso em 14.11.2018.

rescindido uma norma referente a dispositivos de segurança de passageiros. De acordo com a norma reguladora, cabia à Secretaria, no exercício de sua discricionariedade, tomar essa decisão, desde que, considerando os “dados relevantes de segurança de veículos”¹⁶⁴, a decisão fosse “razoável, praticável e apropriada”¹⁶⁵.

Da análise aprofundada das circunstâncias fáticas do caso, decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos que a medida, mesmo fundamentada em análises econômicas de custos para a indústria de veículos e em estudos de segurança de passageiros, deveria ser anulada, já que nem ao menos considerou a possibilidade de que fosse estabelecida a obrigatoriedade dos *airbags*, e que, sendo os *airbags* tecnologias eficientes para a segurança de passageiros, não é razoável que a Administração Pública nem ao menos examinasse essa alternativa.

4.3.2 *Judicial Review* dos atos administrativos em Israel

O caso israelense é de intervenção ainda maior do Poder Judiciário na esfera de atuação administrativa, inclusive com efeitos diretos na atuação do Primeiro-Ministro. É o que se passa a expor.

Em *The Movement for Quality in Government in Israel v. State of Israel*¹⁶⁶, pediu-se a remoção do Ministro Interior de seu cargo, em virtude de ter sido indiciado pelo crime de recebimento de propina. No caso, a defesa alegava que a exoneração ou não de um Ministro seria um ato discricionário do Primeiro-Ministro.

¹⁶⁴ Tradução livre do original “relevant available motor vehicle safety data”.

¹⁶⁵ Tradução livre do original “reasonable, practicable and appropriate”.

¹⁶⁶ Caso nº CFH 3094/93. Íntegra da decisão disponível em <https://supreme.court.gov.il/sites/en/Pages/fullsearch.aspx>.

Decidiu a Suprema Corte de Israel que “quando há considerações, à luz de todas as informações, que requerem o exercício do poder de remoção de uma pessoa do Ministério, é ilegal que o detentor desse poder se recuse a usá-lo”¹⁶⁷.

Destaque-se que, conquanto com resultados similares, a decisão da Suprema Corte de Israel é substancialmente diferente das decisões liminares proferidas pelo Min. Gilmar Mendes no julgamento dos MSs 34.070 e 34.071: neles, decidiu monocraticamente o Min. Gilmar Mendes que o ex-presidente Lula não poderia ser nomeado ministro da Casa Civil, já que a nomeação teria ocorrido em desvio de finalidade e resultado em indevido deslocamento de competência.

A Suprema Corte de Israel, por sua vez, não afirmou existir desvio de finalidade ou tentativa de burlar o princípio do juiz natural. Decidiu que, existindo o poder de exoneração de um Ministro e presentes circunstâncias fáticas que indicam que a atuação razoável seria a de exonera-lo, o Primeiro-Ministro não goza de discricionariedade, sendo obrigado a remover o Ministro acusado de seu cargo¹⁶⁸.

A reforçar o grau de controle exercido, porém com resultado oposto, a Suprema Corte de Israel teve a oportunidade de analisar uma série de processos iniciados contra o Primeiro-Ministro em virtude de uma prática muito comum no Brasil: o Primeiro-Ministro exonerou alguns Ministros para criar uma maioria capaz de aprovar projetos de seu interesse¹⁶⁹.

Nesses casos, julgados em conjunto, decidiu-se que

“a discricionariedade do primeiro ministro quando do exercício de poder de exoneração dos ministros é muito amplo e a exoneração de ministros em prol de um

¹⁶⁷ Tradução livre do original “Where there are considerations which, in the light of all the data, require the exercise of the power to remove someone from office, it is unlawful for the holder of the power to refrain from exercising it because he has promised in advance that he would not do so even if the circumstances should demand it”.

¹⁶⁸ Conquanto a decisão tenha ordenado o Primeiro Ministro a exonerar o Ministro em questão, o Ministro acusado renunciou ao seu cargo antes de ter sido realizada a exoneração. BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008. p. 242.

¹⁶⁹ Casos HCJ 5261/04, 5262/04, 5263/04, 5264/04 e 5317/04. Íntegra das decisões disponível em <https://supreme.court.gov.il/sites/en/Pages/fullsearch.aspx>. Acesso em 16.11.2018.

plano político que o Primeiro-Ministro considera essencial para o Bem-estar do Estado de Israel estar dentro da zona de razoabilidade de suas ações.”¹⁷⁰

Nota-se, portanto, que o Estado de Israel faz uso rigoroso da regra da “zona de razoabilidade”, capaz mesmo de resultar na intervenção judicial em questões caríssimas ao Poder Executivo, incluindo-se a manutenção de alguns dos membros mais importantes do governo, como os Ministros de Estado.

5. CONCLUSÃO

Como se demonstrou, o Direito Administrativo, em geral e no Brasil, não pode se afastar do Direito Constitucional e da Constituição. Assim, nada mais natural que o processo de constitucionalização do Direito Administrativo, que ganhou força especial no ordenamento jurídico pátrio a partir da promulgação da Constituição de 1988.

Expôs-se, ainda, que a Constituição de 1988 é uma Constituição Dirigente, a significar que enuncia programa igualmente vinculantes para os três Poderes. Além disso, a Constituição Dirigente também vincula, ainda que de forma menos intensa, a sociedade. Distinguiram-se alguns elementos fundamentais da Constituição Cubana de 1976 e da Constituição de 1988, demonstrando que, embora ambas sejam Constituições Dirigentes, os programas por ela enunciados são substancialmente distintos.

Passou-se, então, à análise do Poder Judiciário no âmbito da Constituição de 1988. Estabelecida a premissa de que a atividade do Poder Judiciário não se opõe à democracia, mas, ao contrário, significa o exercício de uma concepção argumentativa de democracia, buscou-se demonstrar que, em decorrência do dirigismo constitucional e de ser igualmente democrático, o Poder Judiciário, quando provocado, também deve buscar a concretização dos programas estabelecidos na Constituição Dirigente.

¹⁷⁰ Tradução livre. No original “the discretion of the prime minister when exercising his power to remove ministers from office was very broad, and that the removal of ministers from office in order to further a political plan that the prime minister regarded as essential for the welfare of the State of Israel fell within the zone of reasonableness for his action in removing the ministers from office.”.

Assim, estabelecidos os contornos fundamentais do Poder Judiciário na Constituição de 1988, exploraram-se as questões concernentes aos atos administrativos no direito brasileiro. Mais especificamente, foram analisados os elementos e os atributos dos atos administrativos, bem como a distinção entre vinculação e discricionariedade.

A esse respeito, explicou-se que não há comando legal, *per se*, vinculado ou discricionário, mas, na realidade, a análise de opções para o agir da Administração Pública devem ser sempre examinadas no caso concreto, para que se visualize se havia apenas uma ação possível, e, conseqüentemente, vinculação, ou se havia mais de uma possibilidade igualmente razoável para o agir do Poder Público, e, conseqüentemente discricionariedade.

A partir disso, lançou-se o olhar para a atividade do Poder Judiciário no âmbito do controle dos atos administrativos, sobretudo aqueles ordinariamente classificados como discricionários. Nesse sentido, recordou-se que um ato só pode ser considerado discricionário após a análise judicial de que havia mais de uma possibilidade igualmente razoável para a atuação da Administração Pública.

Também se demonstrou que, para isso, é necessário analisar o mérito administrativo. Caso a análise de mérito não fosse possível, se aceitaria a esdrúxula possibilidade de se considerar legal ato contrário à lei e à Constituição única e exclusivamente por ter sido proveniente da Administração Pública, o que, evidentemente, não se pode admitir.

Assim, até mesmo como corolário da separação de poderes, cabe ao Executivo agir nos limites de sua discricionariedade, enquanto cabe ao Judiciário, a partir da interpretação das normas e da Constituição de 1988, indicar qual é essa zona de razoabilidade, área em que a discricionariedade pode ser exercida.

Por fim, indicou-se que a técnica de julgamento em três fases, muitas vezes chamada de juízo ou princípio da proporcionalidade, ao mesmo tempo como extensão da atuação do Poder

Judiciário, por ser o instrumento para a análise da existência ou não de discricionariedade, e como limite da atuação do Poder Judiciário, pois não pode o julgador decidir de forma contrária ao resultado alcançado por meio da referida técnica de julgamento.

Finalmente, demonstrou-se que a experiência dos Estados Unidos e, principalmente, de Israel também aceitam um amplo controle do mérito administrativo, para que se analise se a decisão tomada estava dentro ou fora da zona de razoabilidade, e, portanto, se foi vinculada, discricionária ou arbitrária.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução Luís Afonso Heck. 2 ed. ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

_____. *Teoria Discursiva do Direito*. Tradução de Alexandre Travessoni. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BAPTISTA, Patrícia e CAPECCHI, Daniel. *Se o direito administrativo fica, o direito constitucional não passa: perspectivas do direito público contemporâneo sobre uma velha questão*. Revista de Direito da Cidade, vol. 08, nº 4.

BARAK, Aharon. *The Judge in a Democracy*. Princeton: Princeton University Press, 2008.

BARROSO, Luis Roberto. *A razão sem voto: O Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 5. 2015.

_____. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. RDE. Revista de Direito do Estado, v. 21, 2011

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Grandes Transformações do Direito Contemporâneo e o Pensamento de Robert Alexy*. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2014/02/Conferencia-homenagem-Alexy2.pdf>

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, 2005.

_____. *O Constitucionalismo Democrático no Brasil: Crônica de um Sucesso Imprevisto*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/constitucionalismo_democratico_brasil_cronica_um_sucesso_imprevisto.pdf

BERCOVICI, Gilberto. *Revolution through constitution: the Brazilian's directive constitution debate*. Revista de Investigações Constitucionais, v. 1, p. 11, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Canotilho e a Constituição dirigente*. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Org.). 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

_____. *Rever ou romper com a constituição dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. vol. 15/1996. Abr - Jun 1996.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

CAVALLI, Cássio. *O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica*. Revista de Direito Administrativo, v. 251, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A teoria constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)*. In: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol. I. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa*. Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB. Belo Horizonte, ano 2, n. 2, jan. / jun. 2012.

_____. *Direito Administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. v. 1.

GARRY, Patrick M. *Judicial review and the “hard look doctrine”*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 275, maio/ago 2017.

GRIMM, Dieter. *Constitutionalism: Past, present and future*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabri Editor, 1981.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo* - Ed. 2018. Editora Revista dos Tribunais. E-book.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32^a ed. Ataul. Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

MOTA, Marcel Moraes. *Racionalidade e discricionariedade administrativa*. Conpedi, Brasília, n. 20, p. 5639, 21/22 nov. 2008. Disponível em: www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/12_178.pdf.

NASCIMENTO, Rogerio J. B. S. *Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial*. In: Sergio Ferrari; José Vicente Mendonça. (Org.). *Apontamentos sobre a trajetória constitucional brasileira: afirmação republicana do Poder Judicial*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2016. v. 1.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Morte e Vida da Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Discricionariedade: juízo de empate*. Revista Sequencia, Florianópolis, v. 39, 2018.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil., vol. I*. Atual. Maria Ceelina Bodin de Moraes. 29. ed. Rev. e Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SANDEL, Michael. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. 4 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SARMENTO, Daniel e NETO, Claudio Pereira de Souza. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Forense, 2014.

SCHREIBER, Anderson. *Direito Civil e Constituição*. In: Anderson Schreiber e Carlos Nelson Konder. (Org.). *Direito Civil Constitucional*. 1ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 23, 1951.

SOUZA, Paulino José Soares de. *Ensaio Sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: 1862. Disponível em: <https://archive.org/details/ensaiosobreodire00urug/page/n43>.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5^a ed., 7^a tiragem. São Paulo: Malheiros, 2017.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.