



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ricardo Levy Martins

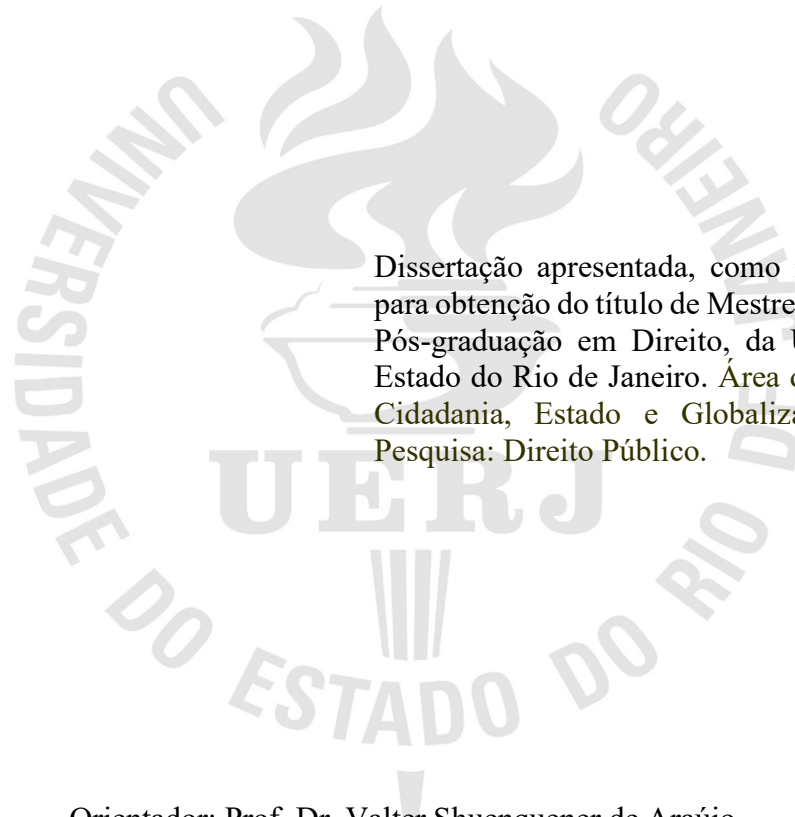
A evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários

Rio de Janeiro

2023

Ricardo Levy Martins

A evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Orientador: Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo

Rio de Janeiro

2023

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M386 Martins, Ricardo Levy

A evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários / Ricardo Levy Martins. - 2023.
207 f.

Orientador: Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Administração Pública - Teses. 2. Discricionariiedade - Teses.
3. Poder Judiciário - Teses. I. Araújo, Valter Shuenquener de. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 342.924

Bibliotecária: Fabiana das Graças Fonseca CRB7/6358

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ricardo Levy Martins

A evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização. Linha de Pesquisa: Direito Público.

Aprovado em 19 de julho de 2023

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Valter Shuenquener de Araújo (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Binenbojm
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Eduardo Ferreira Jordão
Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2023

DEDICATÓRIA

Para Luciana e Pedro.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao corpo docente e auxiliares do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, por todos na pessoa de meu orientador Professor Dr. Valter Shuenquener de Araújo.

A minha esposa, Luciana, por todo auxílio e compreensão, em todos os momentos.

Aos meus familiares, por todas as oportunidades que me proporcionaram.

RESUMO

MARTINS, Ricardo Levy. *A evolução do controle jurisdicional dos atos discricionários*. 2023. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

Este trabalho dedicou-se a realizar uma revisão sobre a evolução do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil. Inicialmente procurou contextualizar o tema do controle da Administração Pública de modo geral, compatibilizando-o com visões do Direito Administrativo que menos tradicionais na doutrina nacional. Foram analisadas teorias multidimensionais do Direito Administrativo e do ato administrativo, ressaltando perspectivas muitas vezes negligenciadas pela visão unidimensional tradicionalmente acolhida no Brasil e os eventuais impactos destas diferenças na definição da intensidade do controle judicial e no efetivo exercício da revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. Desenvolvido este panorama inicial, foi analisada a evolução do controle da discricionariedade na doutrina nacional, descrevendo primeiro seus fundamentos e em seguida os elementos do ato administrativo e as controvérsias envolvendo a presença ou não do caráter discricionário em cada um deles. Especificamente em relação ao controle em si, demonstrou-se a evolução das técnicas utilizadas tradicionalmente pelo Poder Judiciário, desde a teoria do desvio de finalidade, passando pela teoria dos motivos determinantes e finalmente o controle a partir dos princípios jurídicos. O ponto central do trabalho está na análise das teorias relacionadas à sindicabilidade, ou não, do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Em síntese, o trabalho descreve a evolução das principais teorias sustentando a imunidade do mérito e a gradativa inserção na doutrina nacional de doutrinas influenciadas pela perspectiva multidimensional do Direito Administrativo que buscam contornar as dificuldades derivadas da dogmática tradicional. Finalmente, o estudo analisou a permeabilidade destas novas teorias nos tribunais, tomando como parâmetro a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça. Ao final, são apresentadas as sínteses conclusivas deste trabalho.

Palavras-chave: Administração Pública. Discricionariedade. Controle. Poder Judiciário. Mérito.

ABSTRACT

MARTINS, Ricardo Levy. *The evolution of the jurisdictional control of discretionary acts.*. 2023. 207f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2023.

This work was dedicated to reviewing the evolution of the jurisdictional control of administrative discretion in Brazil. Initially, it sought to contextualize the issue of control of Public Administration in general, making it compatible with views of Administrative Law that are less traditional in national doctrine. Multidimensional theories of Administrative Law and the administrative act were analyzed, highlighting perspectives often neglected by the unidimensional view traditionally embraced in Brazil and the possible impacts of these differences on the definition of the intensity of judicial control and the effective exercise of the review of administrative acts by the Judiciary. Having developed this initial panorama, the evolution of the control of discretion in the national doctrine was analyzed, first describing its foundations and then the elements of the administrative act and the controversies involving the presence or not of the discretionary character in each one of them. Specifically in relation to the control itself, the evolution of techniques traditionally used by the Judiciary was demonstrated, from the theory of misuse of purpose, passing through the theory of determining reasons and finally the control based on legal principles. The central point of the work is the analysis of theories related to the syndicality, or not, of the merit of the administrative act by the Judiciary. In summary, the work describes the evolution of the main theories supporting the immunity of merit and the gradual insertion in the national doctrine of doctrines influenced by the multidimensional perspective of Administrative Law that seek to circumvent the difficulties derived from traditional dogmatics. Finally, the study analyzed the permeability of these new theories in the courts, taking as a parameter the most recent jurisprudence of the Superior Court of Justice. At the end, the conclusive syntheses of this work are presented.

Keywords: Public administration. Discretion. Control. Judiciary. Merit

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 AS DIFERENTES VISÕES SOBRE O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E AS RELAÇÕES TENDENCIAIS	22
1.1 A compreensão tradicional do controle dos atos administrativos	22
1.1.1 <u>Panorama da dogmática tradicional do controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil</u>	27
1.2 Nova compreensão do controle da Administração Pública	29
1.2.1 <u>O multifacetado controle da Administração Pública: para além da simples proteção dos direitos individuais contra o abuso estatal</u>	30
1.3 Algumas considerações sobre a visão multidimensional do controle da Administração Pública	41
1.4 Do controle multifacetado da Administração Pública às relações tendenciais	42
1.4.1 <u>Premissas das relações tendenciais</u>	44
1.4.2 <u>As três relações tendenciais</u>	46
1.4.2.1 <u>Algumas ressalvas às relações tendenciais apresentadas</u>	51
1.5 Alguns apontamentos sobre as relações tendenciais	55
2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO	59
2.1 Desenvolvimento histórico da discricionariedade administrativa – a conformação da discricionariedade ao Direito	61
2.2 Fundamentos da discricionariedade administrativa e origens do problema quanto aos limites do controle judicial	66
2.2.1 <u>A inevitabilidade da discricionariedade</u>	66
2.2.2 <u>A separação dos poderes</u>	69
2.2.3 <u>A discricionariedade a partir de uma visão tridimensional do Direito Administrativo</u>	72
2.3 Elementos do ato administrativo e a presença da discricionariedade	73
2.3.1 <u>Competência</u>	75
2.3.2 <u>Forma</u>	76
2.3.3 <u>Finalidade</u>	78

2.3.4	<u>Motivo</u>	79
2.3.5	<u>Objeto</u>	81
2.4	Algumas reflexões sobre a análise segmentada dos elementos do ato administrativo	81
3	DISCRICIONARIEDADE, MÉRITO, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA...	85
3.1	Discricionariedade e Mérito do Ato Administrativo	85
3.1.1	<u>Discricionariedade</u>	85
3.1.1.1	Discricionariedade como poder e arbitrariedade.....	85
3.1.1.2	Discricionariedade como <i>dever-poder</i>	87
3.1.1.3	Discricionariedade e ascensão dos princípios.....	90
3.1.2	<u>O mérito do ato administrativo</u>	92
3.2	Conceitos jurídicos indeterminados e interpretação jurídica	95
3.2.1	<u>O surgimento e desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Alemanha</u>	95
3.2.2	<u>A recepção da teoria no Brasil</u>	100
3.2.2.1	A distinção “forte” – Os conceitos jurídicos indeterminados e a “única solução justa”.....	100
3.2.2.2	A distinção “fraca” – a complementariedade entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade.....	103
3.3	Algumas ponderações quanto à distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados	108
4	AS TÉCNICAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NA DOUTRINA NACIONAL	111
4.1	Fases do desenvolvimento (técnicas de controle da discricionariedade)	112
4.1.1	<u>Teoria do Desvio de Finalidade</u>	112
4.1.1.1	Algumas dificuldades práticas.....	115
4.1.2	<u>Teoria dos Motivos Determinantes</u>	118
4.1.2.1	O exame da adequação dos motivos.....	121
4.1.3	<u>O Controle dos atos administrativos pelos princípios</u>	123
5	O MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO LIMITADOR (OU NÃO) DO CONTROLE JURISDICIONAL DA	

DISCRICIONARIEDADE	130
5.1 A sobrevivência da insindicabilidade do mérito administrativo	130
5.1.1 <u>Primeira fase: mérito como limite “rígido”</u>	131
5.1.2 <u>Segunda fase: a insindicabilidade do mérito diante da força normativa dos princípios</u>	133
5.1.3 <u>Algumas reflexões sobre a doutrina da insindicabilidade do mérito administrativo</u>	139
5.2 A relativização e superação da barreira do mérito no controle judicial da discricionariedade	144
5.2.1 <u>A superação do mérito como elemento delimitador do controle jurisdicional do ato discricionário</u>	144
5.2.1.1 O mérito administrativo sob nova perspectiva.....	144
5.2.1.2 A centralidade da noção de juridicidade administrativa.....	148
5.2.1.3 O controle jurisdicional da discricionariedade independentemente da noção de mérito administrativo.....	153
5.2.2 <u>A plena sindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário</u>	158
5.2.3 <u>Considerações sobre a evolução do controle do mérito do ato administrativo na doutrina nacional</u>	164
6 O MÉRITO ADMINISTRATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA	167
6.1 O objeto de pesquisa	167
6.2 A metodologia da pesquisa	168
6.3 Primeira etapa de pesquisa: termos amplos	169
6.3.1 <u>Primeira etapa – segunda fase</u>	171
6.3.2 <u>Análise dos dados obtidos nesta primeira etapa</u>	173
6.4 Segunda etapa da pesquisa: categorização por assuntos	177
6.5 Síntese dos dados coletados e analisados	183
CONCLUSÃO	186
REFERÊNCIAS	199

INTRODUÇÃO

O problema

Conforme ensinam os manuais de metodologia de pesquisa jurídica, “o núcleo básico do projeto de pesquisa é formado pelo problema, sua hipótese e sua metodologia”¹. O problema, que deve ter “relevância social, humana e jurídica”², configura o ponto de partida da pesquisa.

Este “núcleo básico” do projeto pode ter matizes essencialmente teóricas, quando por exemplo busca-se explorar o desenvolvimento no tratamento de um determinado instituto jurídico pela doutrina em um período pré-determinado pelo autor da pesquisa.

Adotando uma perspectiva mais pragmática, outro enfoque possível para a análise do “problema” de pesquisa pode consistir no estudo da evolução do entendimento jurisprudencial acerca do tema. Em outras palavras, busca-se analisar, no lapso temporal definido pelo autor, como os tribunais evoluíram na interpretação e aplicação concreta do instituto jurídico objeto de estudo.

A presente pesquisa pretende, de certo modo, conciliar estes dois enfoques, ao trazer o desenvolvimento teórico do controle jurisdicional da administração pública na doutrina brasileira, bem como avaliar de que forma as novas teorias foram sendo encampadas pela jurisprudência nacional no dia a dia forense.

O estudo acerca do controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário envolve ao menos, a análise de duas relações bem definidas: primeiro, a que se estabelece entre o administrado e a Administração Pública, no dia a dia da gestão pública; e segundo, a relação que surge entre Poder Executivo e Poder Judiciário no momento em que o administrado busca na via jurisdicional o socorro contra alguma ação interventiva da Administração Pública.

É corrente hoje a ideia de que vivemos uma época de gradativo incremento na intervenção do Estado (leia-se: Administração Pública) na vida do indivíduo. O crescente desenvolvimento tecnológico até pode ter catalisado este processo, mas não deixa de ser

¹ GALLUPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas – atualizado conforme as normas 6023/2002, 10520/2002, 14724/2002, 6024/2003 e 6027/2003*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.p. 30.

² GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010. p. 14.

interessante observar como fenômeno semelhante era descrito, já na década de 1950, por Caio Tácito:

Os novos encargos de govêrno levam à hipertrofia dos órgãos executivos. Não mais se limita a administração ao papel clássico de manter a ordem e a tranquilidade públicas. O poder de polícia do Estado alcança, praticamente, tôdas as formas de atividade humana. A administração, ao mesmo tempo, se especializa e se generaliza. Os entes estatais se descentralizam em novas pessoas jurídicas de direito público.

(...)

As condições sociais atribuem ao Estado uma posição de tutela e gerência de interesses gerais e individuais. A manutenção e sobrevivência do indivíduo, a sua proteção contra riscos e incertezas sociais, a própria defesa da soberania nacional motivam a revisão de alicerces: a propriedade, a família, o trabalho, a autonomia da vontade ou a liberdade de contrato obedecem a novos pressupostos de inspiração coletiva³.

Alguns estudos mencionam, ainda, o fortalecimento do Poder Executivo no processo de redemocratização, não somente no Brasil, mas em toda a América Latina a partir dos anos 70 e 80 do século XX⁴, o que de certa forma poderia explicar essa expansão da intromissão da Administração Pública na vida do cidadão.

Ainda que seja possível observar ponderações quanto à crescente intervenção Estatal na vida do indivíduo já na primeira metade do século passado, o fato é que a doutrina em geral reconhece que as atividades exercidas pela Administração Pública, com impacto direto na vida do cidadão, vêm sendo incrementadas quantitativa e qualitativamente de forma cada vez mais acelerada. Em outras palavras, a quantidade e o grau de complexidade das atividades atribuídas (ou, ao menos, exigidas) do Estado são cada vez maiores⁵.

Trata-se de um fenômeno que se acentuou nas últimas três décadas nos países de tradição jurídica de direito administrativo como uma decorrência da afirmação do modelo de Estado Regulador, seguindo um padrão já observado anteriormente nos países sujeitos ao regime da *common law*, quando a retomada da intervenção estatal em diversos setores sociais e econômicos no período pós crise de 1929 marca o nascimento do chamado “Estado Administrativo”⁶

³ TÁCITO, Caio. *A administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954. p. 2.

⁴ Para um bom resumo do fenômeno sugere-se o texto clássico de Carlos Santiago Nino: NINO, Carlos Santiago. *Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina*, in *Institutional design in new democracies: Eastern Europe and Latin America*, LIJPHART, Arend e WAISMAN, Carlos H., Westview Press, 1996. p. 163-174. Para uma visão atualizada da questão, onde inclusive atribui-se a Carlos Santiago Nino o papel de ter sido o precursor no uso da terminologia “hiperpresidencialismo” no direito constitucional: BOLONHA, Carlos, RANGEL, Henrique, CORRÊA, Carlos. *Hiperpresidencialismo na América Latina*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015. p. 115-140.

⁵ Por todos, JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 34.

Seja pela expansão da previsão de direitos fundamentais de ordem prestacional, a demandar atuação Estatal, nos textos constitucionais que se seguiram ao pós Segunda Guerra Mundial (e tardiamente na América Latina com a onda de redemocratização que teve início nas décadas de 70 e 80 do século XX), seja pela evolução tecnológica que torna a sociedade cada vez mais interligada, o sentimento atual é semelhante àquele descrito por Caio Tácito há mais de 80 anos atrás: o intervencionismo estatal na esfera de direitos do administrado é cada vez maior, ainda que essa intervenção esteja paulatinamente migrando de uma forma de agir essencialmente autoritária e prestacional para uma modalidade mais regulatória e indutiva da atividade privada⁷.

Elucidativa desta mutação na forma de intervenção do Estado na vida do indivíduo é a resignificação do poder de polícia estatal proposto por Gustavo Binembom:

o poder de polícia foi redefinido como sendo a ordenação social e econômica que tem por objetivo conformar a liberdade e a propriedade, por meio de prescrições ou induções, impostas pelo Estado ou por entes não estatais, destinadas a promover o desfrute dos direitos fundamentais e o alcance de outros objetivos de interesse da coletividade, definidos pela via da deliberação democrática, de acordo com as possibilidades e os limites estabelecidos na Constituição⁸

Seja para assegurar a progressiva efetividade na prestação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, seja visando atender à necessidade de eficiência na gestão dos interesses coletivos, o fato é que o Estado e o indivíduo acabam constantemente entrando em rota de colisão. A dificuldade de compatibilizar interesses que eventualmente se apresentam amplamente colidentes faz com que parcela considerável destes conflitos entre a Administração Pública e o administrado inevitavelmente desaguem nas portas do Poder Judiciário.

A controvérsia levada a juízo acerca da validade de um determinado ato ou decisão administrativa pode gravitar em torno de um elemento *plenamente* vinculado. De forma simplificada e ilustrativa, imagine-se um Mandado de Segurança em que se controverta sobre dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias⁹ em uma dada hipótese fática.

⁷ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 43.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Edição do Kindle. posição 10067

⁹ Código Tributário Nacional, art. 111, III.

Tomando o CTN à literalidade, teríamos aqui um exemplo de controle judicial de mera legalidade¹⁰, posto que “a atividade administrativa de lançamento é vinculada”¹¹.

Estes seriam os chamados *casos fáceis*, em oposição à terminologia consagrada por Ronald Dworkin¹², e que representam a maior parcela das contendas judiciais. Um equívoco recorrente é a suposição de que os chamados *casos difíceis* constituam um contingente volumoso das causas julgadas nos tribunais. Podem até ser muito representativos em termos de esforço e tempo empenhados na sua solução, mas em termos quantitativos definitivamente não são a maioria.

Ocorre que, em parcela considerável das controvérsias levadas ao Judiciário, essa linha demarcatória imaginária que separa o ato vinculado do discricionário não é tão evidente quanto quer fazer crer a dogmática tradicional sobre a discricionariedade administrativa no Brasil. Controverte-se, então, se determinado ato (ou um ponto específico do ato questionado) possuiria natureza vinculada ou discricionária. A dúvida levada aos tribunais consistiria, aqui, na efetiva existência, ou não, de um espaço ou margem de apreciação para o administrador. Em outras palavras: a divergência repousa na existência ou não de um leque de opções, todas elas em conformidade com o ordenamento jurídico, à disposição do administrador. Neste momento já se pode dizer que começamos a ingressar na seara dos *casos difíceis*.

Há, ainda, a terceira hipótese, em que não se controverte sobre o caráter *discricionário* do ponto controvertido, mas sim sobre os *limites* da discricionariedade, se o agente atuou “dentro da margem de liberdade que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis”¹³. Ou seja, nesse caso a existência de uma *margem de liberdade de escolha* seria incontroversa, cabendo ao administrador o poder (ou *dever-poder*) de escolha entre *indiferentes jurídicos*. Questiona-se, então, se naquele caso específico o agente teria ido além desta hipotética *margem* que o sistema lhe atribuíra.

A diferença entre esta terceira hipótese e a segunda acima pode parecer sutil, mas é crucial: em um caso discute-se se haveria ou não margem para um juízo de *conveniência e oportunidade* por parte do administrador; enquanto que no outro a existência de uma certa

¹⁰ Afirmar que as controvérsias relacionadas a lançamento tributário resumem-se meramente a questões de legalidade e subsunção da hipótese fática a prescrições legais claras e unívocas constituiria erro grosseiro. A referência simplificadora aqui tem mera pretensão ilustrativa, eis que, muitas vezes, a questão é efetivamente de controle de legalidade estrito.

¹¹ Código Tributário Nacional, art. 142, parágrafo único.

¹² DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 43.

liberdade de escolha é incontroversa, e o ponto controvertido passa a ser a própria escolha em si exercida pelo administrador, que teria, para uma das partes, desbordado dos limites legais.

Segundo a dogmática tradicional, esta análise de validade do ato administrativo pelo Poder Judiciário poderia ser enquadrada na dicotomia “*vinculação X discricionariedade*”. Sinteticamente, teríamos que ao magistrado caberia o controle de legalidade dos elementos vinculados do ato, permanecendo *insindicável* o núcleo duro da discricionariedade, o juízo de *conveniência e oportunidade* que compõe o *mérito* do ato, área pertinente à atuação exclusiva do administrador público.

Surgem desta síntese algumas questões: primeiro, quando um ato ou decisão administrativa pode ser qualificado como vinculado ou discricionário? A dogmática tradicional, trabalhando com o rol elencado no artigo 2º da lei 4.717/65, responderia que basta uma análise do motivo e do objeto, averiguando-se na lei se foi deixada alguma margem de apreciação ao administrador, eis que os demais elementos (competência, forma e finalidade) são sempre vinculados. Havendo margem de escolha deixada ao administrador para, em juízo de *conveniência e oportunidade*, definir o motivo e/ou o objeto do ato, temos então o famoso mérito do ato administrativo, *insindicável* pelo Poder Judiciário.

Esquemáticamente a resposta pode parecer satisfatória, mas avancemos um pouco no aspecto prático: este esquema é efetivamente utilizado pelos tribunais no dia a dia forense? Ele é capaz de, em primeiro lugar, efetivamente solucionar todas as questões envolvendo os elementos ditos *plenamente* vinculados do ato administrativo? Em segundo lugar, já em relação aos elementos eventualmente discricionários do ato, a dogmática tradicional é capaz de oferecer fundamentos seguros e efetivamente aplicados pelos tribunais para decidir quando o legislador deixou alguma margem de escolha ao administrador e quando não o fez, supostamente tornando o ato *plenamente vinculado*? Por fim, reconhecida a discricionariedade, a determinação de uma postura deferente é efetivamente seguida pelos tribunais?

Para uma parcela considerável da doutrina, as respostas para estas questões definitivamente são negativas. Já há algumas décadas observamos uma tentativa de superação desta divisão do agir administrativo em categorias formais estanques, sugerindo uma análise mais gradual do caráter vinculado ou discricionário do ato administrativo.

O crescente reconhecimento da força normativa dos princípios e a constitucionalização do direito administrativo têm papel central nesta *nova* dogmática, que sinteticamente busca não só reconciliar alguns institutos do Direito Administrativo com o texto democrático da Constituição da República de 1988 como procura fazê-lo com os olhos voltados para a realidade. Análises institucionais comparativas ganham atenção especial, ao buscar trazer para

a atividade de interpretação jurídica dados concretos extraídos do mundo real, de forma a determinar *in concreto*, qual a instituição efetivamente mais bem preparada para delinear a interpretação mais adequada da norma.

Aqui, mais uma vez, voltamos os olhos para o aspecto prático do Direito: esta *nova* dogmática é capaz de fornecer um ferramental útil ao operador do direito no exercício da prática forense? Dito de outra forma: esta *nova* forma de enfrentar o problema do controle dos atos discricionários encontra aderência no discurso jurídico dos tribunais?

Veja-se que o controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário pressupõe uma definição prévia, nem sempre isenta de controvérsia: o caráter efetivamente discricionário do ato em questão (ou, ao menos, de alguns de seus elementos). Não havendo parâmetros claros para definir quando a determinação contida no comando legal é *suficiente* para delimitar plenamente os motivos e o objeto do ato (ou seja, seus elementos eventualmente discricionários) tem-se aí uma brecha na funcionalidade da dogmática tradicional para servir como guia na solução dos casos concretos, eis que se apoia, via de regra, na completude de suas definições.

Queremos dizer com isso que, a depender da régua utilizada pelo julgador, uma mesma decisão administrativa pode ser enquadrada como vinculada por alguns e discricionária por outros. O problema dessa discrepância é que o controle judicial do ato administrativo poderia avançar no primeiro caso sobre áreas que o segundo grupo reputaria *insindicáveis* pelo Poder Judiciário. Dito de outro modo: a definição do que é mérito do ato administrativo, composto pelo binômio conveniência e oportunidade, é crucial para o estabelecimento de limites ao controle judicial. Em última instância, tal definição determina o grau de intervenção legítima de um dos Poderes do Estado na atuação de outro.

A partir do reconhecimento dessa linha tênue na definição do caráter discricionário do ato e, conseqüentemente, na presença do *mérito administrativo*, é possível vislumbrar que um bom caminho para furta um determinado ato do controle dos tribunais é, utilizando a narrativa da dogmática tradicional, afirmar o caráter discricionário do ato e a conseqüente *insindicabilidade* do mérito.

O reverso da moeda aqui seria a possibilidade de expansão do controle enunciando seu caráter vinculado, ainda a partir das categorias trabalhadas pela dogmática tradicional. A rigor, bastaria ao juiz afirmar que os parâmetros decisórios foram bem delineados pelo legislador, não havendo margem de escolha deferida ao administrador, para que se viabilize um controle *pleno* de revisão da decisão administrativa, sob a chancela de um mero controle de legalidade.

Mais uma vez, a prática: o que acontece, então, no dia a dia forense? Quais os parâmetros utilizados pelo Poder Judiciário para delinear o caráter vinculado ou discricionário

de uma decisão administrativa? É possível extrair uma orientação jurisprudencial consistente e apta a gerar previsibilidade e conseqüentemente segurança jurídica? A *nova* dogmática foi capaz de estabelecer estes parâmetros? Os tribunais efetivamente migraram de uma argumentação simplesmente binária (vinculação/discricionariedade) para uma mais gradativa (*graus* de vinculação)?

Acrescente-se, ainda, a forte divergência relacionada aos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*. Estariam contidos na noção de discricionariedade? Relacionam-se com o *mérito* administrativo, ou configuram objeto de mera interpretação legal através de métodos hermenêuticos que levem à sua *determinação* para o caso concreto, sem que se possa falar em *margem de escolha* para o administrador?

Neste ponto cabe delinear de forma clara o problema enfrentado: não se pretende aqui desenvolver uma espécie de “Tratado da Discricionariedade Administrativa”, abarcando todas as questões que gravitam em torno do tema.

As pretensões são mais específicas. O propósito final da pesquisa é analisar criticamente o desenvolvimento histórico do controle jurisdicional da discricionariedade na doutrina nacional e entender como os tribunais brasileiros *efetivamente* trabalham esta competência. A ênfase no *efetivamente* serve para ressaltar que a análise que se empreende não pretende limitar-se a uma revisão mecânica da argumentação usualmente apresentada pelos tribunais.

A argumentação explicitada constitui, sem dúvidas, um ponto de partida: o que os tribunais afirmam ao exercer o controle de uma dada decisão administrativa? Quais os argumentos utilizados para abster-se do controle? É possível divisar, ao menos no discurso, a adesão a algumas das teorias indicadas ao longo do trabalho?

Além desta análise, pretende-se ir um pouco além, aprofundando a investigação em busca de consistência argumentativa nas decisões dos tribunais quando são chamados a decidir sobre a validade de um ato ou decisão administrativos. Em termos diretos: os argumentos utilizados para realizar um juízo de correção ou para fundamentar a abstenção de controle são consistentemente utilizados pela jurisprudência? É possível fazer prognósticos seguros com base em julgados pretéritos?

Sintetizando a situação-problema que ora se propõe: qual o marco teórico utilizado pela jurisprudência nacional quando tem que decidir¹⁴ sobre a validade de um determinado ato administrativo? É possível identificar consistentemente um marco teórico? Se sim, qual seria?

¹⁴ Para uma interessante análise sobre a vedação do *non liquet* no ordenamento jurídico brasileiro, ver: KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez (2015). A proibição do *non liquet* e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Revista De Direito Administrativo, 270, 171–205.

A hipótese

Em termos práticos, para aqueles que militam no dia a dia forense, uma das principais utilidades da dicotomia “vinculação X discricionariedade” residiria na determinação da modalidade de controle judicial incidente sobre a decisão administrativa em questão, conforme o enquadramento em uma categoria ou outra.

Em outras palavras, enquadrar um ato ou decisão dentro de uma destas duas categorias formais implicaria, *automaticamente*, na determinação dos limites da intervenção do magistrado na revisão do ato questionado em juízo. Sendo vinculado, caberia o controle judicial sobre todos os elementos do ato ou decisão, sob o manto de um *mero* controle de legalidade. De outro lado, do enquadramento na fôrma *discricionária* decorreria a *insindicabilidade* dos elementos do mérito do ato administrativo, que configuram o âmago da discricionariedade administrativa reservada ao agente mais legitimado democraticamente para fazer escolhas de cunho político.

É possível identificar um certo desconforto em parte da doutrina com esta tradicional categorização formal binária, bem como com suas supostas *consequências automáticas*.

Este desconforto é identificado, por vezes, em razão da dificuldade com que o operador do direito se depara no caso concreto para identificar a presença ou não do elemento discricionário na decisão administrativa. Ainda que em muitas oportunidades a presença da chamada *margem de escolha* atribuída ao administrador possa ficar evidente ou até mesmo ser expressamente determinada pelo legislador, em outros casos o enquadramento em uma das duas categorias formais disponíveis está longe de representar uma decisão trivial, havendo bons argumentos para todos os lados.

Algumas dificuldades decorrem desta categorização binária dos atos administrativos. Primeiro, a insegurança em se utilizar como parâmetro para a definição do controle judicial uma categorização nem sempre tão fácil e incontroversa. Se a própria classificação do ato administrativo como discricionário ou vinculado nem sempre é evidente como a dogmática tradicional pretende fazer crer, como embasar justamente nesta distinção a definição de algo tão relevante como a medida de intervenção de um poder na atuação de outro?

Uma segunda dificuldade apresentada questiona a própria relação de causalidade entre o enquadramento do ato em uma das duas categorias formais e a determinação dos limites do

controle judicial. É possível identificar na dogmática tradicional da discricionariedade a existência de uma relação de causalidade (quase) necessária, que correlaciona determinadas facetas do ato ou decisão administrativa em questão (seu caráter eminentemente político, ou eventualmente a forma como o ato atinge determinados direitos individuais) com a delimitação do controle exercido pelo Poder Judiciário. Ocorre que, de acordo com o que denominamos aqui como *nova dogmática*, podem existir boas razões a determinar uma atuação judicial diversa da que sugere o “senso comum” da dogmática tradicional.

É possível, ainda, identificar uma vertente nesta *nova dogmática* que questiona a própria essência do entendimento tradicional acerca do controle judicial da discricionariedade administrativa. É dizer: supondo ser incontroverso o caráter discricionário do ato administrativo, por que o mérito deveria ser imune ao controle judicial¹⁵?

Uma outra ordem de questionamentos pondera se a dogmática tradicional é capaz de estabelecer parâmetros seguros para delinear o que seria esse “círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei”¹⁶?

As questões são correlacionadas, porém sutilmente distintas. A dificuldade em discernir no caso concreto a existência de uma *margem de escolha* atribuída ao administrador difere da dificuldade em, tendo sido reconhecida sua existência, delinear seus limites, determinar até onde o administrador estaria agindo com esteio na alegada liberdade de conformação que lhe teria sido atribuída e a partir de quando estaria agindo além dessa *margem*.

Reflexões desta ordem levaram ao desenvolvimento do que denominamos *nova dogmática* da discricionariedade administrativa, que questiona a viabilidade da divisão formal estanque entre ato vinculado e ato discricionário.

O problema proposto linhas acima questiona a possibilidade de se identificar na jurisprudência um marco teórico consistentemente utilizado pelos tribunais para determinar o modo como se operacionaliza o controle judicial dos atos discricionários no Brasil. A partir dos argumentos explicitados pelos tribunais, seria possível extrair uma adesão a alguma linha argumentativa apta a gerar previsibilidade e, conseqüentemente, segurança jurídica?

¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 82.

A hipótese sugerida, como “solução provisória, e eu diria: a ser verificada”¹⁷ pode ser subdividida em duas partes. A primeira refere-se à linha adotada pelos tribunais: a *nova* dogmática da discricionariedade administrativa, com sua perspectiva mais gradativa da liberdade de conformação da norma ao caso concreto pelo administrador, e conseqüentemente do controle judicial da discricionariedade, não chegou a ser efetivamente encampada pelo Poder Judiciário, não obstante já contar com algumas décadas de desenvolvimento no ambiente acadêmico.

Isso não implica dizer que ela nunca é utilizada como argumento teórico para fundamentar uma decisão judicial, mas apenas que o discurso amplamente majoritário na jurisprudência segue sendo aquele da dicotomia tradicional “discricionariedade/ vinculação”, com a conseqüente definição *automática* dos limites da atuação judicial.

A segunda parte da hipótese tem relação com a forma como os tribunais aplicam, na prática, a teoria da insindicabilidade do mérito administrativo: a inclusão de determinados temas no rótulo do “mérito” culmina na exclusão de determinadas matérias da tutela judicial.

Haveria, em síntese, uma imunização de determinadas matérias do controle jurisdicional, sem que se reflita com maior profundidade sobre o *discrímén* utilizado para justificar essa diferença de tratamento.

O que definimos como *nova* dogmática da discricionariedade parece buscar algumas soluções para estas questões, mas aparentemente não encontra adesão suficiente, ao menos no discurso oficial dos tribunais.

Uma ressalva final, neste ponto, é necessária: pretende-se, ao longo do trabalho, expor as linhas dogmáticas mais proeminentes na doutrina de forma essencialmente objetiva, o que não impede de nos posicionarmos criticamente com relação aos entendimentos doutrinários desenvolvidos ao longo do texto. O propósito da pesquisa não é fazer um mero relato histórico da dogmática administrativista nacional, mas sim, essencialmente, descrever e analisar criticamente o desenvolvimento do controle da discricionariedade no direito brasileiro na doutrina e o posicionamento atual da jurisprudência.

A metodologia

¹⁷ GALLUPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas – atualizado conforme as normas 6023/2002, 10520/2002, 14724/2002, 6024/2003 e 6027/2003*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 111.

Tradicionalmente, afirma-se que a metodologia é composta, na essência, por dois elementos: o marco teórico e a operacionalização¹⁸. Começaremos pelo marco teórico.

A pesquisa proposta tem, como objetivo primordial, destrinchar como se desenvolveu o estudo do controle da discricionariedade no Brasil e qual a linha dogmática que encontrou maior adesão no posicionamento da jurisprudência atual.

O marco teórico parte, a princípio, do desenvolvimento dogmático da discricionariedade administrativa e seu controle pelo Poder Judiciário no direito brasileiro, sem prejuízo de eventuais referências à doutrina estrangeira quando pertinente à melhor exposição e compreensão do tema. Em um segundo momento, o estudo focará na forma como a jurisprudência nacional adere a uma ou outra linha dogmática, buscando demonstrar eventuais inconsistências em cada posicionamento adotado.

É necessário, então, que se apresente algumas premissas fundamentais das quais se parte e que constituem essencialmente o marco teórico da pesquisa, que direcionará a forma como serão analisadas as teorias explanadas ao longo do trabalho e os dados coletados, bem como as conclusões ao final.

É necessário, então, que se apresente algumas premissas fundamentais das quais se parte e que constituem essencialmente o marco teórico da pesquisa, que direcionará a forma como serão analisadas as teorias explanadas ao longo do trabalho e os dados coletados, bem como as conclusões ao final.

Trabalha-se aqui com uma concepção *tridimensional* do direito administrativo¹⁹ e como esta visão pode impactar na definição do modo e da profundidade do controle exercido pelo Poder Judiciário em relação às decisões administrativas. Conforme será explorado, cada *dimensão* do direito administrativo parece sugerir uma determinada postura dos juízes para com as escolhas formuladas por agentes administrativos. Conforme explica Eduardo Jordão²⁰, a própria aceitação ou não destas *relações tendenciais* envolve, de certa forma, uma escolha,

¹⁸ GALLUPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas – atualizado conforme as normas 6023/2002, 10520/2002, 14724/2002, 6024/2003 e 6027/2003*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. p. 111.

¹⁹ Apropriamo-nos aqui da *tridimensionalidade* do Direito proposta por Miguel Reale para uma tradução livre do termo “*three dimensions of administrative law*” utilizado por Eduardo Jordão: JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1092. Abordando também a tridimensionalidade de Miguel Reale, mas aplicando-a à noção de discricionariedade: CRETELLA JÚNIOR, José. *Ato Administrativo – a tridimensão da discricionariedade*. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 119:33-39, jan/mar. 1975

²⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

geralmente relacionada ao maior enfoque conferido a uma das três dimensões e alimentada por análises institucionais comparativas.

Acredita-se que visualizar a discricionariedade administrativa e o fenômeno do controle exercido pelo judiciário através destas lentes pode auxiliar na compreensão dos impactos decorrentes da adoção de uma determinada dogmática da discricionariedade, bem como ajudar a entender o que efetivamente ocorre na prática forense diária.

Com relação à pesquisa de jurisprudência, considerando o propósito deste estudo (aferir qual linha dogmática angariou maior adesão dos tribunais brasileiros), bem como limitações de tempo e espaço, os esforços serão concentrados nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, por sua abrangência nacional e caráter uniformizador da jurisprudência. Além de viabilizar a pesquisa, diante da dificuldade de se pesquisar a jurisprudência de 27 Tribunais Estaduais (contando o TJDFT) mais 6 Tribunais Regionais Federais, possibilita-se o relativo isolamento de idiosincrasias regionais que poderiam de alguma forma enviesar os resultados encontrados.

Quanto à exposição dos temas, no primeiro capítulo serão desenvolvidas as diferentes compreensões acerca do controle dos atos administrativos exercidos pelo Poder Judiciário, bem como as relações tendenciais supostamente existentes entre as características do ato questionado e a postura demandada dos juízes no exercício dessa revisão. No segundo capítulo será apresentada a evolução histórica do tratamento da discricionariedade administrativa na doutrina nacional. O terceiro capítulo destina-se ao desenvolvimento de conceitos essenciais à compreensão do tema, discricionariedade, mérito e conceitos jurídicos indeterminados. O quarto capítulo dedica-se a explorar as principais técnicas utilizadas para o controle da discricionariedade no Brasil, como as teorias do desvio de finalidade e dos motivos determinantes, culminando com o controle a partir da principiologia jurídica. O quinto capítulo dedica-se a tratar da forma como insindicabilidade do mérito administrativo foi utilizada como argumento limitador do controle judicial do ato discricionário, até o surgimento de novas linhas doutrinárias questionando este dogma e sua utilização como régua para a atuação do Poder Judiciário. No sexto capítulo serão expostos os resultados da pesquisa jurisprudencial realizada ao longo do projeto e uma análise crítica dos resultados encontrados. Ao final, a conclusão apresenta uma síntese com as principais ideias expostas ao longo do trabalho.

1 AS DIFERENTES VISÕES SOBRE O CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E AS RELAÇÕES TENDENCIAIS

O objetivo principal desta pesquisa é traçar a evolução, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil. Necessário, portanto, delimitar adequadamente do que se está tratando quando se refere a *controle jurisdicional dos atos administrativos*.

O controle da Administração Pública, não se restringe, por evidente, ao exercido pelo Poder Judiciário. Odete Medauar oferece amplíssimo rol de classificações relacionadas às mais diversas modalidades de controle exercidos sobre a atividade administrativa de maneira geral²¹.

Para o que interessa no momento, seguiremos inicialmente uma divisão do controle da Administração Pública pelo critério “subjetivo”, ou seja, levando em consideração “quem” atua no papel de controlador. Considerando o *Poder Estatal* que o exerce, teremos, assim, uma divisão tripartite desta atividade: o controle exercido pelo Poder Executivo, ou seja, a própria Administração Pública quando realiza controle sobre si mesma; o exercido pelo Poder Legislativo e, por fim, aquele realizado pelo Poder Judiciário.

Pretende-se, com isso, explorar uma prática recorrente em parcela da doutrina, que atribui uma determinada finalidade específica e preponderante para cada modalidade de controle, a partir do sujeito (Administração Pública, Poder Legislativo ou Poder Judiciário) que o executa. Esta correlação “agente controlador-finalidade do controle” traz impactos imediatos na forma como a atividade controladora será exercida.

A intenção, neste primeiro momento, é apenas demonstrar o *quadro geral* do controle, bem como a filosofia e ideologia que trabalham por trás dele. O propósito aqui resume-se, sinteticamente, em demonstrar as diferentes formas de se encarar o controle dos atos administrativos, e os efeitos práticos gerados a partir da perspectiva acolhida.

1.1 A compreensão tradicional do controle dos atos administrativos

²¹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p. 33.

Ao tratarmos do que denominaremos como compreensão *tradicional* do controle, uma ressalva se faz necessária quanto ao recorte temporal adotado.

Para além de seu valor meramente informativo, referências históricas devem ser trazidas com algum propósito, devem auxiliar na adequada compreensão do instituto em análise. O fato de o texto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, por exemplo, já prever uma espécie de tomada de contas da administração pública é inegavelmente interessante e digno de nota²², por demonstrar como, já desde o final do século XVIII, havia a preocupação de trazer para o ordenamento jurídico instrumentos de supervisão dos atos estatais pela sociedade. Não obstante seu valor histórico-informativo, o fato é que tal digressão pouco contribuiria para a compreensão do atual estágio do controle dos atos administrativos²³.

A partir desta perspectiva, optou-se por não remontar toda a história do desenvolvimento do controle dos atos administrativos desde a Revolução Francesa e a sujeição do Estado ao Direito (ou antes, a depender da orientação seguida²⁴), parecendo-nos razoável que se retroaja até onde é possível vislumbrar uma efetiva influência da doutrina sobre a prática jurisprudencial contemporânea (sem desconsiderar, mais uma vez, que o desenvolvimento das ciências jurídicas constituem um verdadeiro *continuum*, onde novas teorias evoluem a partir das bases fundadas por suas predecessoras).

Em um ensaio sobre a evolução do controle judicial da administração pública no Brasil, Eduardo Jordão oferece interessante recorte temporal²⁵, que servirá de inspiração para o que será aqui utilizado. Para Jordão, o “passado” do controle corresponderia ao período compreendido entre as primeiras décadas do século XX e a promulgação da Constituição da República em 1988, o “presente” seria o período entre 1988 e os dias atuais e o futuro, obviamente, dos dias atuais em diante²⁶.

²² Preceitua o artigo 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “*A sociedade tem o direito de pedir contas a todo o agente público pela sua administração*”.

²³ Para uma crítica das abordagens históricas frequentemente utilizadas em trabalhos produzidos no âmbito de cursos de pós-graduação em Direito, ver: OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. In: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

²⁴ Paulo Magalhães da Costa Coelho, por exemplo, narra que “*Na Inglaterra, após longo e penoso desenvolvimento histórico com a edição, em 1701, do Act of Settement, é que se reconhece a estabilidade e a competência dos primeiros juízes, assegurando-lhes independência, e criando um embrião do controle administrativo por um órgão autônomo que a história batizará como Poder Judiciário*”. COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 40.

²⁵ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1. p. 336-50

²⁶ Vale ressaltar que o artigo em referência foi primeiramente publicado em 2017, conforme nota supra. Neste sentido, considerando que esta pesquisa foi elaborada em 2022, não há divergência relevante, no ponto que ora nos interessa, para a referência aos “*dias atuais*” em ambos os casos.

Inspirados nesta divisão entre passado e presente, adotaremos um recorte similar, mas não exatamente idêntico. Sem definir um marco temporal claro e específico, utiliza-se a expressão *tradicional* para referirmos à doutrina desenvolvida especialmente a partir do final da primeira metade do século XX e que possui marcada influência na prática forense até os dias de hoje.

A partir do final dos anos 90 até os dias atuais vislumbram-se influxos relevantes de novas orientações doutrinárias, sobretudo influenciadas por ideias oriundas do *common law*, de tal modo suficientes para que se possa afirmar haver um *novo movimento* em relação ao controle judicial dos atos administrativos no direito brasileiro.

Há, no modelo proposto, uma certa concomitância entre o *tradicional* e o *novo*, o que não deixa de ser natural, considerando a forma como se dá a evolução na compreensão dos institutos jurídicos em geral. De todo modo, o marco temporal inicial, tanto aqui quanto no ensaio de Eduardo Jordão coincide com a obra seminal de Miguel Seabra Fagundes, a partir da qual daremos partida na análise do controle dos atos administrativos.

Miguel Seabra Fagundes²⁷ apresenta um sistema tríplice de controle da Administração pública, referindo-se aos controles administrativo, legislativo e jurisdicional. Esta perspectiva tríplice é fortemente marcada pela atribuição de uma finalidade quase exclusiva a cada uma das modalidades de controle mencionadas.

O controle administrativo teria por objetivo a correção de “defeitos do funcionamento interno do organismo administrativo”, sempre visando sua melhor adequação ao “interesse geral”²⁸. O controle legislativo ou parlamentar teria como finalidade principal fiscalizar a atuação da Administração Pública sob o enfoque da “legalidade e conveniência ao interesse coletivo”, podendo-se falar em proteção de direitos individuais apenas de maneira indireta ou reflexa, como uma decorrência natural dos “benefícios implicitamente consequentes da boa aplicação da lei”²⁹. Por fim, o controle jurisdicional teria por finalidade “essencial e característica” a “proteção do indivíduo em face da Administração Pública”³⁰.

É interessante notar que mesmo diante de uma visão mais segmentada do controle da Administração Pública (controle administrativo – eficiência; controle legislativo – adequação

²⁷ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 124.

²⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 126.

²⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 129.

³⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 135.

ao interesse coletivo; controle jurisdicional – proteção dos direitos individuais), Seabra Fagundes não desconsidera os efeitos secundários decorrentes de cada uma das modalidades propostas.

O controle judicial, por exemplo, tem como “destino fundamental” o “amparo ao indivíduo contra a hipertrofia do Poder Executivo”. Não obstante, poderá, de forma secundária, “ser útil” à própria Administração Pública, ao “corrigir irregularidades dos serviços administrativos” e reconduzir a atuação pública aos lindes da legalidade³¹.

Ainda que se tenha vislumbrado um potencial incremento na eficiência administrativa com a correção de falhas e ilegalidades nos atos administrativos, trata-se de mero efeito colateral que não interfere no foco principal do controle exercido pelo Poder Judiciário, qual seja, a proteção de direitos individuais em face de atos lesivos do Estado.

Hely Lopes Meirelles segue mais ou menos na mesma linha, atribuindo ao controle exercido por cada ramo do Estado uma finalidade específica. Neste sentido, o controle administrativo busca atender às “necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização”³². O controle legislativo, mais uma vez, procura adequar a atividade administrativa ao “interesse geral”, ou, nas palavras de Hely, os superiores interesses do Estado e da comunidade”, caracteriza-se por ser “indiferente aos direitos individuais dos administrados”³³. Por fim, o controle judicial, configuraria, essencialmente, “um meio de preservação de direitos individuais” através do controle da legalidade do ato administrativo³⁴.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto subdivide o controle da Administração Pública em termos de legitimidade e legalidade, afastando-se de uma concepção estritamente formalista da última. Ainda assim, observa-se uma clara segmentação das finalidades atribuídas a cada modalidade de controle, conforme o ente que o exerça, não muito diversa das observadas linhas acima.

Ao controle administrativo de legitimidade caberia acompanhar o exercício da competência detida pelas autoridades administrativas para “definir o resíduo ainda indeterminado de interesse público”, avaliando o alcance e o resultado dos atos administrativos com vistas a que atendam, “da melhor maneira possível, aos interesses públicos em jogo”. No caso do controle legislativo, seu propósito seria garantir que a atividade administrativa seja pautada pela “fidelidade aos valores e interesses públicos politicamente prevaletentes”. O

³¹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 135-136.

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 668-669.

³³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 699.

³⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 705-706.

controle jurisdicional, por fim, teria como finalidade e características essenciais a proteção do indivíduo em face da Administração Pública³⁵.

Assim como em Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles, mais uma vez o foco central da intervenção judicial é a *preservação de direitos individuais*, o controle realizado pelo Executivo objetiva a eficiência e economicidade da atuação administrativa e o controle Legislativo tem inegável ligação com um controle *eminentemente político*³⁶.

Por fim, essencial que se traga o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, desenvolvido essencialmente a partir do texto constitucional e do Decreto Lei 200/67. Apesar de elencar uma série de finalidades atribuídas ao controle administrativo e legislativo, evidencia-se a perspectiva voltada para a eficiência, no primeiro, e a adequação política da ação pública, no segundo: a coordenação e harmonização da atuação dos órgãos governamentais; avaliação da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, atentando-se para os resultados quanto à eficácia e eficiência; o acompanhamento do cumprimento das metas previstas no plano plurianual; a adequada observância e condução dos programas de governo; etc.³⁷.

Sobre o controle jurisdicional, parte-se de uma visão *tradicional* do princípio da legalidade, segundo a qual a Administração Pública, no Estado de Direito, “só pode emitir atos jurídicos em conformidade com a lei que a habilite a tanto”³⁸. Como a legalidade foi concebida para proteger o cidadão dos excessos cometidos pela Administração Pública, assegura-se, através da atuação do Poder Judiciário, a proteção jurisdicional àquele que tenha algum *agravo pessoal* decorrente de ação ou omissão ilegal do Poder Público³⁹. Fica evidente, portanto, a estreita vinculação entre o controle jurisdicional dos atos administrativos e a finalidade de proteção dos direitos individuais.

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 565.

³⁶ Nesta mesma linha, em obra específica sobre o tema, também atribuindo os mesmos enfoques específicos para cada modalidade de controle: CARVALHO FILHO, José dos Santos, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo. Volume 7, Controle da administração pública e responsabilidade do Estado* [livro eletrônico] 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 5.2.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), São Paulo: Malheiros, 2021. p. 965.

³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), São Paulo: Malheiros, 2021, p. 975.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), São Paulo: Malheiros, 2021, p. 976.

1.1.1 Panorama da dogmática tradicional do controle jurisdicional da Administração Pública no Brasil

A fim de consolidar algumas conclusões e facilitar a organização das ideias que se pretende explorar, propõe-se aqui uma breve síntese da visão *tradicional* do controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário.

A escolha por doutrinadores de referência, autores dos principais manuais de direito administrativo utilizados pela comunidade jurídica a partir da segunda metade do século XX, não se deu por acaso. O propósito foi ressaltar a visão geral do controle judicial dos atos administrativos que boa parte dos operadores do direito que hoje ocupam os mais diversos espaços de atuação forense receberam em sua formação jurídica básica.

Parece seguro afirmar que Hely Lopes Meirelles e Celso Antônio Bandeira de Mello, por exemplo, produziram duas das principais obras utilizadas no ensino do Direito Administrativo no Brasil até meados dos anos 1990. Acrescente-se, ainda, a obra de referência sobre controle judicial dos atos administrativos de Miguel Seabra Fagundes, já mencionada, e é razoável que se tenha, de fato, uma legião de seguidores de suas doutrinas nos mais diversos espaços das carreiras jurídicas no país, o que explica boa parte da influência do pensamento destes destacados autores, dentre outros, no dia a dia forense ainda hoje.

É de se destacar, ainda, a estreita vinculação deste entendimento *tradicional* sobre a finalidade do controle judicial dos atos administrativos a uma concepção clássica do princípio da legalidade, que vincula a atuação da Administração Pública estritamente à expressa previsão legal.

Parece fazer sentido, de fato, que uma concepção formalista da atuação administrativa, restrita à atuação “infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei”⁴⁰, como se fosse possível reduzi-la à mera *aplicação da lei de ofício*⁴¹, na clássica expressão de Miguel Seabra Fagundes, leve a um entendimento majoritariamente garantístico do exercício do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), São Paulo: Malheiros, 2021. p. 85.

⁴¹ O professor Gustavo Binenbojm, citando Antônio Carlos Cintra do Amaral, faz interessante ressalva sobre uma má compreensão decorrente do uso indiscriminado da expressão cunhada por Seabra Fagundes, que desconsidera o fato de que “*quando o ilustre jurista brasileiro formulou essa definição teve por objeto distinguir a função administrativa da função jurisdicional, e não simplesmente limitar a função administrativa a uma atuação mecânica*”. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 5.

Considerando o contexto histórico de quando tais concepções foram desenvolvidas, com uma Administração Pública fortemente autoritária e relativamente acostumada a solapar direitos individuais impunemente, constitui considerável avanço que se consiga atribuir à lei o papel de efetivo limitador da atividade administrativa e ao Judiciário a função de garantidor dos direitos individuais ao conformar a atuação administrativa aos limites legalmente delineados.

O foco central, à época, era reconduzir a ação estatal às raias do direito, e o melhor caminho para isso parecia ser uma concepção estrita da legalidade e uma atuação judicial fortemente voltada para a proteção do administrado contra os abusos do Estado. A concepção restrita da legalidade proporcionava ao agente controlador manter a atuação da Administração dentro de limites teoricamente claros e objetivos, ou ao menos tentar fazê-lo.

Se o objetivo é conter os avanços do Estado contra a esfera de direitos do indivíduo, nada melhor do que delimitar claramente onde o administrador pode atuar e onde não pode, e concentrar esforços na fiscalização da observância dos limites impostos “claramente” pelo legislador.

Ocorre que a “crise da legalidade como vinculação positiva à lei”⁴² vem sendo apontada pela doutrina no Brasil desde a última década do século passado, pelo menos. Nas palavras de Almiro do Couto e Silva, essa suposta aplicação mecânica da lei decorreria de “uma imagem do Estado de Direito que só existe no mundo platônico das ideias puras”⁴³.

A questão da superação ou manutenção (ao menos parcial) da concepção tradicional da legalidade administrativa está intimamente relacionada à forma como os juízes controlam a discricionariedade administrativa, que é efetivamente o objeto central da pesquisa.

Não se pretende aprofundar o debate sobre a superação ou não de uma visão do princípio da legalidade que lhe confere a atribuição (ou o fardo) de ser o “repositório das mais elevadas expectativas democráticas e de contenção do poder”⁴⁴, pois ampliaria demasiadamente o objeto central deste estudo. Basta, por ora, a constatação de que há uma ligação entre esta ideia formalista da legalidade administrativa e a função exercida pelo juiz no controle dos atos administrativos.

Há, contudo, uma outra visão do direito administrativo e, por consequência, do controle da administração pública, fortemente influenciada por teorias desenvolvidas no âmbito da

⁴² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 125.

⁴³ SILVA, Almiro do Couto. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vl.179, 1990. p. 51-67.

⁴⁴ CYRINO, André. *Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, v. 274, p. 175-208. Jan./abr. 2017.

common law. Diferentemente do que ocorre nos países de tradição do direito administrativo, no direito consuetudinário não se identifica esse apego à legalidade como elemento essencial do controle da Administração Pública, ou ao menos não à sua concepção tradicional, que serviu de fundamento para as doutrinas acima expostas⁴⁵. Trata-se de concepção que enxerga na atividade controladora do Poder Judiciário outros predicados tão ou mais relevantes quanto a proteção dos direitos individuais face a abusos estatais.

1.2 Nova compreensão do controle da Administração Pública

O estágio atual da dogmática *tradicional* brasileira sobre o controle da Administração Pública encontra fundamento nas ideias desenvolvidas na doutrina e jurisprudência administrativas de França e Itália. Essa aproximação e até mesmo uma certa apropriação de institutos desenvolvidos no sistema jurídico de países de tradição de direito administrativo pode ser sentida também, acrescentaríamos, em boa parte do regime legal que assegura poderes especiais à Administração Pública na relação com os administrados.

Não obstante a tradição profundamente enraizada, de tempos em tempos algumas noções que “formam o eixo central”⁴⁶ do Direito Administrativo no Brasil são objeto de profunda inovação, diante do influxo de novas perspectivas, novas formas de enxergar a disciplina, desenvolvidas a partir do exemplo de sistemas judiciários absolutamente diversos do nosso.

Seja pela migração para um modelo de Estado Regulador, especialmente a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988⁴⁷, seja pela crescente complexidade das atividades atribuídas à Administração Pública contemporânea⁴⁸, já desde meados da década de 1990 começaram a despontar novas visões a respeito da atividade administrativa e, para o ponto que nos importa, do controle incidente sobre essa atividade. Estas *novas* visões são, em alguma medida, reflexo do crescimento da influência do *common law* no sistema jurídico brasileiro⁴⁹,

⁴⁵ Para um desenvolvimento mais profundo sobre uma nova concepção do princípio da legalidade no direito brasileiro: CYRINO, André. *Delegações Legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

⁴⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 28.

⁴⁷ GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 22.

⁴⁸ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 34.

⁴⁹ Uma outra razão para a *renovação* da dogmática do direito administrativo nacional a partir da década de 1990 pode ser encontrada no fenômeno da *constitucionalização* do direito brasileiro em geral, e do direito administrativo

que fez com que despontassem por aqui algumas teorias que, não obstante *novas* para a dogmática brasileira, fortemente inspirada no direito administrativo continental, já vinham sendo desenvolvidas há décadas em outros sistemas judiciais.

Uma das justificativas para esse desenvolvimento teórico diferenciado pode ser extraída da observação feita por Eduardo Jordão ao examinar os regimes jurídicos norte-americano e canadense. A descentralização e especialização das atividades administrativas já na década de 1940 fez com que tais sistemas tivessem que se adaptar à maior complexidade da Administração Pública ainda na primeira metade do século XX. Trata-se de fenômeno com que somente nos depararíamos efetivamente quase meio século depois, com a introdução de um modelo de Estado gerencial calcado em múltiplos centros decisórios.

Se o *panorama* do controle da Administração Pública orientado pela dogmática *tradicional* é fortemente influenciado por uma ideia mais estanque de separação dos poderes estatais e por uma sujeição especial da Administração Pública à lei formal, na sistemática da *common law* a doutrina tende a atribuir ao controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário outras perspectivas que não apenas o foco quase exclusivo na proteção dos direitos do cidadão contra os abusos do poder (com algum reflexo na jurisprudência).

1.2.1 O multifacetado controle da Administração Pública: para além da simples proteção dos direitos individuais contra o abuso estatal

Já na década de 1930, em um artigo⁵⁰ publicado na revista jurídica da Universidade de Toronto, no Canadá, John Willis⁵¹ reconhecia a delegação de poderes legislativos e *quase-judiciais* para autoridades administrativas como uma prática consideravelmente antiga e necessária, diante da crescente amplitude e complexidade das atividades atribuídas à

em particular, cf. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006. p. 61 e seguintes. Ver, ainda: BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63.

⁵⁰ WILLIS, John. *Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, The Conceptual, and the Functional*, 1 U. Toronto L.J. 53. 1935, p. 53-81.

⁵¹ John Willis teve grande relevância para o desenvolvimento do jurídico no Canadá ao capitanear a superação de uma concepção do direito que enxergava na intervenção dos tribunais sobre a atuação administrativa elemento essencial para a proteção do Estado de Direito, abrindo caminho para que se atribuisse no. RISK, Richard C. B. "In Memoriam: John Willis." *University of Toronto Law Journal*, vol. 47, no. 3, Summer 1997. p. 301-304.

Administração Pública. Problematizava-se, já naquela época, sobre a dificuldade de compatibilizar a amplitude de poderes normativos⁵² e decisórios delegados ao administrador com a distribuição de atribuições estabelecida pelo desenho constitucional de então.

Reconhecendo a inevitabilidade do crescimento destas novas instituições com poderes normativos e *quase-judicial*, Willis sugere que a melhor abordagem para a questão seria a que ele denomina de *funcional*. A atribuição de poderes regulatórios a órgãos administrativos deveria ser confrontada pelo questionamento sobre qual instituição, o legislador ou o órgão administrativo, estaria mais bem preparado para esta tarefa. Pelo mesmo raciocínio, atribuir a outros órgãos além das cortes judiciais o poder de decidir questões de direitos não deveria ser automaticamente condenado por supostamente delegar indevidamente poderes que seriam em sua essência judiciais. Observa Willis que as questões de direito são normalmente atribuídas às cortes por serem elas mais adequadas para a tarefa de interpretar os fatos e enquadrar novos interesses dentro da estrutura social pré-existente. Ocorre que “a mente do jurista não é treinada para interpretar legislações sobre matérias em relação às quais ele é completamente ignorante”⁵³, o que coloca em xeque a premissa anterior.

Esta mesma abordagem *funcional*, levando em conta a aptidão de cada instituição para legitimar a decisão do legislador de delegar poderes normativos e decisórios para estruturas específicas dentro do Poder Executivo, é utilizada também para analisar o controle da atividade discricionária destes órgãos especiais. A resposta sugerida pelo professor canadense ao questionamento sobre quem deveria controlar os atos destas entidades especiais e até que ponto o controlador poderia avançar na revisão do ato, parte da análise das capacidades específicas das instituições envolvidas para a melhor realização da tarefa objeto do controle.

A proposta de Willis⁵⁴ sugere que a interpretação do direito administrativo, de maneira geral, e o controle dos atos administrativos, em particular, não precisa seguir uma abordagem essencialmente legalista. Há outras considerações para além da proteção dos direitos

⁵² Stephen Breyer lembra que o conflito entre a “necessidade de mais regulação”, imposta pela complexidade social, econômica e técnica das questões que demandam intervenção do Estado na sociedade moderna, e a “necessidade de controle” pode ser observado pelos estudiosos do Estado Administrativo desde o começo da década de 1930. BREYER, Stephen. *Judicial Review of Questions of Law and Policy*. Administrative Law Review, vol. 38, no. 4. 1986. p. 363-398.

⁵³ WILLIS, John. *Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, The Conceptual, and the Functional*, 1 U. The University of Toronto Law Journal Toronto L.J. 53. 1935. p. 77-78 (tradução livre).

⁵⁴ A conclusão final a que chega Willis é, nos dizeres do próprio, “uma proposta acadêmica”: a criação de um órgão *ad hoc* com poderes para decidir a validade dos regulamentos expedidos, bem como para corrigir os erros de direito cometidos pelos tribunais administrativos, afastando a interpretação dos regulamentos dos juízes que, em suas palavras, “*não sabem nada sobre os problemas de administração e são impedidos pelas regras de interpretação de descobrir os propósitos para os quais o estatuto foi concebido*”. WILLIS, John. *Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, The Conceptual, and the Functional*, 1 U. TORONTO L.J. 53 (1935), 53-81 (em tradução livre).

individuais contra os atos estatais, como a responsividade política da atuação administrativa e a maior ou menor adequação de cada instituição para o exercício de uma determinada função, que merecem ser ponderadas. Estas outras perspectivas mereceriam a devida atenção no momento da definição da entidade competente para a realização de uma determinada tarefa, ou seja, no momento da delegação dos poderes normativos ou decisórios pelo legislador.

O texto de John Willis tem o mérito de demonstrar como, desde a década de 1930, já se reconhecia a possibilidade de uma abordagem menos formal e legalista do direito administrativo e do controle dos atos da administração pública, substituindo-a por uma perspectiva mais *funcional e pragmática*⁵⁵. Além disso, as conclusões do professor canadense no artigo deixam claro que uma mesma questão (no caso, a delegação de poderes normativos e decisórios para órgãos do Poder Executivo) pode ser enfrentada a partir abordagens diversas, e o resultado final dependerá essencialmente de qual foi a abordagem escolhida pelo operador do direito para resolver o caso concreto⁵⁶.

A partir desta constatação, parece razoável concluir que a definição de boa parte das questões jurídicas é determinada, no limite, por uma escolha do operador do direito quanto à forma como aborda o problema.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule⁵⁷ denunciam uma certa *miopia* no pensamento que enxerga no exercício de poderes discricionários pela Administração Pública um risco excessivo aos direitos dos administrados, defendendo também uma abordagem *multidimensional* do direito constitucional e administrativo.

Mesmo considerando os riscos relacionados ao exercício abusivo do poder pela Administração Pública, Sunstein e Vermeule esclarecem que tanto o texto constitucional, quanto o direito administrativo, não se destinam exclusivamente a conter avanços estatais abusivos sobre a esfera jurídica do indivíduo. Mais do que isso, a contenção do exercício do poder não seria sequer uma objetivo superior do direito administrativo, que em verdade buscaria equilibrar esta finalidade protetiva com outros objetivos e compromissos que igualmente possuem assento constitucional, como o direito de participação e a responsividade democrática na atuação da Administração Pública, a eficiência administrativa, a coordenação e racionalidade

⁵⁵ Esta nova visão influenciou fortemente a Suprema Corte Canadense, quase 50 anos depois, ao delinear o controle das Agências Reguladoras, cf. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 636.

⁵⁶ Como afirma o próprio Willis no fechamento de seu artigo, “*A solução final dependerá, assim como a solução da maioria dos problemas de direito administrativo, da abordagem adotada*”. WILLIS, John. *Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, The Conceptual, and the Functional*, 1 U. TORONTO L.J. 53 (1935), 53-81 (em tradução livre)

⁵⁷ SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*. Supreme Court Review, 2015, 41-88.

na elaboração das políticas públicas e, por fim, a promoção do bem estar geral da população. São objetivos que eventualmente até podem levar a um recrudescimento dos poderes da autoridade administrativa, mas que nem por isso devem ser menosprezados em prol de uma visão simplificadora do direito administrativo, fundada na ideia de que sua finalidade precípua seria a proteção do cidadão contra os abusos do Estado.

Seguindo linha semelhante, Jerry Mashaw sustenta que o controle dos atos administrativos pode ser encarado sob três perspectivas distintas: política, gerencial e legal. O professor da Universidade de Yale observa que, na maioria das sociedades democráticas modernas, o controle judicial dos atos administrativos é “simultaneamente ubíquo e contestado”⁵⁸.

A onipresença do *judicial review* dos atos administrativos (ou seja, o aspecto *legal* do controle) seria uma decorrência da incapacidade das duas outras dimensões (a *política* e a *gerencial*). Caberia ao controle *legal*, então, o papel de reforçar as outras duas modalidades de supervisão dos atos administrativos, a *política* e a *gerencial*.

Esta capacidade de promoção dos mecanismos tradicionais de “governança democrática” leva aos principais paradoxos enfrentados pelo controle judicial dos atos administrativos, na visão de Mashaw: o reforço da governança democrática através da sujeição das escolhas da Administração Pública a juízes não eleitos; a legitimação das decisões técnicas do agente público submetendo-as à revisão por órgãos estatais que não têm qualquer conhecimento técnico especializado sobre o assunto; a proteção dos direitos individuais ao garantir o controle gerencial do Estado.

A partir dos desenvolvimentos da Teoria das Escolhas Públicas⁵⁹, Jerry Mashaw pondera que a fragilidade da responsividade política das decisões tomadas pelo Poder Público é crescente na complexa sociedade contemporânea⁶⁰. As dificuldades vão desde a

⁵⁸ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial - Novembro, 2005. p. 153 a 170 (em tradução nossa)

⁵⁹ Jerry Mashaw é um dos principais expoentes da Escola da *Public choice* no ensino jurídico norte-americano. Suas teorias sobre a influência de diversos fatores, para além do “mero” interesse público na formação das escolhas dos agentes eleitos é profundamente explorada em uma de suas principais obras: MASHAW, Jerry L. *Greed, chaos and governance*. New Haven, Yale University Press, 1997. Para uma exposição introdutória e sistematizada dos principais fundamentos e teorias envolvendo a Escola da *Public Choice*, ver: FARBER, Daniel A. e FRICKEY, Philip P., *Law and public choice: a critical introduction*. The University of Chicago Press, 1991.

⁶⁰ Sobre a dificuldade de efetivar o controle político sobre a atuação da Administração Pública, é válido trazer o que Bruce Ackerman descreve como poder de entrincheiramento, quando um determinado governo consegue incorporar uma parcela de sua visão e de seus projetos políticos no sistema jurídico por um longo período de tempo. A depender do que for entrincheirado, é razoável supor que o agente eleito terá muito pouco a fazer para dirigir a atuação da burocracia estatal permanente em direção à consecução de uma determinada finalidade pública esperada pelos seus eleitores. A preocupação de Ackerman com o entrincheiramento de determinada política pública, de forma a dificultar que um governo eleito implemente as propostas políticas que o levaram à vitória no pleito eleitoral, tem relação com um dos propósitos da separação de poderes na visão do constitucionalista norte-

heterogeneidade do eleitorado e a difícil correspondência entre os votos dos eleitores e o resultado que se obtém por meio do processo legislativo, até o reconhecimento da dificuldade real que agentes eleitos têm para controlar o corpo administrativo, sobretudo no moderno estado regulatório⁶¹.

Uma das alternativas adotadas pelas sociedades modernas para superar esse problema foi fortalecer o controle gerencial sobre os agentes públicos, com a implementação de sistemas reforçados e sobrepostos de controle. Considerando que os recursos são escassos, o propósito seria assegurar que as ações administrativas ao menos fossem eficientes e honestas. A existência de auditorias “externas” teria ainda o condão de levar ao desenvolvimento de sistemas “internos” de controle⁶².

O problema é que esse tipo de controle gerencial foca essencialmente na eficiência da alocação de recursos, o que diz muito pouco quanto à adesão do gasto público (que até pode ter sido feito de forma eficiente, em termos de custo-benefício) à política pública definida para o setor.

O *judicial review* do ato administrativo entraria, então, como um potencial instrumento de redirecionamento da atuação da Administração Pública às diretrizes do Poder Público central, por meio do controle de legalidade da atividade administrativa. Em outras palavras: uma vez delineada na lei as finalidades de uma determinada atuação da Administração Pública, o controle de legalidade dos atos administrativos consistiria em uma forma de reconectar a responsividade política dos agentes administrativos.

Diante da insuficiência da supervisão gerencial, o reforço na responsividade política da administração pública a partir do controle de legalidade exercido pelo Poder Judiciário ressalta uma questão relevante: na maioria dos casos, a atividade estatal poderá ser objeto de controle

americano. Bruce Ackerman identifica na separação de poderes um tríplice propósito, parcialmente correspondentes às três modalidades de controle exploradas por Mashaw: o ideal democrático, na perspectiva do autogoverno pelo povo, à qual se liga o controle político; a competência profissional, que pode ser entendida como a eficiência administrativa, correspondente ao controle gerencial proposto por Mashaw; e, por fim, a proteção e o aprimoramento dos direitos fundamentais, ligada ao controle legal da Administração Pública. ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, vol. 113, n. 3, January 2000, p. 633-729, p. 650

⁶¹ Pontuando que “*praticamente todas as democracias ocidentais trabalham à sombra do (quase místico) modelo de democracia ateniense*”, Jerry Mashaw traz um interessante relato de como efetivamente funcionava esse modelo, afastando em parte uma visão tradicionalmente romântica que se desenvolveu no senso comum a respeito da democracia direta helênica: “*O funcionalismo era perigoso em Atenas, precisamente porque a responsividade eleitoral era eficiente. Qualquer batalha malsucedida ou negociação estrangeira improdutiva poderia submeter o infeliz general ou embaixador a julgamento e, se condenado, à morte ou ao exílio. De acordo com Demóstenes, os generais atenienses eram submetidos a tais julgamentos duas ou três vezes em média na carreira, e o perigo de morte por julgamento era maior do que o risco de morrer em batalha*”. MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial - Novembro, 2005, p. 154-155 (em tradução nossa)

⁶² MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial - Novembro, 2005, p. 155.

sob as três perspectivas propostas por Mashaw, quais sejam, a política, a gerencial e a legal. O ato administrativo deverá ser: *politicamente* legítimo, no sentido de atender aos anseios sociais condensados no projeto político que recebera aprovação eleitoral; *eficiente*, sob uma perspectiva *gerencial*, de modo a maximizar o alcance dos resultados evitando o desperdício de recursos públicos; *conforme à lei*, respeitando os direitos individuais eventualmente afetados pela atuação pública.

Partindo desta constatação, duas considerações de Mashaw têm especial relevância neste momento. Primeiro, que boa parte da argumentação desenvolvida em sistemas legais que admitem a revisão judicial dos atos administrativos esforça-se por separar o *jurídico* do *gerencial* e *político*. Desconsidera-se, com isso, que cabe ao controle judicial dos atos administrativos tanto o papel de assegurar a “responsividade política e administrativa” quanto a função de garantir a “responsividade ao direito” que tradicionalmente lhe é conferida⁶³.

Em segundo lugar, submeter ou não questões com elevado teor técnico e político à revisão judicial representa, implicitamente, realizar escolhas concretas sobre qual modalidade de controle (político, gerencial ou jurídico) seria apropriada para assegurar que a Administração Pública atue de forma responsável.

Como visto, a atividade do Poder Público, para ser plenamente legítima, deverá observar os direitos individuais potencialmente lesados, ser democraticamente responsiva e eficiente. Conseqüentemente, seria possível admitir que o controle incidente sobre esta atividade se concentre em qualquer uma destas três facetas. A opção por uma determinada modalidade de controle, o *jurídico*, por exemplo, representa um enfoque maior na proteção aos direitos individuais eventualmente afetados pela atuação do Poder Público, atribuindo menor peso e relevância à responsividade política e à eficiência administrativa em comparação aos direitos individuais.

Trata-se, efetivamente, de uma escolha sobre qual faceta da legitimidade da atuação do pública será melhor protegida. A lógica tradicionalmente inerente ao controle judicial, no sentido de que a mera existência da lei invoca a legitimidade do *judicial review* camufla essa escolha⁶⁴. Enxergar a simples previsão legal como uma diretriz impositiva à adoção do controle *jurídico* obscurece a decisão preliminar de promover uma determinada faceta da legitimidade do ato administrativo (legalidade) em detrimento das demais (representatividade democrática e

⁶³ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial - Novembro, 2005, p. 157. Tradução livre.

⁶⁴ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial - Novembro, 2005, p. 167. Tradução livre.

eficiência). Isso porque induz que a atuação do Poder Judiciário na hipótese seria uma imposição do próprio sistema jurídico, e não uma efetiva escolha do controlador. Obscurece-se, assim, o fato de haver outras abordagens possíveis para a solução da questão.

Uma perspectiva semelhante pode ser encontrada na linha seguida por Susan Rose-Ackerman e Eduardo Jordão, que identificam uma “tripla fisionomia” da legitimidade da atividade administrativa. Segundo os autores, a atuação estatal, para ser considerada legítima, deve “refletir as preferências e valores dos cidadãos, fazer uso das competências técnicas de forma eficiente”⁶⁵ e respeitar os direitos individuais.

Proteção a direitos, responsividade democrática e eficiência seriam, então, as três facetas da legitimidade da atuação administrativa. Ocorre que o raciocínio predominante nos tribunais tende a concentrar-se na perspectiva da proteção dos direitos individuais, ao passo que no contexto de um moderno Estado Regulador é “irrealista e insensato” esperar que os textos legais resolvam todas as questões de política que surgirão na prática da atividade administrativa. Argumentam os autores que, para além da atuação tradicional de proteção a direitos, as cortes poderiam atentar-se para adotar “um papel construtivo na promoção da responsividade democrática e eficiência”⁶⁶.

Rose-Ackerman e Jordão ponderam que a impossibilidade de resolução de todas as questões referentes à implementação de políticas públicas através da lei formal impõe, cada vez mais, que se atribua às agências uma considerável discricionariedade na concretização dos planos de governo, bem como na resolução de questões específicas de acordo com suas avaliações técnicas.

Caberia às Cortes, então, o papel de equilibrar a autonomia técnica das agências à responsividade democrática que deve subsistir na atividade administrativa para que ela seja democraticamente legítima. O equilíbrio estaria no ponto ótimo entre a deferência às escolhas fundamentadas em conhecimentos técnicos específicos e a garantia de que tais decisões foram tomadas de forma transparente e responsável.

Ainda que um indivíduo fundamente uma demanda judicial na eventual violação de um direito individual, o Poder Judiciário deveria buscar esse equilíbrio entre a tutela pretendida e os valores democráticos eventualmente representados na decisão administrativa envolvendo

⁶⁵ ROSE-ACKERMAN, Susan e JORDÃO, Eduardo. *Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: Beyond rights review*. Administrative Law Review, v. 66, n. 1, Washington College of Law. 2014. p. 5

⁶⁶ ROSE-ACKERMAN, Susan e JORDÃO, Eduardo. *Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: Beyond rights review*. Administrative Law Review, v. 66, n. 1, Washington College of Law. 2014. p. 3-4.

competência técnica específica, no lugar de focar excessivamente na questão da proteção ao direito alegadamente violado.

Especificamente no caso de decisões relacionadas a conhecimentos técnicos especializados, Rose-Ackerman e Jordão sugerem que os tribunais poderiam reforçar a legitimidade da atuação pública, sob as perspectivas da responsividade democrática e da eficiência, ao submeter as decisões das agências a um controle substancial fraco de razoabilidade e concentrando os esforços na adequação do processo administrativo às diretrizes democráticas⁶⁷, especialmente através da imposição de um dever geral de justificativa⁶⁸ e assegurando amplo direito de participação nas decisões das agências pelos potencialmente afetados⁶⁹.

⁶⁷ Destacando a essencialidade do processo administrativo para uma atuação legítima da Administração Pública, ver: PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Normativa da Administração Pública - Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014. Conforme sintetizado pela própria autora, “a tese defendida no presente trabalho é simples: o processo administrativo é requisito de validade dos regulamentos administrativos”.

⁶⁸ Sobre a relevância do “dever geral de justificativa”, ver: BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017, Edição do Kindle. Segundo a autora, “sustenta-se a existência do direito constitucional a um devido procedimento na elaboração normativa – DPEN, por força do qual quem apresenta proposições normativas está obrigado a apresentar, com elas, uma justificativa correspondente”, contendo razões e informações relacionadas a três conteúdos mínimos: o problema que se pretende resolver com a norma, os resultados pretendidos e os custos e impactos previstos com a implementação da norma proposta. (Locais do Kindle 5932-5934). É interessante observar que é possível fazer uma correlação entre o raciocínio utilizado pela autora para fundamentar o chamado DPEN e a necessidade de responsividade democrática da atuação do Poder Público enfatizada em todas as referências mencionadas neste trabalho que abordam o caráter multifacetado da atividade administrativa (e consequentemente de seu controle): “Em uma república, os agentes públicos exercem um poder delegado e devem prestar contas dos atos praticados ou que pretendem praticar e que tenham repercussão sobre a vida das pessoas. As normas existem justamente para interferir na esfera jurídica das pessoas e sua elaboração e expedição veiculam claro exercício de poder político delegado por parte do povo. Por isso mesmo, a elaboração normativa demanda justificação minimamente adequada, na linha do devido procedimento na elaboração normativa” (Locais do Kindle 5988-5992). Sobre a postura judicial mais adequada para o controle do procedimento normativo, Ana Paula de Barcellos parece adotar entendimento semelhante ao esposado por Rose-Ackerman e Jordão, ao sugerir um controle mais de forma do que efetivamente de conteúdo das justificativas apresentadas: “Quanto ao possível agigantamento do Judiciário e o potencial uso originalista do devido procedimento na elaboração normativa, registre-se que o DPEN veicula um controle de natureza procedimental da elaboração normativa, e não das razões e informações apontadas. O DPEN também não sugere uma ampliação do controle judicial já existente sobre o conteúdo das opções políticas formuladas por quem tenha competência para tomar tais decisões. Seu objetivo é fomentar a produção de razões e informações dirigidas ao espaço público e é nesse espaço que se desenvolverá a crítica, a oposição e o debate, que não deve ser substituído por fontes supostamente autoritativas” (Locais do Kindle 6082-6091).

⁶⁹ Para uma visão substancialmente diversa do alcance do controle judicial das justificativas apresentadas no procedimento de elaboração normativa, especialmente em relação ao processo parlamentar, ver: CYRINO, André. *Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016. p. 51-99. Partindo da premissa proposta na nota anterior, em relação à existência de um direito fundamental ao devido procedimento de elaboração normativa, a demandar a apresentação de justificativas às propostas de elaboração normativa que, para serem consideradas adequadas, deveriam atender a requisitos mínimos e essenciais, é possível discernir ao menos duas posturas possíveis do judiciário ao realizar o controle de uma determinada norma: a primeira postura, francamente defendida por Barcellos, poderia ser qualificada como deferente e autocontida, posto que limita-se ao “controle de natureza procedimental da elaboração normativa, e não das razões e informações apontadas”, e apresentadas as razões com seus requisitos mínimos de validade, não caberia ao judiciário aprofundar a análise das razões

Para o ponto que pretendemos ressaltar neste tópico, merece destaque em especial uma observação de Rose-Ackerman e Jordão que pode parecer sutil, mas que traz subjacente a ela o que talvez seja uma das principais mudanças de paradigma a respeito do controle judicial dos atos administrativos: o fato de o processo judicial ter início com a alegação de violação de um direito individual pela Administração Pública não deve ser encarado como um fator limitador das perspectivas que podem ser aferidas pelo juiz.

Em outras palavras, o pleito inicial de proteção ao direito individual alegadamente violado não restringe a atuação jurisdicional exclusivamente à legalidade do ato administrativo, cabendo-lhe, também, considerar as demais perspectivas da legitimidade da atuação da Administração Pública.

A rigor, deveria o juiz buscar compatibilizar as três facetas da legitimidade dos atos estatais: a responsividade política, a eficiência e o respeito aos direitos individuais. Um controle que foque exclusivamente em uma das três perspectivas invariavelmente resultará na preponderância desta eleita sobre as outras duas, podendo eventualmente culminar em uma ação estatal menos legítima, do ponto de vista democrático, posto que ineficiente ou descolada das pretensões e valores que a sociedade pretende ver concretizados.

Na doutrina nacional alguns autores abordam essa perspectiva multifuncional do controle dos atos administrativos (e do direito administrativo como um todo, de forma geral).

Floriano de Azevedo Marques Neto refere-se expressamente à “tripla dimensão do controle”: o *controle do poder*, que destina-se a proteger os indivíduos contra atos abusivos do Estado; o *controle dos meios*, que “orienta-se pela otimização da gestão do patrimônio público”; e, por fim, o *controle dos objetivos*, que teria por propósito assegurar a atuação da

apresentadas; e uma segunda postura, que diríamos menos deferente, sugere um escrutínio mais rigoroso das razões por trás da norma. Parece ser possível extrair essa segunda postura do entendimento de Cyrino ao defender, embasado nas ideias desenvolvidas pela Escola da *Public Choice*, que o judiciário poderia ingressar na análise das próprias razões e motivações que desencadearam a atividade normativa estatal: “*A perspectiva de public choice sugere que se verifique um pouco mais. As escolhas públicas fazem inspirar o intérprete a uma busca sobre as reais motivações e os incentivos que podem ter sido os motores de uma determinada decisão legislativa*”. Na realidade a proposta é ainda mais profunda, sugerindo a aferição não só das motivações declaradas como as não declaradas: “*A sugestão, nesse sentido, é a de aprofundamento da investigação das motivações legislativas em combinação à análise substantiva. Se houver sinais: de favorecimento de grupos de interesses, de que o debate foi enviesado, ou de que a representação não foi movida por interesses públicos, pode-se legitimar um teste de racionalidade (por meio da proporcionalidade) mais rigoroso. Um escrutínio mais firme (strict scrutiny); de um exame rotineiramente necessário para quando se está diante da violação a direitos fundamentais, o qual também parece ser possível para a tutela da democracia real*”. É interessante notar que, apesar das diferenças significativas a respeito da postura do Judiciário ao abordar a questão do processo normativo estatal, tanto Barcellos quanto Cyrino parecem buscar, por meio do controle do processo de elaboração normativo, o fortalecimento da responsividade política da atuação do Poder Público, com vistas a legitimá-la democraticamente.

Administração Pública permaneça direcionada aos interesses da sociedade, e não a “objetivos imediatos, influenciados pelo jogo político-eleitoreiro”⁷⁰.

Ao tratar dos objetivos do controle dos atos administrativos, Marques Neto menciona quatro objetivos principais: (i) a defesa do patrimônio público; (ii) a adequada aplicação dos recursos públicos; (iii) o cumprimento das finalidades da atuação administrativa; (iv) a adstrição da atuação administrativa à legalidade, com a ressalva, neste último caso, de que não se refere a uma concepção estrita da legalidade⁷¹.

Parece-nos possível estabelecer algumas relações entre as dimensões e os objetivos do controle dos atos administrativos: o *controle do poder*, ao proteger o cidadão dos abusos estatais, relaciona-se com a *adstrição da atuação administrativa à legalidade*; o *controle dos meios*, objetivando a *otimização da gestão do patrimônio público*, liga-se mais diretamente com os objetivos de defesa deste patrimônio e a adequada aplicação dos recursos públicos; finalmente, o *controle dos objetivos* busca tutelar o cumprimento das finalidades da atuação administrativa.

Entretanto, seguindo o alerta de Mashaw, deve ser ressaltado que muitas vezes a realidade prática não permite uma categorização tão purista do ato administrativo e de seu respectivo controle. Na maioria dos casos, a atuação do Poder Público envolverá questionamentos sob as três perspectivas trabalhadas por Rose-Ackerman e Jordão, somente sendo considerada legítima quando respeitar os direitos individuais ao mesmo tempo em que for democraticamente responsiva e eficiente.

Para garantir essa legitimidade *complexa*, o controle do ato deverá focar todas as três dimensões: a jurídica, verificando o respeito aos direitos individuais; a política, assegurando que a atuação estatal seja democraticamente responsiva; e a gerencial, para garantir que a Administração Pública atue de forma eficiente.

Pode-se imaginar uma hipótese em que o *controle dos meios*, ao exercer uma fiscalização mais rigorosa sobre o uso adequado dos recursos públicos e conseqüentemente assegurar a eficiência da atuação do Poder Público, promova igualmente o *controle dos objetivos*, garantindo que o exercício do poder permaneça direcionado aos interesses da sociedade, atendendo à exigência de responsividade democrática da atividade administrativa.

⁷⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010, p. 5-6.

⁷¹ Segundo o autor, “a lei já não consegue mais prever de maneira precisa e a priori os limites da atuação da Administração”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010. p. 9

Imagine-se, por exemplo, o controle realizado pelo Tribunal de Contas da União no exercício da competência que lhe é atribuída no inciso VI do artigo 71 da Constituição Federal⁷², ao fiscalizar o adequado uso de recursos de verbas do FUNDEB (Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização Profissional dos Profissionais da Educação). O reforço da dimensão *gerencial* do controle, *otimizando a gestão do patrimônio*, contribuirá para tornar a ação administrativa mais legítima tanto sob a ótica da eficiência quanto sob a ótica da responsividade democrática, eis que a melhor alocação dos recursos deve contribuir para uma expansão do alcance da política pública em questão (no caso, a valorização da educação básica), reforçando, conseqüentemente, a responsividade democrática do exercício das atividades estatais (considerando que a valorização da educação básica é uma finalidade valorizada e, principalmente, efetivamente querida pela sociedade).

Em um artigo recente, Eduardo Jordão sustenta a ideia de que o Direito Administrativo possuiria três dimensões: uma jurídica, uma gerencial e uma política. A dimensão jurídica identifica-se com a legalidade da atividade administrativa e com a proteção dos direitos individuais. A segunda dimensão, gerencial, envolve a atuação boa e eficiente da Administração Pública na gestão dos interesses da sociedade. A terceira dimensão, política, busca assegurar a legitimidade democrática das escolhas *autônomas* feitas pelo administrador no momento da concretização dos comandos legais, por meio de regras que garantam transparência e participação popular na formulação destas escolhas⁷³.

Se o Direito Administrativo possui (ao menos) estes três grandes grupos de *finalidades*, muitas vezes conflituosos entre si, a questão da legitimação e do controle da atuação da Administração Pública deveria, em tese, considerar sempre as três dimensões. Considerando, como já visto linhas acima, que a atuação administrativa deve ser legal, eficiente e democraticamente legítima, de fato parece contraditório que se promova o controle de legalidade dos atos administrativos, por exemplo, desconsiderando os aspectos de eficiência e responsividade política.

⁷² CRFB, Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete: VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

⁷³ JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019, p. 23-27

1.3 Algumas considerações sobre a visão multidimensional do controle da Administração Pública

Havendo indeterminação legal no campo do direito administrativo, tanto o legislador, quanto o administrador e as Cortes realizarão uma escolha para resolver os conflitos que surgirão na aplicação da norma ao caso concreto. Essa escolha, para que seja realmente bem fundamentada, não deveria focar em apenas uma das dimensões do direito administrativo (jurídica, gerencial e política), mas sim reconhecer que será necessário equilibrá-las conforme as circunstâncias do caso.

A tese desenvolvida por Eduardo Jordão busca demonstrar como a justificativa de escolhas no âmbito do direito administrativo unidimensional pode revelar-se no mínimo questionável, diante de uma realidade multidimensional. Uma escolha justificada apenas com os olhos voltados para uma das três dimensões frequentemente revela uma tendência do operador do direito de ressaltar os benefícios desta que foi privilegiada, em detrimento das demais.

Apesar disso, observa Jordão que as justificativas *unidimensionais* são comuns no âmbito do direito administrativo. Especificamente falando do controle exercido pelo Judiciário, uma abordagem unidimensional já esperada dos juízes é a que foca exclusivamente na dimensão jurídica do direito administrativo, tomando a proteção aos direitos individuais como sua finalidade única (ou, no mínimo, a principal). Essa predileção pela dimensão jurídica poderia ser explicada tanto pela natureza da expertise dos juízes, quanto como uma forma de manter o poder de controle da atuação do Estado⁷⁴.

Eduardo Jordão desenvolve, neste artigo, dois *insights* essenciais para o desenvolvimento deste trabalho. O primeiro, é a observação de que as três dimensões do direito administrativo não são independentes, elas relacionam-se entre si constantemente no dia a dia da Administração Pública. Em algumas circunstâncias o favorecimento a uma determinada dimensão pode levar ao reforço de alguma das outras duas, ou até mesmo de ambas. Em outras hipóteses, a escolha por privilegiar uma pode levar à redução de escopo das demais. O ponto relevante neste momento é ressaltar que a relação entre as três dimensões reconhecidas do direito administrativo pode ser desenvolvida a partir da noção de *relações tendenciais*

⁷⁴ JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019, p. 30

aprofundada pelo autor em outra obra⁷⁵. Estas *relações tendenciais* serão o objeto central do próximo tópico.

O segundo *insight* que ressaltamos consiste na observação de que a adoção de uma abordagem unidimensional demandará uma opção por parte do agente, seja ele o administrador ou o juiz: deverá o operador do direito optar por qual dimensão será o foco central de suas preocupações. Sendo assim, a opção por uma visão essencialmente jurídica e legalista da atividade administrativa consiste, essencialmente, em uma escolha do agente de conferir maior atenção à dimensão jurídica do Direito Administrativo. Ocorre que, nem sempre, essa escolha é fundamentada. Na realidade, em boa parte das vezes ela não é sequer assumida.

Como afirma Eduardo Jordão, as justificativas unidimensionais costumam vir disfarçadas, não são abertamente assumidas pelo operador. Na prática, o responsável pela decisão “fará uma escolha seletiva de um princípio ou uma disposição legal específica, enquanto negligencia aqueles que apontariam para uma solução alternativa”. Essa *escolha seletiva* permitirá que o operador do direito sustente que o enviesamento na abordagem do problema (que privilegia, por hipótese, a dimensão jurídica, em detrimento da gerencial e da política), fora na verdade uma decisão previamente determinada pelo sistema jurídico, que ele não teve qualquer interferência nessa escolha e que lhe caberia apenas implementá-la no caso concreto⁷⁶.

Por fim, conclui Jordão que “o não reconhecimento da indeterminação legal é apenas mais uma manifestação de justificativas unidimensionais”, que desconsideram os *trade-offs* envolvendo potenciais decisões alternativas à questão colocada diante do agente responsável pela decisão, seja o administrador, seja o juiz⁷⁷.

1.4 Do controle multifacetado da Administração Pública às relações tendenciais

Quando juízes são chamados a revisar atos e decisões administrativas cria-se uma inevitável tensão na relação entre Poder Judiciário e Administração Pública, considerando que

⁷⁵ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁷⁶ JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019, p. 36. (tradução livre)

⁷⁷ JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019, p. 36. (tradução livre)

um dos ramos do Estado é instado a revisar atos de outro, virtualmente invadindo sua esfera de competências. No limite, o que está em jogo é o desenho da fronteira até onde o Poder Judiciário poderia imiscuir-se nas atribuições do Poder Executivo.

Muitas vezes a simplicidade da questão faz com que esta tensão seja dissipada sem maiores celeumas. Um auto de infração lavrado por autoridade incompetente ou sem observar as formalidades legais, por exemplo, são hipóteses em que a revisão judicial do ato administrativo ocorre sem maiores dificuldades.

Não se cogitam maiores dificuldades no reconhecimento da legitimidade de anulação pelo Poder Judiciário de pena de demissão⁷⁸ imposta a servidor federal por autoridade diversa da prevista no artigo 141, I⁷⁹, ou fora das hipóteses previstas no artigo 132⁸⁰, ou, ainda, em decorrência de processo disciplinar no bojo do qual não tenha tido o servidor a oportunidade de defender-se conforme determinado nos artigos 22⁸¹ e 143⁸², todos os dispositivos da Lei nº 8.112/1990.

Há hipóteses, contudo, em que a questão levada a juízo envolve uma série de elementos com apelo político ou complexidade técnica, deixando mais nebulosa a fronteira que delimita a intervenção legítima do Poder Judiciário na atividade administrativa.

Se a visão multidimensional do ato administrativo determina que a legitimidade deste seja aferida sob perspectivas diversas, sobressai a necessidade de se definir qual seria a instituição mais adequada para esta tarefa. As relações tendenciais buscam estabelecer uma espécie de “resposta pré-fabricada” para esta questão, a partir de parâmetros que serão demonstrados a seguir.

Ao analisar o sistema de revisão judicial de atos e decisões administrativas em quatro sistemas judiciários distintos (Estados Unidos, Canadá, França e Itália), Eduardo Jordão pôde observar a recorrência no uso de uma linha argumentativa que busca definir quem teria

⁷⁸ Lei nº 8.112/1990, art. 127, III.

⁷⁹ Art. 141. As penalidades disciplinares serão aplicadas: I - pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão ou entidade

⁸⁰ Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos

⁸¹ Art. 22. O servidor estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou de processo administrativo disciplinar no qual lhe seja assegurada ampla defesa.;

⁸² Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.

melhores condições para decidir uma determinada questão a partir da identificação da natureza da questão controvertida e de análises institucionais comparativas⁸³.

Nos quatro sistemas analisados, observou-se que a doutrina administrativista vem migrando o foco de análise da atividade administrativa para aspectos relacionados à sua eficiência e legitimidade política, em detrimento de questões relacionadas à “lisura do agir administrativo”⁸⁴, que concentrava boa parte das atenções anteriormente. Esta mudança na abordagem do controle dos atos administrativos fez emergir uma linha argumentativa que sugere a conveniência de posturas mais deferentes ou autorrestritivas por parte dos juízes quando presentes algumas circunstâncias específicas, como por exemplo um elevado teor de politicidade ou tecnicidade na atividade administrativa *sub judice*⁸⁵.

As relações tendenciais então desenvolvidas destinam-se a orientar a tomada de decisão pelo juiz no caso concreto, ao indicar a adequação de posturas mais (ou menos) deferentes às escolhas administrativas. A partir de uma suposta *natureza essencial* da questão levada a juízo, busca-se extrair uma espécie de diretriz que oriente e justifique o grau mais adequado de intervenção judicial nas decisões tomadas pelo administrador.

1.4.1 Premissas das relações tendenciais

A identificação das relações tendenciais estabelecidas entre a natureza da decisão administrativa e a intensidade do controle começa, por evidente, na identificação da *natureza* desta decisão. Uma vez determinada a característica essencial (ou ao menos “dominante”) da atividade administrativa sob escrutínio judicial, uma análise institucional comparativa colocaria lado a lado as aptidões dos envolvidos para, então, “alocar poder decisório para a instituição pública a tanto mais bem adaptada”⁸⁶.

⁸³ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

⁸⁴ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 35.

⁸⁵ Jordão conclui que essa orientação apriorística da intensidade do controle a partir da natureza da questão controvertida seria equivocada, eis que haveria “uma pluralidade de formas e graus em que a intensidade do controle judicial” poderia ser adaptada, levando em consideração as peculiaridades do caso concreto, “não sendo nenhuma solução abstratamente superior às demais”. JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 653.

⁸⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 56.

Eduardo Jordão identificou três aspectos das decisões administrativas que, segundo o entendimento predominante, influenciariam de forma mais decisiva na determinação da intensidade do controle, servindo de fundamento para as relações tendenciais analisadas: a sensibilidade jurídica, a complexidade técnica e a natureza política da questão controvertida. A depender do aspecto prevalecente que se identifique na decisão administrativa, sustenta-se uma *tendência* à adoção de posturas mais ou menos deferenciais do magistrado.

A *sensibilidade jurídica* como faceta dominante da atividade administrativa orientaria a adoção de posturas menos deferentes, ao passo que se prevalecentes a complexidade técnica ou o aspecto político, o controle jurisdicional deveria, em tese, ser mais deferente às escolhas tomadas pelo administrador no exercício de suas competências discricionárias.

Observa-se que os três aspectos determinantes do grau de intensidade da revisão judicial das decisões administrativas dialogam com a perspectiva multifacetada dos atos administrativos acima relatada.

Como já relatado, a visão excessivamente legalista do direito administrativo na dogmática *tradicional* acaba levando a uma perspectiva redutora do papel exercido pelo Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, atribuindo-lhe quase que exclusivamente a função de proteger direitos individuais contra abusos estatais. O enfoque exacerbado no aspecto legal e protetivo do direito administrativo e da atuação judicial leva a dificuldades de compatibilização desta visão com a realidade da atuação administrativa contemporânea.

A possibilidade de se identificar um caractere dominante na decisão administrativa, que pré-determine o grau de intensidade da intervenção judicial, enfrenta dificuldades semelhantes. Se os atos administrativos em geral comportam variadas dimensões, parece-nos que a definição de sua *natureza* a partir de uma característica essencial será precedida, necessariamente, de um juízo valorativo a respeito das diversas dimensões do ato em questão, com a prevalência de uma em detrimento das demais.

No fim, vislumbra-se problema semelhante ao que ocorre na visão que atribui ao Poder Judiciário apenas o papel de proteger direitos individuais, descurando de aspectos de eficiência e legitimidade democrática da atuação estatal: a determinação de um controle deferente ou não deferente a partir da *natureza* da decisão administrativa envolverá a escolha do aspecto (técnico, político ou jurídico) que o operador prefere priorizar.

De uma forma ou de outra, como bem ressalta Eduardo Jordão, o raciocínio desenvolvido para a definição das relações tendenciais tem inegável relevância prática, podendo ser identificado nos mais diversos sistemas jurídicos para justificar uma determinada escolha quanto ao grau de intensidade do controle judicial da atuação da Administração Pública.

As relações tendenciais teriam, então, três funções essenciais no discurso jurídico: explicativa, preditiva e propositiva. Serviriam, respectivamente, para trazer a lume as razões pelas quais o Poder Judiciário adota uma postura mais ou menos deferente às escolhas formuladas pelo administrador, a depender da hipótese analisada; possibilitar, não só à comunidade jurídica, mas à sociedade em geral, a realização de prognósticos a respeito do posicionamento judicial mais ou menos interventivo no controle das decisões administrativas em um dado caso concreto; e, finalmente, como argumento justificador da postura judicial que se entenda a mais adequada, a depender da hipótese em análise (como por exemplo a frequente defesa da autocontenção judicial e deferência as decisões tomadas pelas Agências no âmbito regulatório)⁸⁷.

1.4.2 As três relações tendenciais

A primeira relação tendencial sugere uma atuação mais rigorosa do Poder Judiciário no controle de atos administrativo que envolvam questões de alta *sensibilidade jurídica*. Seu fundamento seria, essencialmente, a tradicional atuação contramajoritária exercida pelos tribunais na proteção de direitos fundamentais de minorias contra a opressão de maiorias eventuais⁸⁸.

Este papel contramajoritário, mais propício à defesa dos interesses individuais contra abusos estatais, decorre de características institucionais que garantiriam aos magistrados maior insulamento das maiorias políticas ocasionais. Estas características relacionam-se tanto à forma de recrutamento, mais independente de indicações políticas do que as instâncias administrativas⁸⁹, quanto à forma de funcionamento dos tribunais, cuja atuação generalista e formalizada dificultaria uma aproximação excessiva (e potencialmente perniciosa) dos atores mais relevantes em determinados setores, além de um relativo alheamento “às demandas e

⁸⁷ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiro, 2016. p. 167-169.

⁸⁸ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 58.

⁸⁹ Mesmo considerando a exceção das indicações para os tribunais superiores, em que é possível identificar uma maior influência de aspectos políticos no preenchimento dos cargos, há um maior insulamento de seus detentores das discussões políticas de momento quando comparamos com o que se passa nos quadros do Poder Executivo. Vale lembrar que as relações tendenciais ora relatadas se baseiam em análises institucionais comparativas, então importa mais aferir no caso o insulamento político dos membros do Judiciário quando comparado ao das autoridades administrativas do que em termos absolutos.

anseios” das partes envolvidas no litígio. Além disso, argumenta-se que juízes teriam uma *particular expertise* que os fariam “particularmente qualificados para o desvelo de questões ‘tipicamente jurídicas’”⁹⁰.

Esta alegada vantagem institucional do Poder Judiciário para resolver questões jurídicas em decorrência do maior insulamento político de seus membros é trabalhada, já há muito tempo e de forma bastante aprofundada, na relação que se estabelece entre parlamentos e Cortes Constitucionais no âmbito do controle de constitucionalidade dos atos legislativos.

Nesse sentido já se manifestaram, por exemplo, Larry Alexander e Frederick Schauer, ao afirmarem que o “relativo insulamento dos ventos políticos” seria uma razão para atribuir às Cortes Constitucionais, e não ao Congresso ou ao Executivo, a prerrogativa de dar a palavra final na interpretação jurídica, “a não ser que se sustente que a interpretação constitucional é e deveria ser não mais do que a expressão de valores e políticas contemporâneas”⁹¹.

Jeremy Waldron, ferrenho opositor do controle de constitucionalidade exercido pelas Cortes, já ressaltou que a análise da legitimidade do controle judicial dos atos administrativos tem pontos de contato com as principais questões desenvolvidas no campo da Teoria Constitucional. Entretanto, mesmo reconhecendo as “credenciais eleitorais” do Poder Executivo, que poderiam oferecer argumentos contra o *judicial review* dos atos administrativos, Waldron pontua ser “quase universalmente aceito” que tais credenciais não afastam as regras do Estado de Direito e, por isso, “as autoridades administrativas podem ser obrigadas, pelas cortes, a agir de acordo com a autorização legal”⁹².

É bem verdade que os debates travados atualmente no âmbito do controle de constitucionalidade giram mais em torno da questão da supremacia judicial na interpretação constitucional do que em relação à legitimidade do controle em si, pura e simplesmente⁹³.

De todo modo, parece digno de nota que alguns parâmetros para definir o adequado grau de intervenção dos juízes na esfera de atuação da Administração Pública assemelhem-se aos utilizados para delinear também a interação entre Poder Judiciário e Legislativo, o que levanta o questionamento se o estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos não poderia

⁹⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 59-60/70.

⁹¹ ALEXANDER, Larry and SCHAUER, Frederick. *Defending Judicial Supremacy: A Reply*. Constitutional Commentary. Vol. 17:455. 2000. p. 476 (tradução livre).

⁹² WALDRON, Jeremy. *The Core of the case Against Judicial Review*. The Yale law Journal, 115:1346. 2006. p. 1.354 (tradução livre)

⁹³ Sobre as principais questões envolvendo a legitimidade do controle de constitucionalidade na atualidade, ver: BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

beneficiar-se de algumas perspectivas trabalhadas no âmbito do controle de constitucionalidade das leis⁹⁴.

Retomando o ponto central deste tópico, a segunda relação tendencial sugere um controle judicial deferente para as decisões administrativas que contenham forte caráter político. Esta diretriz parte do reconhecimento de que autoridades administrativas promovem decisões políticas quando realizam escolhas práticas dentro do espaço de indeterminação normativa deixado pelo legislador, diante da necessidade concreta de balancear finalidades públicas conflitantes e eleger ações prioritárias em um quadro constante de escassez de recursos⁹⁵.

Eduardo Jordão identificou que o grau de politicidade da decisão administrativa, configura argumento recorrente para determinar o nível de intervenção do controle judicial. Dois fundamentos essenciais sustentariam a orientação no sentido de que quanto mais intenso o aspecto político da atuação pública, mais deferente às escolhas administrativas deveriam ser os juízes⁹⁶.

O primeiro fundamento representa, de certo modo, a contraface da moeda do argumento relacionado ao insulamento político dos juízes. Foi dito que o modo de recrutamento dos magistrados e as normas que regulam o desempenho de suas funções destinam-se a blindá-los de influências externas ao processo, como forma de assegurar a imparcialidade do julgador. Uma outra inferência que se pode extrair deste desenho institucional é a menor responsividade política dos membros do Poder Judiciário, em comparação às autoridades administrativas, o que pode revelar-se essencialmente problemático quando as circunstâncias exigem que se façam escolhas de cunho alegadamente político.

Por outro lado, com relação aos representantes da Administração Pública, pondera-se que tanto a forma de recrutamento quanto a exigências para se manter no cargo demandam um certo grau de adesão à política pública definida pelas instâncias políticas superiores, gradativamente reforçando a responsividade mesmo para agentes mais distantes da representatividade democrática. Ademais, a maior especialização na atuação tende a torná-los mais familiarizados com as questões relacionadas ao setor em que atuam, tornando-os mais

⁹⁴ Este fato é reconhecido pelo próprio Jeremy Waldron ao mencionar, por exemplo, que muito do que é feito pela Corte Europeia de Direitos humanos envolve o *judicial review* de atos administrativos, sendo “clara a necessidade de aprofundar o assunto”. WALDRON, Jeremy. *The Core of the case Against Judicial Review*. The Yale law Journal, 115:1346, 2006, p 1.353 (tradução livre)

⁹⁵ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 81

⁹⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 84 -85 e seguintes.

responsivos aos anseios da parcela da sociedade que será mais diretamente impactada pelas escolhas administrativas.

O segundo fundamento desta relação tendencial sustenta que a postura deferente dos juízes levaria ao incremento da própria responsividade política das autoridades administrativas, ao jogar luz sobre o fato de que a decisão administrativa configura efetivamente o exercício de uma escolha política da autoridade, removendo a “desculpa da imposição de uma solução específica pelo sistema jurídico”⁹⁷.

Gustavo Binenbojm e André Cyrino aparentemente acolhem a orientação sugerida por esta relação tendencial ao sustentarem que o maior grau de politicidade da questão determina um controle judicial menos intenso. Privilegia-se, assim, “os valores *legitimidade democrática e responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado”⁹⁸.

Como forma de compensar essa menor ingerência no teor da decisão em si, Eduardo Jordão observou um movimento da jurisprudência em direção a um maior controle do processo de formação da decisão administrativa⁹⁹, reforçando a tutela dos direitos de participação e o controle dos deveres de motivação com o propósito de garantir que tais decisões sejam tomadas “de forma transparente e bem-informada”¹⁰⁰.

Nesse sentido parece ser a conclusão também de Gustavo Binenbojm, ao sustentar que tanto o “lastro (direto ou mediato) de legitimação democrática” das autoridades administrativas, quanto a “legitimação alcançada após um procedimento amplo e efetivo de participação dos administrados na decisão” podem sugerir uma postura deferente dos juízes às decisões da Administração Pública¹⁰¹.

A terceira e última relação tendencial propõe que os tribunais deveriam adotar uma postura deferencial em relação às escolhas da autoridade administrativa, diante de decisões tecnicamente complexas.

⁹⁷ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 105

⁹⁸ BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. *Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica*, p. 759, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2009.

⁹⁹ Marcos Augusto Perez ressalta esse movimento em direção a um maior controle do “processo de formação das decisões administrativas” também na doutrina nacional. PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p 123 e 124.

¹⁰⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 109/110

¹⁰¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006. p. 224.

Algumas características peculiares aos tribunais seriam incompatíveis com a complexidade regulatória, fazendo com que decisões judiciais nesta seara ocasionem efeitos deletérios à regulação do setor, muitas vezes imprevistos pelo magistrado¹⁰². Os membros dos tribunais atuam, geralmente, de forma ampla e pouco especializada, na análise de conflitos bipolares sob uma ótica retrospectiva, ao passo que os conflitos regulatórios envolvem essencialmente questões de alta complexidade, que demandam profunda especialização para a resolução de conflitos multipolares a partir de análises eminentemente prospectivas¹⁰³.

Além dessa dificuldade para lidar com um tipo de questão com o qual não estariam acostumados e adequadamente aparelhados, o formalismo que pauta a atuação dos magistrados representa garantias de imparcialidade e contraditório, de um lado, mas por outro dificulta uma tomada de decisão adequada no ambiente regulatório, uma vez que restringe o acesso a informações e gera lentidão na tomada de decisão. Ficam comprometidas, assim, tanto a “visão global” do setor regulado, quanto o dinamismo necessário para a resolução da controvérsia, podendo comprometer a eficácia das próprias medidas judiciais que intentem conformar a questão suscitada.

Posturas judiciais não deferentes que gerem decisões inadequadas ao complexo e dinâmico ambiente regulatório produziram principalmente dois efeitos deletérios: primeiro, fragilizariam a legitimidade do regulador ao incentivar a litigiosidade por parte dos agentes regulados que se sintam prejudicados com a decisão administrativa; segundo, o caráter fragmentado da atuação judicial, ao solucionar uma controvérsia específica por vez, pode gerar efeitos deletérios à coerência de políticas regulatórias que devam trabalhar em conjunto, diante da eventual suspensão de alguma medida por decisão judicial.¹⁰⁴

Por tais estas razões, parcela considerável da doutrina endossa esta terceira relação tendencial, sustentando que quanto maior for o grau de tecnicidade da questão controvertida,

¹⁰² JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 140-142

¹⁰³ É interessante notar como a preocupação com a falta de habilidade dos tribunais para lidar com questões de alta complexidade técnica não é nova na doutrina nacional. Themístocles Cavalcanti Brandão, por exemplo, já alertava que a “*substituição da autoridade administrativa pela judiciária é prejudicial e, de toda forma, ineficaz porque faltam a esta os meios técnicos, as condições necessárias ao exercício da função administrativa*”, destacando a especificidade da competência, da técnica e da formação dos órgãos administrativos, em comparação aos órgãos judiciários, para sustentar que os tribunais deveriam adotar postura deferente às decisões das autoridades administrativas em matéria de natureza técnica. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970. p. 17

¹⁰⁴ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 150/156-160.

tendo sido decidida por “órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau do controle judicial”¹⁰⁵.

1.4.2.1 Algumas ressalvas às relações tendenciais apresentadas

Eduardo Jordão apresenta objeções relevantes à ideia de determinar o grau de intensidade do controle judicial das decisões administrativas apenas e tão somente a partir das relações tendenciais apresentadas no tópico anterior.

A forma de definição do grau de intensidade do controle judicial sobre os atos administrativos proposta pelas relações tendenciais parte de uma premissa fundamental, qual seja, a definição do caráter essencial do ato *sub judice*: jurídico, político ou técnico. O primeiro questionamento levantado por Jordão envolve a viabilidade prática desta tarefa de identificar a natureza essencial da atividade administrativa controlada.

Uma decisão administrativa, na realidade prática, pode demandar a análise prévia de questões tecnicamente complexas para que se proceda à ponderação de diversos interesses públicos legítimos, atingindo direitos especialmente tutelados pelo ordenamento jurídico. Parece intuitiva a dificuldade de se compatibilizar uma visão multidimensional do Direito Administrativo com possibilidade de se definir uma característica específica da decisão administrativa *sub judice* que seja tão proeminente a ponto de determinar sua *natureza essencial*.¹⁰⁶

Um exemplo da dificuldade de se identificar uma natureza específica da decisão administrativa pode ser encontrado no famoso caso “Citizens to Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe”, julgado pela Suprema Corte norte americana em 1971¹⁰⁷. Neste caso, conforme narra Jerry Mashaw, a *Federal Highway Administration* planejou e construiu a Rodovia Interestadual 40 através do estado do Tennessee ao longo de vários anos, em atuação conjunta com as autoridades estadual e locais, delineando um trajeto que “satisfizesse a necessidade de movimentação do tráfego, que atendesse às restrições das políticas locais de uso do solo e que fosse compatível com o orçamento disponível para a construção de rodovias”. Segundo a

¹⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 236.

¹⁰⁶ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 172.

¹⁰⁷ Citizens To Preserve Overton Park, Inc. v. Volpe, 401 U.S. 402 (1971)

Federal Highway Administration, o projeto traçado em conformidade com as diretrizes acima, passando por dentro do Parque Overton, era a “única rota viável e prudente”¹⁰⁸. Divergindo desta avaliação, um grupo de cidadãos acionou o Poder Judiciário contestando a escolha administrativa.

Independentemente da decisão adotada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso concreto, parece-nos difícil refutar que a decisão administrativa confrontada em juízo envolve questões de grande sensibilidade jurídica (direito de propriedade, preservação do meio ambiente), de alta complexidade técnica (o projeto envolvia estudos e pareceres de especialistas em diversas áreas, a fim de equilibrar economicidade, viabilidade, proteção ambiental e do ambiente urbano impactado, etc.) e de forte cunho político (no desenho do trajeto, que passava por diversas cidades, a Federal Highway Administration se viu obrigada a compatibilizar os elementos técnicos com as demandas das lideranças políticas locais).

A perspectiva multidimensional do Direito Administrativo evidencia uma certa artificialidade na ideia de que haja efetivamente uma *natureza* específica da decisão administrativa e, ainda, da possibilidade de que essa natureza seja “meramente identificada pelo agente público que deverá decidir pela intensidade do controle judicial”. Como concluiu Eduardo Jordão, parece claro que a “identificação” da natureza jurídica da decisão corresponderá a um procedimento *extremamente subjetivo*, consistindo na *ponderação da relevância dos diferentes* aspectos e posterior escolha daquele que pareça mais ressaltado segundo o juízo exclusivo do autor da ponderação¹⁰⁹.

A rigor, a “identificação” da natureza jurídica de uma determinada questão envolverá uma “decisão implícita de destacar um aspecto” dela. Decisão essa que não será nem fundamentada, nem sequer debatida, uma vez que implícita. Essa falta de objetividade na premissa básica do raciocínio envolvendo a definição da intensidade do controle a partir das relações tendenciais acaba relativizando o papel alegadamente neutro delas na “identificação” da postura judicial mais adequada em cada caso. Temos, com isso, a abertura de um novo “espaço relevante e (adicional) de subjetividade” na definição da intensidade do controle, com a agravante de que este novo campo de escolhas subjetivas vem encoberto sob o manto da mera *identificação objetiva* da natureza jurídica da decisão administrativa¹¹⁰.

¹⁰⁸ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial 1, 2005, p. 153-170 (tradução livre)

¹⁰⁹ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 172-173.

¹¹⁰ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 184.

Supondo que tenha sido superada a dificuldade (ou mesmo a impossibilidade) de *identificação objetiva* da natureza da decisão administrativa, deparamo-nos nesta nova etapa da determinação do grau de intensidade do controle judicial com uma nova dificuldade: de que forma se poderia aferir a legitimidade das *tendências* indicadas pelas relações tendenciais?

Uma perspectiva multidimensional do Direito Administrativo determina que os atos e decisões administrativas sejam legítimos não apenas a partir do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista político e técnico¹¹¹. Em outras palavras, deverão observar os direitos dos administrados, atender aos interesses da coletividade e fazê-lo de forma eficiente. A relação tendencial que indique, por exemplo, o controle judicial não deferente quando uma determinada questão for “identificada” como juridicamente sensível, reflete, na realidade, uma opção por reforçar a legitimidade sob a perspectiva *jurídica*, propondo um escrutínio mais rigoroso dos tribunais no sentido de proteção aos direitos individuais, e relega ao segundo plano outras formas de legitimação do ato administrativo questionado.

O mesmo se diga em relação a decisões administrativas tiver sido “identificada” como tecnicamente complexa ou de elevado teor político. Determinar a priori uma postura deferente dos juízes nestes casos pode fragilizar a legitimidade *jurídica* do ato ao deixar lesões a direitos individuais sem a devida proteção judicial.

Como bem conclui Jordão, “há uma opção política subjacente de privilegiar ou favorecer uma entre as finalidades conflitantes do direito administrativo”¹¹². O problema de se tomar as relações tendenciais como uma verdade inexorável é que pode haver razões que fundamentem uma opção em sentido diverso daquela indicada inicialmente.

Defender uma postura não deferente dos juízes para questões juridicamente sensíveis diz muito mais quanto à opção por privilegiar a finalidade protetiva do direito administrativo em detrimento das demais (gerencial e política) do que com relação à *natureza* da questão em si.

Determinadas hipóteses podem justificar que se adote padrões distintos dos normalmente recomendados pelas relações tendenciais. Um controle não deferente mesmo na revisão de decisões administrativas com alto teor político ou tecnicamente complexas, que a princípio deveriam sofrer um controle menos invasivo pelo Judiciário, pode indicar uma opção

¹¹¹ MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial 1, 2005.

¹¹² JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 228.

estatal de prestigiar mais a proteção a direitos individuais do que a legitimidade política ou a eficiência da decisão tomada pelo administrador.

Esse tipo de escolha poderia justificar-se por exemplo quando estiverem em jogo valores jurídicos extremamente sensíveis, em relação aos quais qualquer risco se revela elevado (direito à vida, à saúde, etc.). Outra hipótese pode ser vislumbrada quando as decisões supostamente técnicas se demonstrem menos imparciais do que o desejável, em razão de vieses subjetivos da autoridade administrativa responsável pela decisão¹¹³.

Percebe-se, assim, que a própria *tendência* sugerida pela relação identificada envolve, em sua essência, mais uma escolha do operador, que muitas vezes não é, mais uma vez, sequer evidenciada. Abre-se, com isso, mais um ponto para o subjetivismo na definição da intensidade do controle judicial dos atos administrativos.

Uma última dificuldade envolve a questão da análise institucional comparativa, fundamental para justificar as conclusões sugeridas pelas relações tendenciais. A princípio, questões juridicamente sensíveis mereceriam tratamento mais rigoroso do Judiciário porque os juízes teriam uma especial aptidão para avaliar no caso concreto se determinado direito individual foi efetivamente violado, ou não. Com relação a questões tecnicamente complexas, o melhor preparo técnico das autoridades administrativas justificaria uma postura deferente dos magistrados às escolhas do gestor público. De forma semelhante, não caberia aos membros do Poder Judiciário rever decisões de alto teor político tomadas por agentes do Executivo, ante a maior legitimidade democrática destes últimos, em relação aos primeiros.

O problema é que boa parte destas conclusões se baseia, muitas vezes, em noções altamente abstratas e generalizadas das instituições comparadas. Como afirma Eduardo Jordão, a análise institucional comparada “será tanto mais eficaz e útil quanto mais concretas e específicas forem as características”¹¹⁴ ponderadas na comparação.

Diego Werneck Arguelhes e Fernando Leal observam que considerações a respeito das capacidades institucionais “são necessariamente empíricas, comparativas e contingentes, só podendo ser fixadas em arranjos institucionais e momentos específicos”¹¹⁵. Análises das capacidades institucionais de determinado órgão, feitas de forma isolada, sem embasamento em dados concretos e descontextualizadas, como a que afirma, por exemplo, que “membros do

¹¹³ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros. 2016. p 230- 237

¹¹⁴ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 265.

¹¹⁵ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista de Direito da PUC – Direito Estado e Sociedade nº 38,p. 6-50. Jan/jun 2011. p. 26.

Poder Judiciário não detém conhecimento técnico especializado em outras áreas além do Direito”, seriam de pouca serventia prática.

Apenas uma análise institucional concreta e comparativa seria suficiente para a confiabilidade das soluções propostas pelas relações tendenciais. Diego Werneck e Fernando Leal ponderam que o argumento das capacidades institucionais demanda “aportes empíricos muito além de intuições e fatos notórios”. Sem um trabalho consistente de coleta e processamento dos dados para posterior “valoração das alternativas de decisão a partir daquele conjunto”, a utilização do argumento das capacidades institucionais para determinar a alocação de poder decisório pode levar a propostas “banais, redundantes ou mesmo absurdas”¹¹⁶.

Desconsiderar estes ajustes necessários ao transplantar para o caso concreto as diretrizes extraídas das relações tendenciais abstratamente construídas pode levar a resultados contrários ao esperado, atribuindo-se o poder decisório eventualmente à instituição *in concreto* menos apta a exercê-lo.

Um exemplo interessante de equívocos na aplicação do raciocínio sugerido pelas relações tendenciais é oferecido por Andreas Krell ao comparar (ainda que de forma um tanto quanto abstrata e genérica) as capacidades institucionais dos envolvidos na questão dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos na Alemanha e no Brasil. Analisando o contexto alemão, “de uma Administração altamente especializada, neutra e politicamente independente”, Krell afirma que faria pouco sentido sustentar a possibilidade de revisão judicial de decisões de órgãos especializados com base meramente em perícias e pareceres técnicos encomendados pelos tribunais. Voltando os olhos para a realidade brasileira, contudo, caracterizada por “órgãos administrativos politicamente dependentes, tecnicamente deficientes e pouco isentos na sua formação de opinião”, reconhece o autor que a questão da revisão das escolhas do administrador pelo Poder Judiciário “assume uma dimensão muito diferente”¹¹⁷.

1.5 Alguns apontamentos sobre as relações tendenciais

¹¹⁶ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista de Direito da PUC – Direito Estado e Sociedade nº 38, p. 6-50. Jan/jun 2011. p. 44.

¹¹⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 74.

As relações tendenciais analisadas destinam-se, primordialmente, a: (i) justificar a maior ou menor intervenção do controle jurisdicional do ato administrativo em determinado caso concreto (função explicativa); (ii) viabilizar a realização de uma análise prospectiva a respeito da *provável* postura judicial, se mais ou menos deferente à decisão administrativa, por qualquer agente econômico ou cidadão impactado pela atuação da Administração Pública potencialmente contestada em juízo, e conseqüentemente da maior ou menor probabilidade de manutenção das escolhas administrativas (função preditiva); (iii) servir de “instrumento retórico para o convencimento de uma audiência de que um controle judicial deferente ou não deferente é *conveniente*, é *desejável*” em um determinado contexto¹¹⁸.

Como indicado por Diego Werneck e Fernando Leal, o argumento das capacidades institucionais, no qual fundamenta-se essencialmente o raciocínio envolvendo as relações tendenciais estudadas, não é, definitivamente, de fácil operabilidade. Ainda que os obstáculos ao uso adequado do argumento não devam servir para afastar análises comparativas ou desestimular que se pense nos “efeitos dinâmicos das escolhas institucionais”¹¹⁹, tais dificuldades não podem ser desconsideradas quando se pretenda aplicar a teoria na prática do dia a dia forense.

Em outras palavras, uma coisa é utilizar o racional da análise comparativa das capacidades institucionais no processo legislativo, quando se busca desenhar o funcionamento de determinada instituição e a forma com que ela irá interagir com os demais envolvidos em determinado setor econômico. Outra coisa, bem diferente, é tentar utilizar este mesmo racional no momento de decidir, no caso concreto e com todas as limitações circunstanciais que envolvem um processo judicial (limites de tempo, de recursos humanos, obrigatoriedade de obedecer a certos ritos, etc.), se cabe ou não ao juiz rever as escolhas tomadas pelo administrador.

Não se está afirmando, com isso, que o raciocínio deva ser abandonado em sede jurisdicional. Apenas se levanta o ponto que, por serem situações absolutamente distintas (processo legislativo e processo judicial, na comparação acima), parece-nos que não se deveria transportar toda a lógica que eventualmente faça sentido no primeiro caso, para o segundo. Algumas adaptações serão inevitavelmente necessárias, com algum grau de impacto, também inevitável, na confiabilidade das conclusões, uma vez alterado o *iter* lógico.

¹¹⁸ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016. p 168.

¹¹⁹ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista de Direito da PUC – Direito Estado e Sociedade nº 38, p. 6-50. Jan/jun 2011. p. 45.

Na mesma linha dos problemas identificados por Eduardo Jordão quanto à confiabilidade das relações tendenciais para determinar aprioristicamente o grau adequado de intervenção dos juízes nas decisões administrativas, Diego Werneck e Fernando Leal pontuam que, muitas vezes, “teorias de interpretação que têm a pretensão de universalidade” cometem o grande equívoco de tratar de forma negligente duas questões essenciais: as capacidades institucionais de quem vai, na prática, tomar a decisão; e “os efeitos dinâmicos relacionados à adoção de uma determinada decisão de segunda ordem”¹²⁰ em uma determinada situação concreta.

Cass Sunstein e Adrian Vermeule, em artigo seminal sobre o tema, ressaltaram a “variedade extraordinária de pessoas ilustres” que utilizaram o argumento das capacidades institucionais para explorar “estratégias interpretativas” desconsiderando a circunstância que tais modelos serão implementados, na prática, “por pessoas falíveis e com prováveis efeitos dinâmicos que se estendem muito além do caso em questão”^{121/122}.

As relações tendenciais foram identificadas por Eduardo Jordão a partir da observação da doutrina e jurisprudência nos sistemas jurídicos analisados¹²³. Em outras palavras, elas são efetivamente utilizadas em decisões judiciais para fundamentar uma maior ou menor autocontenção do julgador em relação às escolhas administrativas.

A complexidade envolvendo o uso do argumento das capacidades institucionais deveria, a nosso ver, acender um sinal de alerta quanto ao uso das relações tendenciais para fundamentar (eventualmente, de forma acrítica) a intensidade do controle judicial dos atos administrativos.

Dito de outra forma: decisões judiciais que sucintamente acolham como razão de decidir, ainda que de forma não declarada, o racional extraído de uma das relações tendenciais

¹²⁰ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 199.

¹²¹ SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *Interpretations and institutions*. Michigan Law Review, Vol. 101, n.4. p. 885-951. Feb, 2003. p. 949.

¹²² É interessante notar como o argumento das capacidades institucionais migrou, pouco a pouco, de uma teoria sobre estratégias interpretativas para teorias sobre alocação de competências decisórias. Sunstein e Vermeule ressaltam o lado “interpretativo” do argumento indicando uma predileção por posturas formalistas: “*Se avaliarmos questões interpretativas em termos institucionais, não necessariamente adotaremos qualquer abordagem particular de interpretação. Mas sugerimos que, uma vez que a questão seja devidamente formulada, torna-se fácil ver por que pessoas razoáveis podem favorecer uma abordagem formalista das leis em alguns ou muitos contextos, não com base em ideias indefensáveis sobre como as palavras funcionam, mas em bases institucionais simples*”. SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *Interpretations and institutions*. Michigan Law Review, Vol. 101, n.4. p. 885-951. Feb, 2003. p. 949. Sobre as vantagens de se adotar genericamente uma postura formalista como modelo de tomada de decisão, ver: STRUCHINER, Noel. *Posturas interpretativas e modelagem institucional: A dignidade (contingente) do formalismo jurídico*, in SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p 463-482.

¹²³ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros. 2016. p. 55 e seguintes.

identificadas podem estar, na verdade, negligenciando fatores relevantes da questão sub judice que sequer foram debatidos, uma vez que o posicionamento judicial se baseou em premissas já pré-estabelecidas (sensibilidade jurídica/não deferência; complexidade técnica ou densidade política/deferência).

Além dos questionamentos envolvendo o uso em si das relações tendenciais, um outro problema é identificar se os tribunais nelas se apoiam de forma consistente para definir o grau de intervenção na revisão dos atos administrativos. É dizer: independente de se concordar ou não com a forma com que o tribunal utilizou o raciocínio derivado de uma determinada relação tendencial, esse uso é sistematicamente sustentado?

2 A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO BRASILEIRO

Até o momento fez-se referência a uma *nova* dogmática administrativista em aparente dicotomia àquela tida por *tradicional*, com impactos sobre a forma de se abordar tanto o controle dos atos administrativos pelo poder judiciário quanto a própria discricionariedade administrativa.

A referência a uma *nova* dogmática não significa necessariamente que se sustente uma ruptura abrupta com o conhecimento tradicional. Especificamente em relação à discricionariedade administrativa, o avanço do controle em direção ao mérito encontra neste último uma barreira suficiente para diferenciar de forma mais categórica dois grandes grupos dogmáticos. A chamada aqui *nova* dogmática é, em boa medida, uma evolução de um movimento que já se enxergava antes, ainda no tempo em que a doutrina *tradicional* reinava (quase) absoluta.

Odete Medauar observa que desde antes da promulgação da Constituição da República em 1988 já era possível identificar na doutrina e jurisprudência uma “nítida tendência” de ampliação do controle jurisdicional da atividade administrativa, que foi se intensificando ao longo dos anos de aplicação da Carta Constitucional¹²⁴.

O texto constitucional, “impregnado de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público”, fomentava o incremento no controle ao indicar inúmeros parâmetros para a atuação da Administração Pública, mesmo quando no campo da discricionariedade, como os princípios da moralidade, impessoalidade, devido processo legal, contraditório e ampla defesa¹²⁵.

Seguindo essa mesma linha, Marcos Perez pontua que a amplitude do controle jurisdicional no Brasil é inquestionavelmente uma conquista democrática, para a qual tiveram participação decisiva boa parte da doutrina que ora designamos por *tradicional*, composta por autores que “durante anos e anos de escuridão e ditadura, militaram em favor da ampla acessibilidade jurisdicional da qual hoje em grande medida se desfruta”¹²⁶.

¹²⁴ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 226.

¹²⁵ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.p. 88-89.

¹²⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p. 140.

Eduardo Jordão analisa o fenômeno sob perspectiva um pouco diversa. Referindo-se ao período compreendido entre as primeiras décadas do século XX e a promulgação da Constituição de 1988, destaca o avanço do controle jurisdicional dos atos administrativos, que se intensifica e amplifica em uma “progressão clara e unidirecional”, sem qualquer refluxo ou movimentos de retração judicial.¹²⁷

Contudo, no período compreendido entre a promulgação da Constituição da República em 1988 e os “dias atuais”¹²⁸, Jordão ressalta a dificuldade de se identificar este mesmo movimento *unidirecional* voltado à ampliação do controle judicial dos atos administrativos.

De um lado, o movimento de constitucionalização do direito administrativo, observado no período, levou à redução da liberdade de escolha do administrador ao sujeitá-la aos princípios constitucionais que passaram a ser utilizados pelo Judiciário como parâmetro para verificar a compatibilidade das escolhas administrativas com o ordenamento jurídico. Possibilitou-se, com isso, “o avanço final sobre a última fronteira do controle judicial, relativa ao próprio objeto do ato administrativo”¹²⁹.

Por outro lado, a incidência direta de princípios constitucionais abriu para o administrador novas possibilidades de justificação para sua atuação. A atividade administrativa *praeter legem* e até mesmo *contra legem* passou a encontrar fundamento direto em dispositivos constitucionais cuja redação nem sempre apresenta contornos interpretativos claros e unívocos¹³⁰.

Esta combinação de abertura para a justificação da atuação administrativa com a ampliação dos fundamentos para o controle dos atos administrativos tornaria difícil afirmar com segurança se o período recortado representa uma fase de avanço ou retração do controle jurisdicional da administração. Certo, apenas, seria o quadro de forte incerteza jurídica, configurado pela ampliação da litigância administrativa e a imprevisibilidade dos provimentos jurisdicionais.

¹²⁷ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm. 2022. p. 24-28.

¹²⁸ O artigo em referência foi publicado originalmente em 2017 na obra: WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1.

¹²⁹ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm. 2022. p. 29-30.

¹³⁰ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm. 2022. p. 29-30.

Independente da linha adotada, se no sentido de uma clara ampliação e aprofundamento do controle dos atos administrativos ou se temos vetores indicando para sentidos diametralmente opostos, ampliando as possibilidades de controle ao mesmo tempo em que expandem a liberdade de escolha do administrador, parece inegável que o Direito Administrativo evoluiu gradativamente em direção à superação de alguns paradigmas centrais da disciplina, dentre eles, a medida de (ampla) liberdade do administrador no uso de competências discricionárias.

Esta constante evolução do Direito Administrativo foi trabalhada por Odete Medauar ao referir-se às alterações das matrizes administrativistas clássicas, desenvolvidas no “âmbito político-institucional e científico do século XIX”. Medauar pontua que tais alterações podem ser verificadas de maneiras diversas, seja no bojo de “elaborações doutrinárias de certa amplitude”, seja na prática forense¹³¹.

Longe de pregar um revisionismo do entendimento convencional, a *nova* dogmática toma a doutrina aqui dita *tradicional* como ponto de partida para melhor adequar (no entendimento daqueles que a defendem) o tratamento da conflituosa questão do controle judicial da discricionariedade à complexa realidade social contemporânea.

2.1 Desenvolvimento histórico da discricionariedade administrativa – a conformação da discricionariedade ao Direito¹³²

Odete Medauar observa que a sujeição ou não ao controle judicial (ou os limites dessa sujeição, melhor dizendo) configura o elemento central de debate sobre a discricionariedade, que se apresenta tanto nos ordenamentos de jurisdição única, como o Brasil, quanto naqueles com o contencioso administrativo apartado, tal qual ocorre na França e na Itália. Em ambos os casos

¹³¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 229. Ver também: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹³² O objetivo neste tópico não é pormenorizar todo o desenvolvimento histórico da discricionariedade administrativa ao longo de pelo menos quatro séculos, o que daria uma dissertação específica apenas sobre o tema. A proposta aqui é apenas trazer um panorama da evolução do controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, de forma a facilitar a compreensão do estágio atual de coisas.

se observa o progressivo estabelecimento de parâmetros de controle para o exercício da discricionariedade¹³³.

A universalidade da questão pode ser constatada também no trabalho desenvolvido por Eduardo Jordão, que analisou quatro sistemas jurisdicionais distintos, sendo dois de jurisdição una (Canadá e Estados Unidos da América) e dois que contam com o contencioso administrativo apartado do sistema jurisdicional comum (França e Itália)¹³⁴.

Boa parte das democracias modernas deparam-se com esta dificuldade em encontrar um equilíbrio entre a liberdade de atuação do gestor para gerir a máquina pública de forma eficiente diante dos desafios da modernidade e a necessidade de sujeição do Estado aos ordenamentos constitucionais cada vez mais abrangentes. Não é de se espantar, portanto, que seja possível delinear algumas *tendências globais* no tema¹³⁵.

Partindo de um momento inicial de completa imunidade dos atos discricionários, evoluiu-se progressivamente em direção à ampliação do controle, tanto em abrangência quanto em profundidade, até o estágio atual que nos encontramos.

A noção corrente que temos hoje de discricionariedade administrativa subordinada ao direito só começa a ser delineada efetivamente com o desenvolvimento do Estado de Direito no século XIX. Paulo Magalhães da Costa Coelho ressalta que até a formação dos Estados Nacionais na Europa imperava a concepção de que o soberano detinha todo o poder administrativo, legislativo e o equivalente ao jurisdicional, sobressaindo a noção de que haveria “plena identidade entre a vontade do príncipe absoluto e a ordem jurídica”¹³⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que até a fase do Estado de Polícia, “primeira etapa do Estado moderno”, representada pelas monarquias absolutistas do século XVIII, o direito público *ficou na penumbra*, uma vez que o Estado seguia não se sujeitando ao ordenamento jurídico e “indemandável juridicamente pelos súditos na defesa de seus direitos”¹³⁷. Nesse mesmo sentido é a lição de Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez, conforme reportado por Luís Manoel Fonseca Pires, no sentido de que a

¹³³ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.p. 79-80.

¹³⁴ JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹³⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.p. 55.

¹³⁶ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 40.

¹³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 6-7.

discricionariedade era equiparada aos chamados “atos de império”, em oposição aos “atos de gestão”, e por isso absolutamente imune a qualquer controle judicial¹³⁸.

De fato, somente com a partir do século XIX, especialmente na França, que se difundiu a “ideia de impor freios às atividades dos órgãos estatais”, dando início ao “longo percurso da (tentativa de) captura do poder pela juridicidade”¹³⁹. A profundidade da ruptura com o modelo de organização estatal anterior pode ser compreendida na síntese de Merkl, para quem “o Estado de Polícia se apresenta como aquele Estado cuja administração se acha legalmente incondicionada, enquanto o Estado de Direito oferece uma administração condicionada legalmente”¹⁴⁰.

Essa ideia de administração legalmente condicionada logo começa a entrar em choque com a concepção original de discricionariedade, fortemente ligada à arbitrariedade do poder político inerente ao absolutismo¹⁴¹. A incompatibilidade entre a noção de discricionariedade como espaço de apreciação livre de controles e a necessária sujeição da atividade estatal à lei, característica fundamental do Estado de Direito, levou Garcia de Enterría, repetindo a expressão utilizada por Hüber, a caracterizá-la como um “verdadeiro cavalo de Troia no âmbito do direito administrativo de um Estado Moderno”.¹⁴²

Almiro do Couto e Silva, em contraponto, sustenta que a discricionariedade administrativa não representaria esse “resíduo do absolutismo que ficou no Estado de Direito, nem um anacronismo autoritário incrustado no Estado contemporâneo”¹⁴³. Não obstante, é necessário reconhecer alguma dificuldade em compatibilizar (algum grau de) liberdade de atuação e (integral) sujeição do Estado ao Direito. A questão torna-se ainda mais complexa diante das crescentes demandas sociais que levam a um “incremento quantitativo (número de atos) e qualitativo (diversidade de atos) das atividades administrativas não vinculadas à lei”¹⁴⁴.

¹³⁸ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 149.

¹³⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006, p. 194.

¹⁴⁰ MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*, 1908:96. apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 6-7.

¹⁴¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006. p. 194.

¹⁴² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 239.

¹⁴³ SILVA, Almiro do Couto. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vl.179, p. 51-67. 1990. p 67.

¹⁴⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006, p. 194.

A crescente ingerência da atividade administrativa na vida do indivíduo¹⁴⁵, diante de necessidades individuais e coletivas cada vez mais complexas, ressalta a necessidade de municiar o administrador de instrumentos necessários para agir de forma eficiente “no atendimento das múltiplas demandas e reivindicações das sociedades industrializadas”¹⁴⁶.

O “grande desafio do jovem Estado de Direito”¹⁴⁷ consistiu, justamente, em gradativamente compatibilizar a liberdade de atuação para o adequado atendimento das novas demandas sociais e o balizamento da atuação administrativa de acordo com a legalidade.

A solução encontrada foi paulatinamente atenuar o caráter totalmente livre que se extraía da ideia original de discricionariedade¹⁴⁸. Segundo Luís Manuel Fonseca Pires, ainda no começo do século XIX desenvolve-se na França o *recurso por excesso de poder* como uma exceção à imunidade de jurisdição. Posteriormente ocorre a equiparação do vício de forma à incompetência e em seguida desenvolveu-se a *técnica do desvio de poder*, estendendo-se ainda no fim do século XIX o controle jurisdicional a qualquer espécie de violação legal. Nas palavras do autor, assim “se aperfeiçoavam, nos albores do século XX, as ‘aberturas’ para a apreciação da discricionariedade”¹⁴⁹.

A primeira etapa na tentativa de submeter a atividade administrativa à lei levou ao desenvolvimento inicial da legalidade administrativa como vinculação negativa à lei, à semelhança da legalidade como garantia individual de liberdade de ação, salvo quando proibido por lei. Por consequência, a discricionariedade administrativa passa a ser compreendida como “o poder de agir da Administração nos espaços livre de regulamentação da lei”¹⁵⁰.

Foi a partir desta concepção da legalidade como liberdade de atuação onde não restringido pela lei que se desenvolveu a noção de discricionariedade como poder político e não jurídico, eis que operava no espaço livre da lei. O ordenamento jurídico serviria apenas para impor “barreiras externas à liberdade de autodeterminação da administração Pública”¹⁵¹.

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017. p. 240

¹⁴⁶ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 14.

¹⁴⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p.13.

¹⁴⁸ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.p 81.

¹⁴⁹ PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 149.

¹⁵⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006, p. 195.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012, p. 14-15.

Considerando que o regramento integral da atuação administrativa na lei era (e ainda o é, a bem da verdade) absolutamente excepcional, observa Gustavo Binjenbojm que esta concepção de legalidade como vinculação negativa à lei “operava somente em uma franja estreitíssima da sua atividade”, deixando a maior parte da atividade administrativa “à margem da legalidade e da correspondente fiscalização jurisdicional”.¹⁵²

Foi somente com o positivismo kelseniano que a legalidade administrativa passou a ser entendida como *vinculação positiva à lei*. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, somente com o Estado de Direito Social que se solidifica a noção de que à Administração somente é permitido fazer aquilo que a lei permite ou determina¹⁵³. Com a aceitação da ideia de que toda a atividade administrativa deve ser legalmente regradada, a discricionariedade, conseqüentemente, passa a ser entendida como um poder efetivamente jurídico, conformado e regulado pelo Direito.

Edimur Ferreira de Faria ressalta a evolução *incomparável* que o instituto da discricionariedade administrativa sofre no período entre o Estado absolutista e o moderno Estado Democrático de Direito. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, “sempre procurando compatibilizar os anseios sociais com o direito posto”, desenvolveram teorias para justificar uma interferência cada vez maior do Poder Judiciário na atividade administrativa¹⁵⁴.

No trajeto que constituiu a progressiva juridicização da discricionariedade administrativa identificam-se quatro etapas principais, que paulatinamente foram estabelecendo novos parâmetros para o controle judicial da atividade administrativa: primeiro, a teoria dos elementos do ato e o controle daqueles tidos por vinculados, mesmo no caso dos atos discricionários; segundo, o desenvolvimento de teorias sustentando o controle a partir de parâmetros implícitos na lei, como o desvio ou excesso de poder e os motivos determinantes; terceiro, o surgimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, desenvolvida na Alemanha para incrementar o controle judicial dos atos administrativos discricionários; quarto, finalmente, as teorias da “vinculação direta dos atos administrativos aos princípios constitucionais”¹⁵⁵. Estas etapas serão aprofundadas mais à frente.

¹⁵² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 195.

¹⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 23-24.

¹⁵⁴ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 211.

¹⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 197.

2.2 Fundamentos da discricionariedade administrativa e origens do problema quanto aos limites do controle judicial

Qual a razão de ser da discricionariedade administrativa no Estado Democrático de Direito contemporâneo? Quais fundamentos sustentam a sobrevivência de um instituto que nasce, de fato, como um resquício de imunidade de jurisdição, como uma espécie de salvaguarda para uma determinada categoria de atos e decisões administrativas contra os avanços do Judiciário? Por que manter sustenta-se a manutenção de um *poder* ou uma *competência* já referida como verdadeiro *cavalo de Tróia* inserido no Direito Administrativo dos Estados modernos?

2.2.1 A inevitabilidade da discricionariedade

Talvez uma das poucas unanimidades no tema seja justamente o reconhecimento que a discricionariedade administrativa é uma verdadeira inevitabilidade fática. Uma “verdadeira necessidade”¹⁵⁶, destinada a habilitar a Administração Pública a atender as reivindicações sociais com um mínimo aceitável de eficiência. Demandas estas que apenas aumentam em quantidade e grau de complexidade, em um ritmo cada vez mais acelerado e sem qualquer sinal de arrefecimento.

Merece destaque a percepção de que os casos em que o próprio ordenamento prevê o uso desse suposto “resquício da arbitrariedade absolutista”, a rigor, não estariam sequer diminuindo, mas ao contrário, aumentando. Marcos Augusto Perez pontua a “multiplicação das hipóteses de discricionariedade” na legislação dos mais diversos sistemas jurídicos, evidenciando que a Administração Pública contemporânea, mesmo nas democracias mais sedimentadas, “está indissociavelmente ligada ao exercício constante da discricionariedade”.¹⁵⁷

¹⁵⁶ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 14.

¹⁵⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 42-44.

O primeiro fundamento a justificar a presença de competências discricionárias nos ordenamentos jurídicos da atualidade, que explica sua mencionada inevitabilidade, está no reconhecimento de que é materialmente impossível ao legislador prever todas as circunstâncias fáticas possíveis no caso concreto, quando a autoridade administrativa aplica na prática as determinações abstratamente previstas na norma.

Esta seria, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a justificativa segundo critérios práticos: como é impossível ao legislador antecipar tudo que pode ocorrer no momento em que o agente público for aplicar a norma, o ordenamento lhe atribui competência para adequar as especificidades do caso concreto à generalidade (inevitável) da norma abstrata. Destaca a autora, ainda, a impossibilidade, *sob o ponto de vista lógico*, de o legislador utilizar apenas “conceitos precisos, unissignificativos, que possibilitem interpretação única e inuvidosa” como forma de tentar mitigar essa atribuição de competência discricionária ao administrador¹⁵⁸.

De fato, parece razoável concluir que, diante do incremento na complexidade e diversidade das questões cotidianamente enfrentadas pelo Estado, seja cada vez menos possível (e talvez menos conveniente) que o legislador predetermine com exatidão e de forma integral toda a atuação da Administração Pública¹⁵⁹.

Outras circunstâncias podem ser enumeradas, que se relacionam à impossibilidade prática de uma onisciência legislativa e reforçam a justificativa de que poderes discricionários são inevitáveis na sociedade contemporânea. Por estar mais próximo da realidade dos fatos no momento da aplicação da norma ao caso concreto, o agente administrativo teria (ou deveria ter) melhores condições para tomar a decisão mais adequada, em prol da eficiência e do mais amplo atendimento do interesse público tutelado pela norma em questão.

Além disso, o próprio interesse público tutelado pela norma está em constante mutação, sendo eventualmente muito difícil (para não dizer impossível) para o legislador captá-lo em sua faceta mais recente¹⁶⁰. O tempo demandado para o processo legislativo também pode tornar inócuo o esforço de regular por lei algumas demandas sociais, tornando inevitável (ou mesmo desejável) a delegação de poder normativo ao administrador, por meio de leis que lhe confirmam amplas margens de escolha. Considerando as diferenças nos procedimentos de elaboração

¹⁵⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 63-64.

¹⁵⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 44.

¹⁶⁰ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p 100 e 156.

normativa, a Administração Pública, em regra, consegue ser mais ágil que o Poder Legislativo na regulamentação de determinados temas.

Este descompasso que muitas vezes ocorre entre a produção legislativa e a realidade social fica ainda mais escancarado com a aceleração da vida promovida pela evolução tecnológica dos últimos anos. Floriano de Azevedo Marques Neto e Rafael Vêras de Freitas destacam os avanços tecnológicos dentre os três vetores que desafiam constantemente as concepções clássicas do direito administrativo: o fator *político*, representada pelo “aumento de consciência do cidadão”, que parece-nos decorrência da progressiva concretização e ampliação de direitos fundamentais de ordem social; o fator *econômico*, ou seja, as “realidades ditadas pela dinâmica do mercado”; e, por fim, o fator *tecnológico*, representado pela “evolução do conhecimento aplicado”¹⁶¹.

De fato, a regulação de novas tecnologias é um campo fértil para uma reflexão mais profunda sobre o desenho de institutos basilares do direito administrativo, e a discricionariedade administrativa não foge à regra aqui. Sendo reconhecidamente cada vez mais difícil para o legislador minudenciar a atividade administrativa diante do incremento de complexidade das relações sociais promovido pelos avanços tecnológicos, a discricionariedade sobressai como ferramenta essencial para viabilizar a atividade estatal em determinados setores¹⁶².

Na síntese precisa de Luís Manuel Fonseca Pires¹⁶³, “da lei não se pode esperar o impossível: a capacidade de vaticinar todas as variantes das complexas e diversificadas relações humanas”, constituindo a previsão de “potestades discricionárias” nos ordenamentos jurídicos um “imperativo insuperável”.

¹⁶¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

¹⁶² Em um interessante artigo sobre a regulação de novas tecnologias, as professoras Patricia Baptista e Clara Iglesias Keller trazem os principais desafios impostos ao regulador por tecnologias disruptivas. Para o ponto que tratamos, a respeito das dificuldades impostas ao regulador (seja ele o legislador ou a Administração Pública, a nosso ver), pela velocidade com que tecnologias disruptivas se desenvolvem e se estabelecem no dia a dia da sociedade, tem especial interesse a parte em que as autoras desenvolvem a questão sobre “quando” regular novas tecnologias, conforme sintetizado pelo famoso *dilema de Collingridge*. Diante de uma tecnologia nova e disruptiva, o regulador teria, diante de si, duas possibilidades: tentar regulá-la logo quando do seu surgimento, sob o risco de sufocá-la, ou aguardar que a tecnologia desenvolva-se, para só então promover sua regulação, desta feita sob o risco de inutilidade da medida, a depender das proporções adquiridas pela inovação. BAPTISTA, Patricia. KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

¹⁶³ PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. Prefácio Silvio Luís Ferreira da Rocha; apresentação Dinorá Adelaide Musetti Grotti. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 171.

2.2.2 A separação dos poderes

Um segundo fundamento para a discricionariedade remonta à separação de poderes. Se fosse possível ao legislador regular minuciosamente todos os aspectos da atuação da Administração Pública “teríamos a supressão do órgão administrativo, que passaria a ser mero cumpridor de ordens emanadas do legislativo”¹⁶⁴. No mesmo sentido sustenta Andreas Krell que a legitimação democrática do Poder Executivo restaria menosprezada diante de uma “excessiva reserva de lei”¹⁶⁵.

Teoricamente, caso fosse possível ao legislador prever antecipadamente na norma todas as circunstâncias do caso concreto, teríamos normas individualizadas para cada caso, e não mais uma previsão genérica e abstrata. O legislador passaria então, da “abstração à individualização, da norma abstrata à ordem individualizada”¹⁶⁶, deixando a Administração Pública à margem do processo de aplicação concreta das normas jurídicas.

Para além da contenção do poder absoluto que deteria uma instituição competente para normatizar, executar e julgar, há uma pretensão de eficiência na separação de poderes, com a definição primordial de cada um dos ramos estatais. A “diferenciação e separação organizacional e funcional dos Poderes” tem por objetivo a melhor tomada de decisão possível pelo ente estatal, buscando alocar as atribuições ao órgão que detenha as melhores condições de exercê-las, “segundo a sua organização, composição, função e modo procedimental”¹⁶⁷.

Observa Andreas Krell que essa “especialização funcional” é muitas vezes a razão pela qual o legislador frequentemente utiliza conceitos abertos ou vagos, de forma a conceder algum espaço de decisão ao administrador na aplicação da previsão geral e abstrata ao caso concreto¹⁶⁸, que normalmente é quem está na ponta final do processo de concretização das normas e, portanto, em melhores condições de avaliar as circunstâncias específicas do caso.

¹⁶⁴ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 100 e 156.

¹⁶⁵ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 18.

¹⁶⁶ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, n. 6. p. 41-78. 1946. p. 57.

¹⁶⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 18.

¹⁶⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 17.

Nesse sentido também é a lição de Fiorini, trazida por Di Pietro, para quem a discricionariedade constituiria uma “ferramenta jurídica que a ciência do direito entrega ao administrador” para que se adeque às necessidades circunstâncias que surjam na gestão dos interesses sociais¹⁶⁹. Em outras palavras, diríamos que a discricionariedade se destina à promoção da mais perfeita adequação da norma ao caso concreto, tornando mais eficiente a realização da finalidade pública visada pela norma geral e abstrata.

Além da crescente dificuldade de regulamentar de forma mais pormenorizada as relações sociais, Marcos Augusto Perez propõe a análise do aumento das hipóteses de discricionariedade previstos nos ordenamentos contemporâneos sob outra perspectiva: a gradativa perda de representatividade política (ou *responsividade política*, diríamos) do legislador¹⁷⁰. Por consequência (ou talvez, seja uma das causas dessa perda de legitimidade), um expediente cada vez mais utilizado pelo Legislativo para se esquivar das responsabilidades envolvendo a tomada de posição em relação a temas sensíveis consiste em delegar, explícita ou implicitamente, a solução de diversas questões sensíveis de cunho social ou econômico para os outros poderes, em especial o Poder Executivo¹⁷¹.

¹⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 63.

¹⁷⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 44-45.

¹⁷¹ A expansão de poderes do Executivo por meio de delegações legislativas (explícitas ou implícitas) já foi tema de profícuos debates no direito brasileiro. Por algum tempo sustentou-se que o artigo 25 do ADCT (“Art. 25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a...”) seria fundamento suficiente para amparar a chamada doutrina da indelegabilidade.

Nas palavras de Clèmerson Merlin Clève, “se o Constituinte revogou, incondicionalmente, as delegações do passado, é porque quer também proibi-las no presente e para o futuro”. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 305-306. Concordamos, contudo, com André Cyrino e Daniel Nunes Capechi quando afirmam que “uma visão que idealize o papel da lei não é condizente com as necessidades atuais e que a prática das delegações se consolidou na atuação do Legislativo e do Executivo, sendo progressivamente consentida pelo Poder Judiciário”. CYRINO; André; NUNES, Daniel Capechi. *A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.487. A melhor compreensão acerca da ampliação de hipóteses em que se abre uma margem de escolhas à Administração Pública passa, ao nosso ver, necessariamente pela superação da concepção do princípio da legalidade como o “repositório das mais elevadas expectativas democráticas e de contenção do poder”, que superestima as virtudes do Congresso Nacional, “olvidando-se de que se trata de instituição formada por homens e mulheres reais”. CYRINO, André. *Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, v. 274, p. 175-208. Jan./abr. 2017.

Sem desconsiderar a relevância do debate sobre os contornos do princípio da legalidade que melhor se adequem à realidade contemporânea, no momento é suficiente ressaltar apenas que a constitucionalização do direito administrativo, com a incidência crescente dos princípios constitucionais nas relações entre o Estado e o administrado, impôs o reconhecimento da vinculação direta do administrador à Constituição da República, como ápice do ordenamento jurídico nacional. Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 31-63. ISBN 978-85-7700-186-6. Ainda sobre o tema, Luís Roberto Barroso conclui que o antigo “princípio da

Esta “profusa criação legal de prerrogativas discricionárias em favor da Administração” pode ser encarada como uma valorização da eficiência administrativa em razão da ampliação da liberdade decisória do administrador. Por outro lado, alerta-se que tal expediente facilita a expansão da arbitrariedade, reclamando uma atuação mais incisiva do “sistema de controle judicial da discricionariedade administrativa.”¹⁷²

A necessidade de controle do arbítrio estatal, emanada do regime do Estado Democrático de Direito, impõe a conclusão de que, uma vez atribuída à autoridade administrativa “maiores margens de discricionariedade”, conseqüentemente, é recomendável que maiores sejam os “controles que recaem sobre as suas decisões”. Esta combinação faz com que os conflitos sociais, cada vez mais complexos, migrem “da arena legislativa para a Administração e desta para o Judiciário”. O juiz, então, passa a decidi-los “praticamente sem mediação legislativa anterior”¹⁷³.

Este é, de fato, o aparente paradoxo envolvendo o tema da discricionariedade no direito contemporâneo: se por um lado a crescente complexidade e constante mutação das relações sociais vêm impor a necessidade de mais atuação estatal e maior liberdade de escolha do administrador para melhor conformar a intervenção pública às demandas sociais, de outro, é possível observar uma tendência de aumento no controle da discricionariedade, com o desenvolvimento constante de instrumentos visando a redução da liberdade de escolha do administrador, como forma de proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal¹⁷⁴.

O dilema envolvendo os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa consiste, ao final, na necessidade de conciliar valores constitucionais fundamentais que apontam para direções distintas: primeiro, a contenção do arbítrio estatal, a demandar maior controle do exercício de competências discricionárias; segundo, a garantia da tutela jurisdicional dos direitos, assegurada pelo artigo 5º, XXXV da Constituição da República, que abre sobremaneira as portas dos tribunais para a contestação judicial das ações

legalidade transmuda-se, assim, em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente, em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e à lei, nessa ordem”. BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 5ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2018. p. 223. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, p. 54. BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. *Revista De Direito Administrativo*, n. 240, p. 1-42. 2005.

¹⁷² PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 46.

¹⁷³ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 46-47.

¹⁷⁴ GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p 456.

administrativas; terceiro, a separação de poderes e o regime democrático, que demandam seja assegurado aos agentes públicos eleitos o espaço próprio para o exercício do múnus público que lhes fora atribuído pelo voto, considerando que não seria compatível com o texto constitucional e a noção de Estado Democrático de Direito que “a jurisdição simplesmente passe a tomar decisões administrativas e liderar a Administração no lugar dos governantes democraticamente eleitos”¹⁷⁵.

2.2.3 A discricionariedade a partir de uma visão tridimensional do Direito Administrativo

Os dilemas e conflitos envolvendo o instituto da discricionariedade administrativa podem ser melhor compreendidos a partir da perspectiva tridimensional do direito administrativo, que busca analisar o ato administrativo sob seus três aspectos principais: jurídico, político e gerencial.

Seguindo a classificação proposta por Eduardo Jordão¹⁷⁶, a *dimensão gerencial* pode ser divisada no uso crescente de espaços de discricionariedade atribuídos ao administrador pelo legislador. Com efeito, um dos fundamentos para a concessão de liberdade de escolhas à autoridade administrativa sob determinadas circunstâncias tem relação com o uso mais racional e eficiente possível dos recursos públicos, de forma a assegurar acesso amplo e igualitário aos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente e, atualmente, também aos benefícios decorrentes de inovações tecnológicas que impactam cada vez mais no dia a dia do cidadão.

A *dimensão jurídica* do direito administrativo, que busca defender o cidadão do arbítrio estatal, emerge justamente desta maior liberdade de conformação da norma geral dispõe o administrador, configurando um instrumento de constrição do exercício de poder estatal aos limites do ordenamento jurídico. Como concluiu Marcos Augusto Perez, diante do “universo de discricção” que caracteriza atualmente a atuação da Administração Pública, figura no Poder Judiciário “a via mais importante para a defesa do cidadão e do administrado em face da arbitrariedade e do capricho das autoridades públicas”¹⁷⁷.

¹⁷⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 53 e 146.

¹⁷⁶ JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019.

¹⁷⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 147.

Contudo, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não pode culminar na substituição das escolhas do administrador democraticamente eleito pelas do membro do Judiciário, que não possui as mesmas credenciais representativas.

Uma vez reconhecida, pela imposição dos fatos, a necessidade de que o administrador faça escolhas com algum grau de autonomia, a *dimensão política* do direito administrativo entra para auxiliar na busca pelo ponto ótimo de intervenção judicial na atividade administrativa. Ressaltando o aspecto da legitimidade democrática da atuação do Poder Público, o respeito à dimensão política do direito administrativo auxilia na busca pelo delicado equilíbrio entre a tutela de direitos individuais assegurados pelo ordenamento jurídico e a garantia de que determinadas escolhas sejam realizadas por quem tenha mais representatividade democrática e maior responsividade política.

Destrinchados os fundamentos da discricionariedade administrativa e as dificuldades envolvendo seu controle judicial, passa-se à análise do ato administrativo propriamente dito e da forma como se caracteriza a discricionariedade em cada caso.

2.3 Elementos do ato administrativo e a presença da discricionariedade

Adota-se, no Brasil, uma “lógica microscópica” no controle de legalidade dos atos administrativos, através da qual se analisa a “anatomia do ato, em busca dos defeitos que lhe maculem a legalidade”¹⁷⁸. Esta abordagem fragmentada do ato administrativo normalmente costuma vir acompanhada de uma perspectiva essencialmente legalista do controle jurisdicional da atividade administrativa, vislumbrando no Poder Judiciário essencialmente o papel de protetor dos direitos individuais contra eventuais violações perpetradas pelas autoridades administrativas.

Uma outra forma de abordar a questão da compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico envolve uma visão mais global do direito administrativo e o reconhecimento de novos papéis aos tribunais quando exercem o controle jurisdicional da atuação do Poder Público. Esta perspectiva afasta-se da dicotomia rígida “ato vinculado x ato discricionário” ao atribuir relevância a novos parâmetros de controle da juridicidade da

¹⁷⁸ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p 24-25.

atividade administrativa, para além da noção rígida do princípio da legalidade que serviu de fundamento para o desenvolvimento da primeira abordagem.

Adotando uma visão que muito se aproxima da que reconhece as três dimensões do direito administrativo, Gustavo Binbenojm leciona que um fator essencial para esta *nova* compreensão foi o *giro democrático-constitucional* pelo qual passou a matéria nos últimos anos.

Tal mudança de perspectiva proporcionou a evolução de conceitos clássicos, com o objetivo de: (i) incrementar o grau de responsividade dos administradores públicos às aspirações e demandas da sociedade, mediante adoção de procedimentos mais transparentes e participativos, que pode ser identificado com o reconhecimento da necessidade de responsividade política da atuação estatal (ou seja, reconhecer a *dimensão política*); (ii) respeitar, proteger e promover os direitos fundamentais dos administrados, por meio de mecanismos que assegurem o devido processo legal e de políticas públicas a eles vinculadas, relacionada diretamente à dimensão jurídica do controle (correspondente à *dimensão jurídica*); e por fim (iii) submeter a atuação dos administradores públicos a controles efetivos, fundados tanto em parâmetros jurídicos como de resultados práticos, valorizando a eficiência na atividade estatal (*dimensão gerencial*)¹⁷⁹.

Não obstante o desenvolvimento de novas abordagens para a observação do ato administrativo e de seu controle no direito brasileiro, o exame fragmentado de seus elementos segue predominante entre os administrativistas e tribunais nacionais. Não se pode presumir, contudo, que este tratamento conferido à matéria tenha, de alguma forma, obstado o controle judicial da discricionariedade administrativa. Segundo Eduardo Jordão, esta perspectiva *microscópica* e *anatômica* proporcionou que os tribunais avançassem gradativamente no controle dos atos administrativos sem que fosse oferecida muita resistência pela própria Administração Pública¹⁸⁰.

Apesar de ser o enfoque mais utilizado, a subdivisão do ato administrativo em elementos ou requisitos de validade não conseguiu, até hoje, alcançar tratamento uniforme, ainda que as abordagens sejam, na essência, consideravelmente semelhantes¹⁸¹. A bem da verdade, não há

¹⁷⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Edição do Kindle. (Locais do Kindle 883-884).

¹⁸⁰ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p 25.

¹⁸¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 113.

convergência sequer quanto à *natureza* dos chamados “elementos” do ato¹⁸²: se consistiriam em requisitos¹⁸³ ou pressupostos de existência e de validade do ato administrativo¹⁸⁴.

Como o objetivo, neste ponto, é apenas demonstrar a forma como a análise fragmentada do ato administrativo influenciou (e ainda influencia) na definição dos parâmetros e limites do controle jurisdicional da Administração Pública, não nos aprofundaremos nas divergências terminológicas. Seguiremos com o que Diogo de Figueiredo Moreira Neto denomina de “concepção quádrupla dos elementos do ato administrativo”, que além de parecer-nos a mais amplamente aceita, pode-se dizer que foi, de certa forma, positivada no artigo 2º da Lei nº 4.717/65¹⁸⁵, com os seguintes elementos: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Tradicionalmente, entende-se como vinculados a competência, a finalidade e a forma, sendo discricionários o motivo e o objeto, destacando-se a ressalva de Juarez Freitas no sentido de não haver jamais vinculação e discricionariedade absolutas¹⁸⁶. Pretende-se, aqui, abordar as questões relativas à discricionariedade eventualmente presente em cada um destes “elementos”, começando pelos ditos “vinculados”.

2.3.1 Competência

Sobre a competência, configura-se pela “atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo”¹⁸⁷, ou, de outro modo, como “o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo”¹⁸⁸. Caio Tácito sintetizou a noção com precisão cirúrgica: “não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma

¹⁸² Marçal Justen Filho, por exemplo, não acolhe nenhuma das duas terminologias mais utilizadas, sugerindo que seria mais adequado referir-se a “aspectos” do ato administrativo, em lugar de “elementos”, pelo fato deste último termo sugerir “a existência de partes dotadas de autonomia própria”, o que seria incompatível com a “composição indissociável” apresentada pelo ato administrativo. JUSTEN Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle

¹⁸³ Por todos, referindo-se indistintamente a “requisitos” ou “elementos” do ato administrativo: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 150 e seguintes; DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 212 e seguintes.

¹⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), São Paulo: Malheiros, 2021. p. 364 e seguintes.

¹⁸⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 137.

¹⁸⁶ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 5ª ed., rev. e amp. 2013. p.331.

¹⁸⁷ JUSTEN Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle

¹⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 213.

de direito”, constituindo a competência “sempre um elemento vinculado, objetivamente fixado pelo legislador”¹⁸⁹. Observa a doutrina que “na prática, as leis não são tão detalhistas assim”, e uma visão mais atualizada do princípio da legalidade autoriza que se extraia a norma atribuidora de competência a partir do ordenamento jurídico como um todo, “não necessariamente em uma regra de lei específica”¹⁹⁰.

Luis Manuel Fonseca Pires pondera que a norma definidora de competência poderá atribuir ao agente a possibilidade de escolha quanto ao momento e o modo de exercê-la, mas nem por isso seria adequado falar em competência discricionária. Para o autor, a competência é um elemento sempre vinculado pois “não pode a lei dizer que certos sujeitos podem, ou não, assumir o dever de realizar o interesse público previsto na própria norma”. Em outras palavras, “a atribuição dos deveres é sempre vinculada”, podendo ser vinculado ou discricionário, a depender do regramento legal, o *conteúdo* da competência e o *momento* em que será exercida¹⁹¹.

2.3.2 Forma

A forma, entendida como “a exteriorização material do ato administrativo, através da qual a vontade manifestada se expressa, permanece e se comprova no mundo jurídico”¹⁹², é mais um elemento tradicionalmente tido como plenamente vinculado¹⁹³.

Parcela relevante da doutrina, contudo, vem já há algum tempo questionando esse entendimento, enxergando a possibilidade de escolhas discricionárias quanto à forma com que o agente exterioriza o ato praticado. Celso Antônio Bandeira de Mello pondera ser muito raro que o legislador estabeleça “com capilar precisão”, a situação de fato e a “conduta única, integralmente regulada e obrigatoriamente adotável” no caso concreto, sendo comuns os casos em que o legislador recorra a “conceitos algo fluidos, algo imprecisos”. Nestas hipóteses, seria

¹⁸⁹ TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas: Rio de Janeiro, 1959. p. 27.

¹⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

¹⁹¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 208-210.

¹⁹² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 139.

¹⁹³ Por todos, MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 152.

possível afirmar haver “discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador” quanto à forma jurídica a ser empregada no ato¹⁹⁴.

Seguindo essa mesma linha, Maria Sylvia Di Pietro conclui que o ato pode ser praticado da forma que parecer mais adequada ao agente público, “a não ser que a lei imponha à Administração a obrigatoriedade de obediência a determinada forma”. Nestes casos, assim como naqueles em que a própria norma já estabelece a previsão de mais de uma forma possível para o atingimento da finalidade do ato, “existe discricionariedade quanto à forma”¹⁹⁵.

Com efeito, parece-nos difícil sustentar o caráter sempre vinculado atribuído à forma do ato administrativo diante de previsões legais como a contida no artigo 95 da Lei nº 14.133/21¹⁹⁶, em que a própria norma abre ao gestor um campo de escolhas quanto à forma a ser utilizada para a contratação pública, quando se estiver diante de algumas situações específicas previamente estabelecidas. Para além do rol proposto no caput do artigo 95 (“*a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço*”), o parágrafo segundo¹⁹⁷ abre ao gestor mais uma possibilidade de escolha, ao permitir o contrato verbal nas hipóteses de “*pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)*”.

Observe-se que, normativamente, nada há no dispositivo legal que obrigue o gestor a dispensar o instrumento de contrato e substituí-lo por “outro instrumento hábil”. Da mesma forma, para o caso de pequenas compras e serviços abaixo do valor estabelecido no parágrafo segundo do artigo 95, não há uma imposição do uso de “contrato verbal” naquelas hipóteses. A redação legal é clara ao atribuir ao gestor a *faculdade* de optar dentre as alternativas apresentadas na lei, abrindo-lhe, nas hipóteses elencadas, uma margem de escolha *discricionária*. Caso entenda pertinente no caso concreto, poderá o gestor *optar* por formalizar o instrumento de contrato mesmo diante das circunstâncias descritas na norma.

¹⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 16-17.

¹⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.p. 76-77.

¹⁹⁶ Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

¹⁹⁷ § 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

2.3.3 Finalidade

Quanto à finalidade, entendida como “o resultado que a Administração pretende alcançar com a prática do ato”, Maria Sylvia Di Pietro ressalta não haver consenso na doutrina brasileira quanto ao seu caráter vinculado ou discricionário¹⁹⁸.

Para Hely Lopes Meirelles a finalidade seria elemento vinculado pois não se admitiria “ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de suas finalidades específicas”, consistindo naquilo que a lei indicar, “explícita ou implicitamente”¹⁹⁹. Na mesma linha, sustenta Seabra Fagundes que não caberia ao administrador, no exercício da atividade administrativa, “ensejar consequências diversas das visadas pelo legislador”. Por conseguinte, a finalidade do ato deveria ser aferida “como aspecto da legalidade”, visando verificar se o agente público “agiu ou não com o fim previsto na lei”²⁰⁰.

Maria Sylvia Di Pietro distingue dois sentidos para a finalidade do ato administrativo, um amplo e outro específico. Com relação ao sentido restrito da finalidade, “que designa o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido em lei”, não seria possível falar em qualquer margem de discricionariiedade para o administrador. Neste caso, “a finalidade do ato é sempre vinculada pela lei”, sendo o legislador quem a define, explícita ou implicitamente, não deixando margem de opção para o agente administrativo.²⁰¹

Em relação ao sentido amplo, haveria unanimidade da doutrina quanto à vinculação da atuação administrativa ao interesse público. A divergência estaria no fato de que “para alguns, isso é suficiente para concluir que o ato administrativo é sempre vinculado quanto aos fins”. Para outros, contudo, restaria alguma discricionariiedade ao gestor público, uma vez que “a lei não estabelece critérios objetivos para identificar, no caso concreto, o que é de interesse público”²⁰². A discricionariiedade, a rigor, estaria na definição do que consiste o interesse

¹⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.

¹⁹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 151-152.

²⁰⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87-190+

²⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 80.

²⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariiedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 79.

público visado na norma, nem sempre explicitado de forma clara e precisa. Esta segunda linha de entendimento é a adotada pela autora, que sustenta haver discricionariedade quanto aos fins nas hipóteses em que o texto legal recorrer a conceitos jurídicos indeterminados para se referir à finalidade do ato a ser praticado.

Luís Manuel Fonseca Pires destaca que a divergência quanto ao caráter discricionário ou vinculado do elemento decorre do fato de que para parcela da doutrina os conceitos jurídicos indeterminados podem atribuir alguma margem de discricionariedade ao administrador. Este é exatamente o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, exposto acima. Por rejeitar “em absoluto qualquer intercâmbio entre competência discricionária e conceito jurídico indeterminado”, sustenta o autor, contudo, que “a finalidade — seja em sentido amplo ou em sentido estrito — é sempre vinculada”²⁰³.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto observa a correlação existente entre a finalidade do ato e a regra de competência. Esta última seria atribuída ao agente público especificamente para praticar o ato visando exclusivamente atingir a finalidade estabelecida na norma. Justamente por isso, defende que tanto a competência quando a finalidade, estritamente relacionadas, configuram elementos vinculados do ato administrativo²⁰⁴. Sem adentrar na questão dos conceitos indeterminados eventualmente presentes na norma atribuidora de competência, Moreira Neto entende que a finalidade constitui um “aspecto específico do interesse público, explícita ou implicitamente expresso”. A atividade da Administração Pública será legítima apenas e tão somente se obedecer à “destinação estritamente predisposta pela lei, que define um determinado *interesse público* específico a ser por ela satisfeito, outorgando a correlativa competência”.

2.3.4 Motivo

Com relação ao motivo do ato administrativo, compreendido como “as circunstâncias de fato e de direito que determinam ou autorizam a prática do ato administrativo”²⁰⁵, Maria

²⁰³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P 228.

²⁰⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 139 (grifo no original)

²⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 158.

Sylvia Zanella Di Pietro observa haver aparente consenso na doutrina quanto à possibilidade haja aqui discricionariedade²⁰⁶. Há divergência, contudo, em relação às hipóteses que ensejariam essa margem de escolha atribuída ao administrador.

O motivo seria vinculado quando a lei o descreva utilizando “noções precisas, vocábulos unissignificativos, conceitos matemáticos, que não dão margem a qualquer apreciação subjetiva”. Por outro lado, haverá discricionariedade quando “a lei não definir o motivo, deixando-o ao inteiro critério da Administração”, dando como exemplo a exoneração *ad nutum* do indivíduo nomeado para cargo em comissão. Outra hipótese de motivo discricionário ocorreria quando a lei utilizasse, para defini-lo, defini-lo “noções vagas, vocábulos plurissignificativos (os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*)”, abrindo para a autoridade administrativa a possibilidade de apreciar as circunstâncias do caso concreto “segundo critérios de valor que lhe são próprios”²⁰⁷.

Com relação à primeira hipótese, parece não haver muita controvérsia, de fato. Ressalta-se apenas a observação de Luís Manuel Fonseca Pires no sentido de que “é possível haver competência discricionária sobre a escolha de um entre variados fatos, mas o fato em si, o fato eleito, não comporta discricionariedade”. Uma vez escolhido um determinado fato como *causa eficiente do agir*²⁰⁸ da Administração Pública, “o fato escolhido pelo administrador vincula sua ação”. A discricionariedade estaria, então, na possibilidade conferida pela lei ao administrador de escolher um dentre diversos fatos como o motivo de sua atuação²⁰⁹.

Já com relação à segunda hipótese aventada por Di Pietro, observa-se a mesma dificuldade já identificada quando nos referíamos à possibilidade de haver discricionariedade quanto à finalidade do ato. Para aqueles que, como Luís Manuel Fonseca Pires, apartam discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, parece não se sustentar a tese no sentido de que o uso de “noções vagas” ou “conceitos plurissignificativos” pela lei ensejem ao administrador alguma liberdade de escolha.

Restaria, então, como hipótese de discricionariedade com relação ao motivo do ato, somente aqueles casos em que a legislação preveja expressamente uma pluralidade de situações concretas passíveis de fundamentar a ação administrativa.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 77.

²⁰⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 77-78

²⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 139.

²⁰⁹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 214-216.

2.3.5 Objeto

Por fim, tem-se o objeto do ato administrativo como “o efeito jurídico imediato que o ato produz”²¹⁰ ou, em outras palavras, “o resultado visado pelo ato, que será sempre a constituição, declaração, confirmação, alteração ou descontinuação de uma relação jurídica”²¹¹.

Assim como ocorre com relação ao motivo, é possível afirmar que existe algum consenso na doutrina quanto à possibilidade de discricionariedade aqui. Nesse sentido, Luís Manuel Fonseca Pires sustenta que é no conteúdo do ato administrativo, ou seja, seu objeto, que principalmente identifica-se a possibilidade de escolha dentre uma “pluralidade de decisões legítimas” que caracteriza a discricionariedade administrativa²¹².

Conforme leciona Di Pietro, a discricionariedade estará presente quando a norma “confere mera faculdade de agir e quando dá à Administração mais de uma opção para agir”²¹³. Com relação à primeira hipótese, menciona a autora a possibilidade de celebração ou não do contrato administrativo ao final do procedimento licitatório, “segundo razões de interesse público devidamente justificado”²¹⁴. O segundo caso ocorreria quando a norma contiver a previsão de “dois ou mais efeitos jurídicos possíveis (objetos), à escolha da Administração, segundo critérios puramente administrativos, ou seja, de oportunidade e conveniência”, como ocorreria nas hipóteses legais em que haja previsão de duas ou mais modalidades de penalidade como sanção para determinada infração²¹⁵.

2.4 Algumas reflexões sobre a análise segmentada dos elementos do ato administrativo

²¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

²¹¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p. 140.

²¹² Observe-se que o autor diferencia o conteúdo do ato (“sua declaração jurídica”) do objeto (“o bem sobre o qual recai a declaração”), mas esta diferenciação terminológica não traz maiores consequências neste momento. PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p 212.

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 75

²¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 75.

²¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 74.

Para uma parcela da doutrina, a subdivisão do ato administrativo em cinco elementos pouco tem contribuído no desenvolvimento teórico da discricionariedade e do controle exercido pelos tribunais. Para Andreas Krell a tradicional forma de análise da legalidade do ato administrado pode ser “talvez até responsável pela generalizada e indevida simplificação ("ato vinculado x ato discricionário") do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo”²¹⁶.

Por outro lado, conforme já mencionado linhas acima, há quem sustente que a análise fragmentada do ato administrativo proporcionou um gradativo avanço no controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário no Brasil²¹⁷, ao abrir novas frentes para a revisão judicial dos atos administrativos a partir da importação de diversas teorias como o desvio de poder, o desvio de finalidade e os motivos determinantes.

Pensamos ser possível conciliar, de certa maneira, as duas visões aparentemente conflitantes, se considerarmos a *nova* dogmática como uma evolução da *tradicional*.

As teorias que se desenvolveram a partir dessa análise fragmentada dos elementos do ato (em especial, o abuso ou desvio de poder, desvio de finalidade e motivos determinantes), inegavelmente proporcionaram a gradativa ampliação e aprofundamento da revisão jurisdicional das decisões administrativas. A utilização de princípios jurídicos como parâmetro de juridicidade dos atos administrativos veio, ainda, para compatibilizar esse controle exercido pelo Judiciário ao novo ordenamento constitucional.

Para a doutrina *tradicional*, o estágio alcançado seria suficiente para um controle efetivo da Administração Pública que atenda aos reclamos de um Estado Democrático de Direito, mantendo-se em equilíbrio a proteção dos direitos individuais, de um lado, e a legitimidade política e eficiência da atividade administrativa, de outro.

Já para *nova* dogmática, estes avanços seriam insuficientes para o atual estágio do Estado Democrático de Direito. Mais do que isso, esse “fracionamento artificial” teria como resultado imunizar os elementos finalidade e objeto de uma adequada apreciação judicial. Propõe-se, então, uma releitura do ato administrativo e de seu controle partindo do

²¹⁶ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25.

²¹⁷ JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 24-25.

reconhecimento da “decadência da teoria dos elementos do ato administrativo”²¹⁸ e sugerindo uma análise mais global da atividade administrativa, com o objetivo de superar a dicotomia “ato vinculado x ato discricionário”. Pretende-se, assim, contornar a “incontrolabilidade das escolhas discricionárias da Administração Pública”²¹⁹ que ainda persiste, diante da predominância de teorias que obstaculizam a análise de parcelas essenciais da atividade administrativa pelo Judiciário.

Parece oportuno ressaltar que, não obstante reinar de forma quase absoluta no direito brasileiro desde o começo do século XX, o desenvolvimento teórico que busca segmentar o ato administrativo e identificar em cada um deles a possibilidade ou não de escolhas discricionárias pelo gestor não encontra muita uniformidade doutrina nacional.

Como se demonstrou, para cada um dos cinco elementos é possível indicar algum grau de controvérsia quanto à presença da discricionariedade. Talvez a única exceção à profusão de divergências conceituais seja, efetivamente, a competência.

Como bem sintetizado por Marcos Perez, os “autores brasileiros não são uniformes na aproximação ou no tratamento do tema, mas são muito parecidos”²²⁰. Ocorre que essas “pequenas diferenças” têm consequências relevantes no desenvolvimento prático da questão, impactando “diretamente na maior ou menor capacidade de controle jurisdicional (via invalidação) dos atos praticados pela Administração”²²¹, sejam estes vinculados ou discricionários.

O questionamento que se extrai, neste momento, é se a determinação da presença da discricionariedade em tal ou qual elemento do ato administrativo representa um parâmetro seguro para delimitar o grau de intervenção de um Poder do Estado nos afazeres de outro. Observe-se que não se questiona a presença ou não de discricionariedade em tal ou qual elemento do ato (o que por si só já representa um objeto específico de estudo). A questão ora levantada refere-se à viabilidade, ou adequação, de se utilizar um parâmetro tão controvertido para servir de limites ao controle judicial sobre a administração pública.

²¹⁸ BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. In *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 759.

²¹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. In *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 748.

²²⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 113.

²²¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 114.

Sendo um dos principais vetores do Direito assegurar segurança jurídica para as relações sociais, esta parece-nos uma questão relevante, em relação à qual a dogmática *tradicional*, apesar de apresentar consistência teórica suficiente para sobreviver por quase um século, começa a sofrer certo desgaste diante da incompatibilidade com alguns conflitos que vêm despontando na complexa realidade prática contemporânea.

3 DISCRICIONARIEDADE, MÉRITO, CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS, DISCRICIONARIEDADE TÉCNICA E INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

Alguns conceitos essenciais para a compreensão do controle judicial da discricionariedade administrativa são, ainda hoje, objeto de profunda controvérsia na doutrina nacional. Propõe-se, neste capítulo, destrinchar algumas destas discussões para uma melhor compreensão da evolução do tema no direito brasileiro.

3.1 Discricionariedade e Mérito do Ato Administrativo

3.1.1 Discricionariedade

3.1.1.1 Discricionariedade como poder e arbitrariedade

Uma primeira observação pertinente a respeito do conceito de discricionariedade é o esforço praticamente unânime na doutrina para afastá-la de qualquer acepção autoritária. Já desde os anos de 1950 era possível identificar a “clara hegemonia” do entendimento segundo o qual discricionariedade e arbitrariedade não se confundem²²².

Hely Lopes Meirelles, já esclarecia que “poder discricionário não se confunde com poder arbitrário”, descrevendo-o como aquele atribuído pelo Direito ao agente administrativo, “de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”²²³. O parâmetro utilizado para diferenciar a discricionariedade da arbitrariedade era, justamente, a adequação do agir administrativo à lei (a

²²² PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 117.

²²³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 118.

primeira seria a atuação “dentro dos limites permitidos em lei”, ao passo que a segunda seria a “ação contrária ou excedente da lei”²²⁴, sempre ilegítima e inválida).

Parece seguro afirmar que a concepção de Administração Pública acolhida por Hely Lopes Meirelles nos anos 1960 distancia-se consideravelmente do ideal contemporâneo de um Estado de Direito efetivamente democrático. Do conjunto da obra do administrativista é possível extrair “a compreensão pré-jurídica da subordinação do cidadão ao Estado e a seu poder”, bem como “a superioridade do ente coletivo sobre os indivíduos”²²⁵, que pode ser sintetizada na ideia de que “só os órgãos executivos é que estão, em muitos casos, em condições de sentir e decidir administrativamente que convém e o que não convém ao interesse público”²²⁶.

Apesar do cariz mais autoritário reconhecido à Administração Pública, fica evidente a preocupação em apartar *poder* discricionário e arbitrariedade, repousando na lei os limites da atuação administrativa legítima. Além disso, a noção de instrumentalização dos poderes administrativos, “instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas”²²⁷ reforça a tentativa de trazer a atuação estatal para dentro do direito.

Contemporâneo de Hely, Caio Tácito conceituava o poder discricionário como uma “faculdade concedida à administração de escolher o objeto e a forma do ato administrativo”, recorrendo à “apreciação do valor dos motivos existentes”, ressalvados os casos em que todos os elementos já viessem “preestabelecidos na lei”. O equilíbrio entre ampla liberdade de agir e vedação do arbítrio encontrava-se, mais uma vez, no papel da lei como fator delimitador do campo de atuação legítimo da Administração Pública. A autoridade administrativa atuaria “sob um regime de liberdade vigiada”, cabendo à legalidade o “patrulhamento das fronteiras”: agindo em “benefício do interesse público”, a Administração poderia tudo fazer, “salvo aquilo que ofenda à lei”²²⁸.

A tentativa de equilibrar uma concepção da Administração Pública como tutora (quase) soberana dos interesses da sociedade, sem desbancar para a arbitrariedade, fica evidente também na lição de Themístocles Brandão Cavalcanti, que acolhe um conceito relativamente sintético de poder discricionário: “a determinação, ou a capacidade de determinação do sentido

²²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 119.

²²⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Edição do Kindle. posição 294.

²²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 120.

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 116.

²²⁸ TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas: Rio de Janeiro, 1959. p. 26-28.

de uma noção deixada imprecisa pela lei”, cabendo ao administrador escolher “entre as diversas soluções, a melhor ou a que fôr julgada melhor, por motivos de conveniência, de oportunidade, de interesse público”. Como a autoridade administrativa representava “o perito do interesse público, da salvação pública, ou da razão de Estado”, impunha-se-lhe o dever de fundamentar e justificar o ato administrativo “com motivos que contrariam a idéia do puro arbítrio e discricção”²²⁹.

Mesmo demarcando as diferenças entre o uso legítimo do poder discricionário e o exercício arbitrário do poder estatal (o primeiro, sempre dentro do direito, ao passo que o segundo não possui respaldo no ordenamento jurídico), fica evidente nos conceitos apresentados a concepção de uma Administração Pública em patamar de superioridade em relação ao administrado. Ainda que não arbitrário, tratava-se do exercício *legítimo* de um *poder*, representando a ascendência do Estado sobre o cidadão. O direito administrativo serviria, ainda, como instrumento para o exercício desse poder, como forma de trazê-lo para dentro do ordenamento jurídico. A verticalidade na relação Estado-cidadão era tida como natural, e a preocupação girava em torno de evitar que essa verticalidade desbordasse para o exercício desregrado e arbitrário do poder estatal.

3.1.1.2 Discricionariiedade como *dever-poder*

A próxima etapa no desenvolvimento teórico do conceito de discricionariiedade tem relação com o processo de redemocratização do país, que se inicia um pouco antes da promulgação da Constituição da República em 1988 e se estende ao longo da última década do século XX²³⁰. Nesta fase, autores que iniciaram seus estudos a partir dos anos 1950 partem da diferenciação entre discricionariiedade e arbitrariedade como premissa pré-estabelecida, para assumir papel fundamental na evolução do direito administrativo brasileiro²³¹.

²²⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970. p. 2-6.

²³⁰ Luís Manuel Fonseca Pires identifica já nos escritos de Rui Cirne Lima na década de 1970 um indício de superação da discricionariiedade como mera potestade estatal. Ao assinalar que a competência configura “a medida do poder que a ordem jurídica assinala a uma determinada pessoa”, fica evidente o propósito de conformar o exercício de potestades estatais ao Direito. Parece-nos, contudo, que essa perspectiva de contenção do Estado pelo Direito já era identificável. LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo. Malheiros. 1962. p. 139; PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariiedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 151

²³¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariiedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 123.

Celso Antônio Bandeira de Mello foi um dos autores que mais se destacaram nesta cruzada pela redução do autoritarismo estatal no Direito Administrativo. Destaca-se, por exemplo, seu posicionamento contrário ao uso da expressão “poder discricionário”, que seria um reflexo da equivocada prática de se “articular os institutos do direito administrativo [...] em torno da ideia de poder, quando o correto seria articulá-los em torno da ideia de dever, de finalidade a ser cumprida”²³². Para o autor, referido poder seria eminentemente *instrumental*, necessário para o cumprimento do “dever de alcançar a finalidade legal”. Daí vem a noção de discricionariedade como “dever-poder”²³³, buscando com isso distanciar a atuação discricionária de uma concepção autoritária da Administração Pública, em direção a um modelo de Estado cada vez mais sujeito aos limites impostos pela legalidade²³⁴.

Tratando especificamente do conceito de discricionariedade, Celso Antônio procura deixar clara na definição proposta a perspectiva do dever público de atender à finalidade legal. Seria a discricionariedade

a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente

Celso Antônio abarca em seu conceito todos os elementos chave necessários para delimitar a discricionariedade administrativa: a exigência de verificação do caso concreto para definir se há ou não discricionariedade na hipótese analisada, posto que a mera previsão da possibilidade de escolhas no plano normativo não assegura que esta abertura estará necessariamente presente no momento da aplicação da lei²³⁵; o “dever de boa administração”, que impõe ao gestor a obrigação de buscar o atendimento da finalidade legal da melhor forma possível, pois a lei “sempre impõe o comportamento ótimo”²³⁶; e a delimitação de uma *margem* dentro da qual desfruta a Administração de “uma certa *liberdade*”, desde que faça uso de “critérios consistentes de razoabilidade”, e que impõe ao controle judicial dos atos

²³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p.14.

²³³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *Discricionariedade Administrativa*, Revista Trimestral de Direito Público, n. 60. p.107.

²³⁴ Em sentido semelhante, JUSTEN Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle. Cap. 4.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 37-44.

²³⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p.32-45.

administrativos *certos limites* dentro dos quais “a atuação administrativa é incensurável”, não se podendo falar em direito subjetivo oponível à ação estatal²³⁷.

Esta configuração da discricionariedade como o *poder* de formular escolhas dentro de uma “margem de liberdade” conferida pela lei, segundo *critérios razoáveis*, no momento da aplicação da norma ao caso concreto, é comum à quase unanimidade dos autores neste período. É bem verdade que o uso da locução “poder discricionário” vem paulatinamente caindo em desuso, sendo possível observar uma tendência à utilização de outras expressões, como *atuação discricionária* ou *atividade discricionária*. De fato, parece adequado afirmar que hoje a expressão *poder discricionário* “é mantida por mera tradição, e não por acerto jurídico ou técnico”²³⁸.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a discricionariedade seria uma *faculdade* atribuída à Administração pela lei para, diante do caso concreto, “escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito”, segundo critérios de conveniência e oportunidade²³⁹.

Na mesma linha segue Odete Medauar, para quem a discricionariedade configura-se como uma “faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis”, que somente poderá ser exercida “com base na atribuição legal, explícita ou implícita, desse poder específico a determinados órgãos ou autoridades”. Remanescendo sempre ao administrador uma “margem livre de apreciação da conveniência e oportunidade de soluções legalmente possíveis”, sujeita-se o exercício da competência discricionária “a uma rede de princípios que asseguram a congruência da decisão ao fim de interesse geral”²⁴⁰.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a seu turno, ressalta o caráter instrumental da discricionariedade, descrevendo-a como uma “técnica” que habilita o agente administrativo a definir um conteúdo de conveniência e oportunidade que venha a “constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade”²⁴¹.

Nestes últimos conceitos apresentados já se nota um certo descolamento nas definições de discricionariedade da noção de *poder* estatal. O direcionamento da atividade estatal à

²³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 25. Grifos no original.

²³⁸ FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.p. 562.

²³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 62.

²⁴⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22ª. ed. rev., atual. e amp.- Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 112-114.

²⁴¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 46.

consecução da finalidade prevista na lei já representava, ao menos desde a metade do século XX, o elemento que diferenciava a discricionariedade legítima da arbitrariedade ilegítima.

Mas somente nesta segunda fase do desenvolvimento teórico que a discricionariedade se desprende da noção de exercício de poder para ser enxergada como forma de bem executar os deveres impostos à Administração²⁴². Em outras palavras, antes tida como um “poder de escolha”, passa a ser encarada como um “dever de (melhor) escolha”, para a (eficiente) realização das finalidades legalmente impostas à atividade administrativa.

3.1.1.3 Discricionariedade e ascensão dos princípios

Para a nova onda do direito administrativo desenvolvida ao final dos anos 1990 e começo dos anos 2000 o interesse parece ter-se deslocado em direção ao controle dos atos discricionários, em especial pelo Poder Judiciário. O conceito de discricionariedade, em si, pouco muda. A doutrina volta seus esforços para a delimitação adequada do campo de atuação de cada Poder do Estado.

Juarez Freitas, por exemplo, tal qual Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ressalta o caráter instrumental da discricionariedade, conceituando-a não como um poder, mas como uma técnica decisória, um “expediente operacional” que o Legislador optou por atribuir ao Administrador para “otimizar a prática administrativa”, impondo, por outro lado, o dever de motivação das escolhas “com probidade e correção técnica”²⁴³.

Também em Juarez Freitas é possível vislumbrar como a fronteira anteriormente estabelecida pela doutrina entre atuação vinculada e discricionária da administração pública começa a tornar-se cada vez menos clara, diante da crescente influência dos princípios na determinação do agir administrativo. Referindo-se a uma “discricionariedade vinculada a princípios e direitos fundamentais” como a única possível, Juarez Freitas não chega a descartar a classificação tradicional dos atos administrativos a partir da “maior ou menor liberdade do

²⁴² Lúcia Valle Figueiredo, por exemplo, apresenta um conceito que aproxima-se muito daquele enunciado por Celso Antônio Bandeira de Mello, ao destacar tratar-se não de um poder, mas de uma “competência-dever” atribuída ao agente para, no caso concreto, “valorar, dentro de critério de razoabilidade e afastado de seus próprios standards ou ideologias - portanto, dentro de critério da razoabilidade geral - dos princípios e valores do ordenamento”, a melhor forma de atender à finalidade disposta na lei. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 211

²⁴³ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 151.

agente público”, mas observa que a “antiga distinção entre atos vinculados e discricionários não desaparece, mas é fortemente abrandada”²⁴⁴.

Sustentando de forma mais enfática a necessidade de superação da tradicional dicotomia “atos vinculados X atos discricionários”, pode-se extrair da obra de Gustavo Binbenbom um conceito de discricionariedade a partir da definição dos chamados “atos vinculados diretamente por princípios” (que seriam impropriamente denominados “atos discricionários”). Na ausência de “regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa”, caberia ao administrador, diante de um conjunto de opções “jurídica e materialmente disponíveis”, a *tarefa* de optar pela que “melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência (constitucional, legal ou regulamentar)”. Atribui-se ao gestor o dever de adotar, segundo “critérios racionais”, a providência que produza “a melhor solução” no caso concreto²⁴⁵.

Mais uma vez, ficam demarcados os elementos centrais da discricionariedade: o direito como delimitação da liberdade de escolha atribuída ao gestor (“opções *juridicamente* disponíveis) e a pretensão de atingimento da finalidade legal da melhor forma possível no caso concreto. Começa a ganhar mais projeção, por outro lado, a exigência de que as escolhas administrativas atendam a parâmetros de razoabilidade (critérios *racionais*).

Germana de Oliveira Moraes também adota postura crítica à categorização dos atos administrativos meramente em vinculados e discricionários, sustentando a necessidade de se abandonar “a antiga concepção de discricionariedade, plasmada sob a égide do direito por regras”. A “impropriedade do uso do fator legalidade” para delimitar a discricionariedade diante de um contemporâneo “Direito por princípios” impõe a necessidade de “reequacionar discricionariedade e lei”. Sugere, então, a redefinição do conceito de discricionariedade, “outrora plasmada em função da legalidade, agora, em função do Direito, ou seja, da juridicidade”²⁴⁶.

A partir destas premissas, define discricionariedade como “a margem de liberdade de decisão, conferida ao administrador pela norma de textura aberta”, tendo como finalidade a concretização do interesse público indicado na lei, “mediante a ponderação comparativa dos

²⁴⁴ FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed., rev. e amp, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 349.

²⁴⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro, Renovar. 2006. p. 229. Como já dizia Celso Antônio Bandeira de Mello, “a lei sempre impõe o comportamento ótimo”, nascendo a discricionariedade justamente do propósito “de que só se tome a providência excelente”, não se aceitando do administrador “outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª Ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 32/35

²⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 44.

interesses envolvidos no caso específico”²⁴⁷. Vislumbra-se aqui um importante distanciamento de uma concepção de legalidade como vinculação do ato à finalidade prevista na lei, diante da abertura da possibilidade de ponderação do interesse público *indicado na lei* com os demais interesses que emanem do caso concreto.

Há uma relativização da lei como parâmetro de excelência para a aferição da validade do ato administrativo, que passa a ser escrutinado tomando como referência sua compatibilidade com o ordenamento jurídico como um todo. Em outras palavras, migra-se da legalidade para a juridicidade como padrão de legitimidade da atividade estatal.

3.1.2 O mérito do ato administrativo

Germana de Oliveira Moraes observa não ser unânime na doutrina brasileira a distinção entre discricionariedade e mérito administrativo, havendo na realidade uma tendência em “reconduzir as lindes da discricionariedade aos confins do mérito, traduzível na ‘conveniência e oportunidade do ato’”²⁴⁸.

De modo semelhante, Diogo de Figueiredo Moreira Neto já denunciava uma certa confusão na doutrina estrangeira a respeito da relação entre discricionariedade e mérito, que ora eram considerados sinônimos, ora causa e efeito um do outro²⁴⁹.

Apesar de alguma controvérsia, parece-nos possível identificar, ao menos na doutrina nacional, uma forte tendência na conceituação do mérito como o resultado do exercício de competências discricionárias, ou, nas palavras do próprio Diogo de Figueiredo, “o conteúdo das considerações discricionárias da Administração quanto à oportunidade e conveniência de praticar” um determinado ato²⁵⁰. Odete Medauar, por exemplo, seguindo esta tendência, define-o como a expressão do “juízo de conveniência e oportunidade de um ato ou decisão” realizados pela autoridade administrativa no exercício de competências discricionárias²⁵¹.

²⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 48.

²⁴⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p 52-53.

²⁴⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p 45.

²⁵⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 14ª ed. 2006. p 206.

²⁵¹ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in *Discricionariedade Administrativa*, coord. GARCIA, Emerson. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2005. p.80.

Atribui-se a Miguel Seabra Fagundes, “jurista que primeiro desenvolveu o tema com profundidade”²⁵², a difusão da qualificação do mérito como a dimensão política do ato administrativo, que por muito tempo predominou na doutrina nacional. Compreenderia ele os aspectos do ato administrativo relacionados “ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc.”, que traduzem o “sentido político do ato administrativo” e estão relacionados a “normas de boa administração”, razão pela qual, conseqüentemente, seria “de atribuição exclusiva do Poder Executivo”, vedado ao Poder Judiciário apreciá-lo no exercício do controle jurisdicional²⁵³.

Em outra oportunidade, Miguel Seabra Fagundes ressaltou a importância decisiva de se estabelecer um conceito para o mérito do ato administrativo, uma vez que sua discriminação representaria uma área de isenção do controle jurisdicional. Em última análise, a definição do mérito administrativo serviria para “delimitar, a determinado ângulo, o âmbito desse controle sobre a Administração Pública”. Reiterando a noção de mérito como o “sentido político do ato administrativo”, pontua que compreenderia “os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade, etc., de cada procedimento administrativo”, aspectos estes resumidos por muitos autores no binômio oportunidade e conveniência²⁵⁴.

A crucial dificuldade de tornar o conceito mais preciso e operacionalizável foi reconhecida pelo próprio Seabra Fagundes, após ressaltar não ser sempre fácil a identificação do mérito. Observa que “se é difícil identificá-lo em espécie, mais embaraçoso ainda o é caracterizá-lo a priori, ou seja, mediante critério genérico”, por tratar-se de questão localizada na zona fronteira entre o direito e o “campo extra-jurídico das indagações políticas”²⁵⁵.

Hely Lopes Meirelles, de forma similar, ressaltou também a dificuldade de estabelecer um conceito fixo para o mérito administrativo. Em uma tentativa de delimitar seu conteúdo, definiu-o como a valoração dos motivos e a escolha do objeto realizadas pela autoridade administrativa competente, “quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar”²⁵⁶.

²⁵² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 53.

²⁵³ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm – Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 179/181.

²⁵⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo, v. 23, 1951. p. 1-2.

²⁵⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo, v. 23, 1951. p. 2-3.

²⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 154-155.

Para Caio Tácito, o mérito seria a “indagação da oportunidade e conveniência do ato, a zona livre em que a vontade do administrador decide sôbre as soluções mais adequadas ao interesse público”. Correlacionando mérito e discricionariedade, afirma que o primeiro seria “a sede do poder discricionário do administrador, que se orienta por critérios de utilidade”²⁵⁷.

Celso Antônio Bandeira de Mello propõe um extenso conceito, no qual sobrepõe as definições de mérito e discricionariedade, também recorrendo à fórmula do binômio “conveniência e oportunidade”. O mérito seria, “o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto”, onde o administrador, sempre “tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal”, deve decidir sobre duas ou mais opções, todas conforme ao direito, “segundo critérios de conveniência e oportunidade”²⁵⁸.

Seguindo a mesma trilha, Maria Sylvia Zanella di Pietro afirma que o poder discricionário seria exercido “sempre que a Administração possa apreciar e valorar subjetivamente o interesse público”, correspondendo esta apreciação e valoração ao que a autora denomina “zona do mérito”²⁵⁹. Constituindo uma “qualidade típica do ato administrativo”, o mérito relaciona-se com a “conveniência, utilidade, adequação aos fins de interesse público, gerais e especiais, que se pretendem alcançar” com sua prática. Define-o, então, como os “aspectos do ato administrativo relacionados basicamente com o princípio da oportunidade e conveniência, em face do interesse público a atingir”²⁶⁰.

Finalmente, Germana de Oliveira Moraes coloca o mérito no núcleo da discricionariedade, “por ser a lídima expressão da autonomia administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário”²⁶¹. Consistira ele “nos processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras nem por princípios, mas por critérios não positivados”. Tais critérios seriam, mais uma vez, a conveniência e oportunidade do ato administrativo, que representam, “em síntese, a idoneidade do ato para concretizar o interesse público”.

²⁵⁷ TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas: Rio de Janeiro, 1959. p. 26-27.

²⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 38.

²⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 129.

²⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 128-131.

²⁶¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

Pode-se constatar que a doutrina, com algumas pequenas variações, reconduz o debate sobre o conceito do mérito do ato administrativo à tradicional fórmula do juízo de conveniência e oportunidade que se abre ao administrador no caso concreto. Caberia ao gestor, em determinadas hipóteses, exercer tal juízo à luz de princípios como a racionalidade e a proporcionalidade, sempre com vistas ao melhor atingimento da finalidade legal.

Mesmo que a doutrina mais contemporânea evite referir-se ao mérito expressamente como “a dimensão política” do ato administrativo, é possível identificar que o núcleo central da expressão utilizada por Miguel Seabra Fagundes remanesce até os dias de hoje, uma vez que “a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário”²⁶².

Aparentemente, a principal diferença entre o posicionamento de Seabra Fagundes e doutrinas mais modernas, como as de Maria Sylvia Zanella Di Pietro ou Germana de Oliveira Moraes, consiste muito mais na extensão do que se deve entender por mérito, do quanto estaria abarcado pela “zona do mérito”, do que em alguma diferença essencialmente conceitual. Tanto é assim que Di Pietro explica a expansão “do controle judicial sobre aspectos antes considerados como abrangidos pelo conceito de mérito” como resultado de uma “sensível redução do mérito do ato administrativo” em razão do deslocamento de alguns destes aspectos para o campo da legalidade. A essência do mérito, seu aspecto *político* insindivível pelo Poder Judiciário, remanesce²⁶³.

3.2 Conceitos jurídicos indeterminados e interpretação jurídica

3.2.1 O surgimento e desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Alemanha

Como bem ponderou Marcos Augusto Perez, “a discricionariedade se forma a partir do modo de edição ou de redação dos textos legais”. Em algumas oportunidades “a lei regula minuciosamente o comportamento da autoridade pública perante uma situação prevista”. Em

²⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 137.

²⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 135.

outras, contudo, transfere-se “a escolha do modo de agir ao juízo de conveniência e oportunidade do órgão administrativo”²⁶⁴.

Andreas Krell observa que os casos em que a lei consegue utilizar-se de conceitos objetivos e plenamente determinados são raros, e pondera que a indeterminação do conceito muitas vezes se revela apenas no caso concreto, “quando uma acurada interpretação não permite que se chegue a uma única solução”²⁶⁵. Adverte o autor, contudo, que a impossibilidade de identificação apriorística da integralidade das hipóteses enquadráveis em um conceito legal indeterminado não deve levar a um ceticismo radicalizado, a um “*nilismo conceitual* e à descrença total na programação das decisões administrativas pelo legislador democraticamente legitimado”²⁶⁶.

Quais seriam, então, os limites interpretativos dos conceitos jurídicos indeterminados? Quais seriam os casos de mera interpretação e quando haveria legítima *margem decisória* atribuída ao administrador? Esta questão revela-se essencial à medida em que se recorda que, tratando-se de uma questão de *mera interpretação* jurídica, atividade ordinariamente exercida pelos tribunais, não haveria maiores dificuldades em reconhecer a legitimidade do controle judicial da *interpretação jurídica* levada a efeito pelo administrador. Em se tratando, contudo, de uma hipótese de abertura de um campo para escolhas pela autoridade administrativa, as dificuldades quanto aos limites da revisão judicial das escolhas discricionárias retornam.

As controvérsias sobre a forma como se relacionam discricionariedade, interpretação jurídica e conceitos jurídicos indeterminados origina-se do embate travado no final do século XIX entre as teorias desenvolvidas por dois autores austríacos, Bernatzik e Tezner. Posteriormente, o debate se desenvolveu de modo mais profícuo na Alemanha ao longo do século XX. O ponto central de divergência entre as teses de Bernatzik (1886) e de Tezner (1888), residia na possibilidade, ou não, de controle judicial sobre a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados pelo administrador no caso concreto.

Para Bernatzik, os conceitos jurídicos indeterminados seriam uma forma do legislador atribuir competências discricionárias ao administrador, facultando-lhe assim “a possibilidade de adotar uma decisão conforme as suas próprias valorações técnicas, de modo que a aplicação

²⁶⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 38.

²⁶⁵ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p 20.

²⁶⁶ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p 21.

desse conceito não seria apreciável judicialmente”²⁶⁷. Tezner, por sua vez, “assaz combatente dos conceitos discricionários, por entendê-los como contrários à concepção do Estado de Direito”, sustentou que tais conceitos indeterminados, “quando confrontados com a situação fática que lhes serviria de amparo, permitiam a obtenção de uma única solução possível”²⁶⁸.

A partir das teses propostas pelos dois autores austríacos, a doutrina alemã desenvolveu as chamadas teorias da multivalência, segundo a qual “a interpretação e a aplicação dos conceitos legais indeterminados conduziram a várias decisões corretas”, enquadrando-os como mais uma hipótese de discricionariedade, e da univocidade, sustentando que “somente existiria uma única solução certa: nesta hipótese, se enquadrariam os conceitos jurídicos indeterminados no campo da vinculação”²⁶⁹.

Andreas Krell narra que, inicialmente, a teoria da univocidade angariou ampla aceitação na Alemanha, possibilitando o avanço da revisão judicial das decisões administrativa. Isso não impediu que paulatinamente fossem desenvolvidos “limites cada vez mais rígidos para o controle judicial das decisões administrativas”, argumentando-se que alguns tipos de conceitos legais “abririam espaço para a ‘atitude individual’ da Administração”. A partir daí surgiu a “doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados”, que deixaram de ser considerados uma “expressão da discricionariedade” e passaram a ser “plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário mediante *interpretação*”²⁷⁰.

O trauma da experiência nazista, que erradicara o controle judicial dos atos administrativos enquanto o regime estava em vigor, levou a uma considerável redução do poder discricionário após a queda do regime totalitário. Tanto a doutrina, quanto a jurisprudência passaram a acolher “amplamente a linha de que o emprego de conceitos indeterminados numa hipótese legal não atribuía qualquer discricionariedade”²⁷¹ ao administrador. Após o hiato nazista, o controle judicial das decisões administrativas torna a aumentar.

Ressalta Krell que essa distinção entre discricionariedade e conceitos indeterminados, entre poder discricionário e interpretação, desenvolvida na Alemanha a partir da segunda

²⁶⁷ CARDOZO, José Eduardo Martins. *A Discricionariedade e o Estado de Direito* in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed Lumen Juris. 2013. P. 68.

²⁶⁸ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 77-78.

²⁶⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 72.

²⁷⁰ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 30.

²⁷¹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 30.

metade do século XX, não se fez sentir no resto da Europa nem nos Estados Unidos. “Aquilo que em outros sistemas foi considerado discricionariedade, na doutrina alemã passou a ser visto como hipótese de interpretação legal, passível de pleno controle do Judiciário”²⁷².

Com efeito, o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Alemanha, ao menos até a metade do século XX, teve como finalidade primordial o estreitamento da *margem de livre apreciação* reconhecida ao gestor público na discricionariedade administrativa. Ao se vislumbrar nos conceitos indeterminados uma questão de mera interpretação jurídica, abriu-se a possibilidade de ampla revisão pelo Poder Judiciário das decisões Administrativas quando a aplicação da lei no caso concreto envolvesse a definição de sentido de tais conceitos indeterminados.

Se o processo de concretização dos conceitos jurídicos indeterminados envolvia apenas um *mero* “raciocínio jurídico-lógico”, razoável então que estivessem “sujeitos ao controle jurisdicional pleno”²⁷³. Este “controle estrito” da aplicação dos conceitos indeterminados pelas autoridades administrativas atribuiu “aos tribunais um extenso poder de substituição das valorações efetuadas pela Administração”²⁷⁴.

Segundo relata Gustavo Binbenbojm, a partir dos anos 1970, constata-se na Alemanha que “a teoria da plena sindicabilidade dos conceitos indeterminados” acabou culminando em uma “excessiva e indesejável judicialização da atividade administrativa”²⁷⁵. Isso levou a doutrina alemã a buscar alternativas entre os extremos das teorias desenvolvidas no começo do século XX.

A teoria da univocidade, que inicialmente prevaleceu²⁷⁶ na Alemanha e atingiu seu apogeu no período imediatamente ao pós-guerra, começa então a enfrentar alguma resistência, especialmente a partir do desenvolvimento da “doutrina da margem de livre apreciação”, cujo principal expoente foi Otto Bachof. Sustentava Bachof que a aplicação de conceitos indeterminados atribuía ao administrador uma “margem de livre apreciação”, dentro da qual lhe caberia “apreciar, subjetivamente” as alternativas decorrentes da aplicação do conceito

²⁷² KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 34.

²⁷³ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.78.

²⁷⁴ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*, 2. ed. rev., atual. e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 34.

²⁷⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 214.

²⁷⁶ Segundo narra Germana de Oliveira Moraes, “de modo quase unânime”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 73.

jurídico indeterminado, aplicando a que lhe parecesse mais conveniente ao interesse público. Essa perspectiva afastava o controle jurisdicional pleno, considerando que a questão da aplicação de tais conceitos não se reduziria à *mera* interpretação jurídica²⁷⁷.

Em seguida a esse movimento pela contenção da atuação do Poder Judiciário, veio nova onda renovando a defesa da amplitude do controle, surgindo variadas críticas às teorias que o restringiam, em especial na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Obteve destaque a oposição sustentada por Hans Rupp, para quem a vinculação da Administração à lei seria plena, bem como “sua subordinação no que concerne à interpretação e aplicação de conceitos legais indeterminados, a um controle jurisdicional igualmente total”²⁷⁸. Defendendo o “ideal da atuação administrativa totalmente vinculada à lei”, Rupp sustentou que as teorias que admitiam a existência de discricionariedade administrativa no processo de interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados representavam um retrocesso aos “ideais consagrados com o Estado Democrático de Direito, que sujeitava toda atuação administrativa a controle jurisdicional ilimitado”²⁷⁹.

Segundo Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Cançado, predomina atualmente na doutrina e jurisprudência alemãs “o ideal da vinculação total dos conceitos jurídicos indeterminados à lei”, autorizando o controle jurisdicional pleno sobre a interpretação e aplicação destes pela Administração Pública²⁸⁰.

Em sentido diverso, observa Andreas Krell que, “apesar do Tribunal Federal Administrativo (BVerwG) e dos doutrinadores de peso que ainda mantêm a linha tradicional (embora com algumas ressalvas)”, na última década do século XX e nos primeiros anos do século XXI “cresceu consideravelmente o número de autores germânicos que não aceitam mais a distinção rígida entre conceitos indeterminados e discricionariedade”, sendo possível até que já representem o posicionamento majoritário²⁸¹.

²⁷⁷ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 79.

²⁷⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 74.

²⁷⁹ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 79.

²⁸⁰ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 81.

²⁸¹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 34-35.

3.2.2 A recepção da teoria no Brasil

Apenas a partir da década de 1990 o tema passou a ser estudado com maior profundidade no Brasil²⁸². À semelhança do que ocorreu na Alemanha, a doutrina nacional também se dividiu em dois grandes grupos: (i) uma parcela da doutrina defendendo que conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade representam categorias completamente apartadas; e (ii) outro grupo sustentando que o uso de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador pode eventualmente abrir para a Administração Pública campos para o exercício de escolhas discricionárias.

3.2.2.1 A distinção “forte” – Os conceitos jurídicos indeterminados e a “única solução justa”

O primeiro grupo, que defende uma distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados, tem como fonte de inspiração, além da doutrina alemã que sustenta a univocidade dos conceitos indeterminados, a influência do pensamento de Eduardo García de Enterría.

A questão dos conceitos indeterminados fora introduzida na Espanha pelas mãos de Eduardo García de Enterría através de um artigo de 1962 intitulado *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo; poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos*. Partindo da estrita vinculação da atividade administrativa à lei, García de Enterría fundamenta-se na doutrina alemã então prevalecente para desenvolver sua teoria dos conceitos jurídicos indeterminados “como mecanismo de controle à discricionariedade, mas sem qualquer semelhança com esta”²⁸³.

Subdividindo o conceito indeterminado em zona de certeza positiva, zona de certeza negativa e halo do conceito ou zona de incerteza, García de Enterría, (escrevendo junto com Tomás-Ramón Fernández) reconhece a existência de uma margem de apreciação do administrador quando estiver diante da zona de incerteza, o que não representará, contudo, o

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 113.

²⁸³ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 119/120.

exercício de competências discricionárias. Diante do conceito indeterminado, caberá ao administrador interpretá-lo de modo a “alcançar a única solução possível, não havendo, neste caso, pluralidade de soluções, todas legitimadas pelo ordenamento jurídico”. Conseqüentemente, nestes casos o controle exercido pelo Poder Judiciário será pleno, diferentemente do que ocorreria no caso de efetivo exercício de competência discricionária, onde a revisão judicial estaria limitada pelos critérios de conveniência e oportunidade presentes no mérito do ato.²⁸⁴

No Brasil, Eros Roberto Grau foi um dos principais autores a sustentar que a definição do conteúdo de um conceito jurídico indeterminado seria questão de mera interpretação jurídica. Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal, a discricionariedade e o preenchimento dos conceitos indeterminados se apartam de forma inconfundível. No primeiro caso, permite-se o exercício de uma “opção entre alternativas que são igualmente justas desde a perspectiva do direito”. Mais do que isso, haveria “essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos”, podendo o administrador fundar-se em “critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.)”, não definidos pelo legislador e “remetidos ao juízo subjetivo da Administração”²⁸⁵.

Já no caso dos conceitos indeterminados, Eros Grau sustenta o preenchimento de seu conteúdo não se opera no campo da discricionariedade, pois “não conduzem a uma situação de indeterminação na sua aplicação”. Sua aplicação “só permite uma ‘unidade de solução’ em cada caso”, ou seja, “só permite uma única solução justa”, e não a pluralidade de indiferentes jurídicos observada na hipótese de discricionariedade. Em síntese, “a aplicação dos conceitos indeterminados é um caso de aplicação da lei”, papel que deve ser desempenhando pelo Poder Judiciário, cabendo-lhe, por isso, “inquestionavelmente, manifestar-se sobre a aplicação, pela Administração, dos conceitos indeterminados”²⁸⁶.

Apoiando-se fortemente na doutrina da García de Enterría, Florivaldo Dutra de Araújo²⁸⁷ também sustenta que a definição de conteúdo dos conceitos jurídicos indeterminados se dá por meio da interpretação e aplicação do Direito, que levarão o intérprete (no caso, a autoridade administrativa) à única solução justa para o caso concreto. Não haveria que se falar

²⁸⁴ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 120/123.

²⁸⁵ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 203

²⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 203.

²⁸⁷ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1992. p. 80/82.

em qualquer espécie de margem de escolha diante de uma pluralidade de indiferentes jurídicos, tal qual ocorre nos casos em que efetivamente exista discricionariedade administrativa.

Na mesma trilha segue Paulo Magalhães da Costa Coelho²⁸⁸, para quem o processo de aplicação de um conceito jurídico indeterminado cuidaria, “em última análise, da interpretação da lei que criou o conceito jurídico indeterminado”, cabendo ao Poder Judiciário aferir na hipótese se a solução encontrada pelo administrador seria a única solução justa. Em síntese, “o ato de concretização de um conceito jurídico indeterminado não envolve um juízo de conveniência e oportunidade, mas sim de interpretação e de legalidade”, o que justifica a sujeição ao controle jurisdicional.

Rita Tourinho²⁸⁹ também defende não haver “processo volitivo ou liberdade subjetiva nos conceitos jurídicos indeterminados”, tratando-se exclusivamente de um processo de interpretação e aplicação da lei. Mesmo reconhecendo “obviamente que nem sempre o processo interpretativo da norma jurídica levará a uma solução indubitável”, sendo possível existir casos em que não se chegará a uma única posição, “não se pode daí afirmar-se estar diante de um caso de discricionariedade”.

Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier Cançado²⁹⁰ é outra autora que sustenta inexistir discricionariedade na concretização dos conceitos jurídicos indeterminados, dado que tais conceitos “uma vez interpretados e aplicados ao caso específico, conduzirão o administrador à melhor solução possível”, que será “a única capaz de satisfazer a finalidade contemplada em lei”. Consequentemente, seria possível o exercício de um controle pleno pelo Judiciário sobre a atividade administrativa de interpretação e aplicação do conceito.

Finalmente, para Luís Manuel Fonseca Pires²⁹¹ os conceitos jurídicos indeterminados teriam relação com a interpretação jurídica, que busca sempre uma solução para o caso concreto, a melhor solução. Considerando o aspecto sociocultural do direito, diferencia o autor “diversidade de intelecções”, que decorreria da “reconhecida possibilidade de haver convicções diferentes, pois a ciência do direito não é uma ciência exata”, da “pluralidade de decisões legítimas” presente no caso da discricionariedade. A partir desta distinção, pontua que a interpretação jurídica “resulta do que o intérprete está persuadido de que representa a unidade

²⁸⁸ COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111.

²⁸⁹ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 105-157.

²⁹⁰ CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.113/114.

²⁹¹ PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 160-163.

de solução justa”. Já no caso da discricionariedade, a pluralidade de opções legítimas, indiferentes ao direito, pode persistir mesmo diante do caso concreto. A discricionariedade seria, portanto, “etapa subsequente à interpretação”, quando remanescesse a liberdade de escolha entre indiferentes jurídicos na hipótese.

3.2.2.2 A distinção “fraca” – a complementariedade entre conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade

Inicialmente, deve ser ressaltado que o que chamamos de “distinção fraca” entre conceitos indeterminados e discricionariedade não se opõe diametralmente ao que antes denominamos como a posição que representa uma “distinção forte”. As diferenças são consideráveis, mas não são, exatamente, diametralmente opostas.

Em linhas gerais, o entendimento para esta segunda corrente é que *algumas vezes*, no caso concreto, a aplicação do conceito indeterminado *pode* atribuir ao administrador alguma margem de decisão discricionária. A oposição ao tratamento da definição dos conceitos indeterminados como uma questão de *mera* interpretação jurídica não chega ao extremo de afirmar que eles *sempre* abram ao intérprete um campo para escolhas discricionárias.

Somente na análise do caso concreto será possível afirmar se haveria ou não discricionariedade ao intérprete no momento da definição de conteúdo de um conceito indeterminado. Em algumas hipóteses o conceito, indeterminado quando abstratamente lido na norma, a depender das circunstâncias do caso concreto, pode ganhar um único sentido conforme ao direito, não havendo, então, qualquer margem de escolha para o gestor. Não se descarta, contudo, que eventualmente mesmo após a consideração dos elementos específicos do caso, ainda remanesça ao operador da norma (a autoridade administrativa) um campo delimitado de opções a ser definida discricionariamente, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello foi um dos primeiros autores a tratar do tema com mais profundidade. Inicialmente, observa Celso Antônio que “a apreensão do significado dos conceitos indeterminados é, sem dúvida, um ato de inteligência” e, sendo assim, “ao judiciário assiste praticá-lo para interpretar a lei”²⁹². Mas esta constatação não resume a questão envolvendo a definição de conteúdo de tais conceitos.

²⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p.24.

Para o autor, não seria apenas nas decisões de mérito, “indubitavelmente, atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade”, nos quais a Administração Pública opta por “um dentre dois ou mais comportamentos comportados pela norma”, que haveria o exercício de competência discricionárias. Justamente em razão da fluidez do conceito, muitas vezes seria “impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes”, desde que todas sejam “igualmente razoáveis”. Em outras palavras, haverá situações em que mais de uma intelecção do conceito poderá ser tida como “razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento divergente do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente *reputável como incorreto*”²⁹³.

Havendo mais de uma intelecção razoável para o conceito fluido no caso concreto, aquela que for aplicada pelo administrador não poderá ser considerada ilegal. Competirá ao Poder Judiciário, eventualmente, aferir se a interpretação procedida pela Administração se conteve dentro daquelas consideradas razoáveis. Verificado que fora adotada uma “intelecção perfeitamente cabível, ou seja, comportada pelo conceito ante o caso concreto – *ainda que outra também pudesse sê-lo*”²⁹⁴, cabe ao juiz respeitar a decisão administrativa.

Considerando que a noção de discricionariedade serve “senão para referir as situações em que a Administração dispõe de uma *certa liberdade*, por força da qual o Judiciário não pode ir *além de certos limites*”, dentro dos quais a atuação administrativa é incensurável, para Celso Antônio Bandeira de Mello seria inaceitável a tese de que o tema dos conceitos legais fluidos é estranho ao tema da discricionariedade”. Isso porque seria irrelevante se a liberdade proporcionada pela lei à Administração Pública “é uma ‘liberdade intelectual’ ou uma ‘liberdade volitiva’, porquanto, em razão de uma ou de outra, *os efeitos são idênticos*”²⁹⁵. Tanto em um caso, quanto no outro, caberia ao Judiciário observar as escolhas legítimas formuladas pelo administrador.²⁹⁶

²⁹³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 23 (grifos no original).

²⁹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 24 (grifos no original)

²⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p.23-25 (grifos no original)

²⁹⁶ Do outro lado da equação do controle jurisdicional dos atos administrativos, Celso Antônio pondera que há também interpretação jurídica pelo Poder Judiciário tanto nos casos “*em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam*”, como nas hipóteses em que “*verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa às finalidades da lei*”. Sintetiza então o autor afirmando que “*a noção de discricionariedade não se adscrive ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade – tema concernente ao mérito do ato administrativo*”, envolvendo também o tema da intelecção dos conceitos vagos. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 25/27 (grifos no original)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que a discricionariedade estará presente, em regra, quando a lei utilizar conceitos indeterminados que “encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como comoção interna, utilidade pública, bem comum, justiça, equidade, decoro, moralidade, etc.”. Em outros casos, utilizando a lei conceitos de experiência ou empíricos, “a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível”. Seriam exemplos deste último caso expressões como “caso fortuito ou força maior, jogos de azar, premeditação, bons antecedentes”²⁹⁷.

Ainda quando a lei faça uso dos chamados conceitos de valor, a presença da discricionariedade dependerá sempre “do resultado da interpretação diante do caso concreto”. Justamente por isso afirma a autora que a dificuldade estaria, essencialmente, em “definir aprioristicamente todas as hipóteses em que o uso de conceitos indeterminados implica a existência de discricionariedade”²⁹⁸.

A existência ou não da discricionariedade no caso concreto dependerá, então, do ponto a que se consegue chegar com o trabalho interpretativo exercido sobre tais conceitos de valor. Atingindo-se a uma zona de certeza positiva ou negativa, não há que se falar em discricionariedade. Contudo, se após a atividade interpretativa não for possível chegar a uma ou outra zona de certeza, “restará uma zona cinzenta em que é preciso reconhecer certa margem de apreciação para a Administração Pública decidir”. Seriam “hipóteses em que é maior a dificuldade em definir onde termina a interpretação e começa a discricionariedade”. A autora destaca que a delimitação das hipóteses de interpretação e de escolhas discricionárias seria de suma relevância, por dizer respeito à “extensão do controle judicial sobre a Administração Pública”, cabendo ao Poder Judiciário a palavra final no caso de “simples interpretação”, e ao administrador quando houver discricionariedade²⁹⁹.

Não fica claro, contudo, quais seriam os parâmetros para definir cada caso, nem se, uma vez alocada a questão na chamada “zona cinzenta”, deveria ser presumida a possibilidade de escolha discricionária imune ao controle jurisdicional. A rigor, extrai-se apenas que há hipóteses em que o conceito indeterminado, indubitavelmente, abriria ao administrador um campo delimitado para escolhas discricionárias.

²⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 70/118.

²⁹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 70/118-119.

²⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 119.

Também admitindo que os conceitos indeterminados eventualmente atribuam competências discricionárias para a Administração Pública, Odete Medauar ressalta que o Direito sempre utilizou “fórmulas amplas” sem que “fossem necessariamente associadas a poder discricionário”. Se no caso concreto existirem “parâmetros de objetividade” aptos a ensejar “uma única solução, não há falar em discricionariedade”. Por outro lado, haverá poder discricionário se o conceito indeterminado aplicado no caso concreto “admitir margem de escolha de soluções, todas igualmente válidas”³⁰⁰.

Para Germana de Oliveira Moraes, discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados configuram categorias distintas e inconfundíveis entre si. Contudo, “não há como negar a existência de uma categoria de conceitos indeterminados, cuja valoração administrativa é insuscetível de controle jurisdicional pleno”³⁰¹. Os conceitos cuja densificação administrativa seria insindicável judicialmente são aqueles que demandam “avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por intermédio de um juízo de aptidão”. Em outras palavras, encerram “um conflito axiológico, uma ponderação valorativa dos interesses concorrentes, à luz do interesse público privilegiado pela norma jurídica”, sendo, portanto, “impassíveis, à semelhança da atividade discricionária, de controle jurisdicional pleno”³⁰².

A autora destaca que “nem sempre a valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados envolve o exercício de discricionariedade”, mas mesmo que a norma remeta à liberdade de escolha do administrador pode haver controle jurisdicional pleno quando, diante das circunstâncias do caso concreto, se estiver dentro de alguma das zonas de certeza, positiva ou negativa. Quando se estiver na “zona intermediária, de penumbra, uma zona de dúvidas e incertezas sobre a abrangência de situações sob aquele signo”, admite-se somente um controle parcial pelo Poder Judiciário, utilizando como parâmetros os princípios constitucionais da Administração Pública e os princípios gerais de Direito³⁰³.

Gustavo Binenbojm também observa que mesmo nas hipóteses em que a definição de conteúdo do termo vago encontra-se na zona de penumbra, a atividade interpretativa realizada pelo operador diferencia-se do poder de escolha do administrador no ato discricionário. Ainda

³⁰⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22^a. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.117.

³⁰¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 76.

³⁰² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 76-77.

³⁰³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 64/170-171.

assim, nestes casos, “haverá certa margem de apreciação na interpretação por parte do Poder Público” que não poderá “ser substituída pela apreciação formulada pelo Judiciário”³⁰⁴.

Isso porque, no processo de concretização dos conceitos indeterminados estariam presentes tanto atos cognitivos (ou seja, de inteligência), quanto atos volitivos (decisórios), não cabendo reduzir a aplicação destes conceitos a um processo de pura inteligência. Caberia ao juiz controlar apenas o processo de tomada de decisão, se fora devidamente motivado e justificado, e não a decisão em si, se o resultado do processo foi “o correto”. Esse controle jurisdicional parcial, à semelhança do que ocorre no controle da discricionariedade, deve ser “balizado pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de direito”³⁰⁵.

Deveriam os tribunais, então, “atuar com autocontenção (*judicial self-restraint*), reconhecendo sua dificuldade em exercer o controle, quando a atuação administrativa move-se na zona de penumbra de um conceito jurídico indeterminado”. Caberia, apenas, um controle restrito de verificação da “sustentabilidade das razões da autoridade administrativa”³⁰⁶.

Para efeitos práticos, parece-nos que, nas hipóteses em que as circunstâncias do caso concreto levem a definição de conteúdo do conceito indeterminado para a zona cinzenta ou de penumbra, o controle da decisão administrativa pelo Poder Judiciário assemelha-se muito ao exercido nos casos de legítima atribuição legal de competências discricionárias. Essa constatação justificaria a adoção de uma distinção “fraca” entre discricionariedade e conceitos indeterminados.

Finalmente, Andreas Krell destaca parecer-lhe equivocado distinguir rigidamente o controle judicial da aplicação de conceitos indeterminados pela administração daquele que incide sobre o exercício de competências discricionárias, uma vez que a diferença entre as duas categorias muitas vezes “não passa de uma contingência na formulação do próprio texto legal”. Conceitos indeterminado e discricionariedade seriam “manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, carecedoras de complementação”. Não raro, o órgão administrativo deverá fazer uso da discricionariedade para poder preencher os conceitos indeterminados no caso concreto³⁰⁷.

³⁰⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 219.

³⁰⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 217-222.

³⁰⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 223.

³⁰⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.p. 36/48.

Assim como sustentado por Gustavo Binbenbim, Andreas Krell defende que a interpretação de conceitos jurídicos “não pode ser explicada como um processo ‘cognitivo’ plenamente acessível à comunicação intersubjetiva, visto que quase sempre envolve também momentos decisionistas de seleção pessoal”. Em outras palavras, na produção da decisão jurídica no caso concreto haverá “necessariamente, a convergência de elementos de cognição e volição”³⁰⁸. Consequentemente, não seria adequado argumentar que em cada caso concreto a interpretação do conceito vago levaria a apenas uma resposta correta, inexistindo liberdade de escolha do administrador.

3.3 Algumas ponderações quanto à distinção rígida entre discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Segundo Marcos Augusto Perez, o uso de um conceito indeterminado pelo legislador pode atribuir ao administrador a oportunidade de realizar escolhas discricionárias, mas nem sempre será assim. Haverá casos em que “a norma não concede ao administrador qualquer margem de liberdade para decidir”. Por outro lado, em outras hipóteses, o legislador lançará mão dos conceitos indeterminados com a “finalidade objetiva de criar um espaço de discricionariedade”, abrindo ao administrador a possibilidade de definir “como o comando legal deve ser concretizado”³⁰⁹.

A utilização, pelo legislador, de termos plurissignificativos encontra variadas justificativas: a impossibilidade linguística de que se utilize na norma abstrata apenas termos que comportem um único sentido; a efetiva intenção de transferir ao administrador uma certa abertura para a melhor adequação da norma ao caso concreto, diante também da impossibilidade de prever abstratamente a *melhor* norma para todos os casos concretos; a intenção do legislador (na maioria das vezes, camuflada) de se eximir da responsabilidade e dos ônus políticos relacionados à tomada de decisão em temas socialmente sensíveis.

Poderiam ser elencadas outras hipóteses que explicam o uso de termos polissêmicos pelo legislador, mas os exemplos enumerados parecem suficientes para o ponto que se pretende

³⁰⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.p.46.

³⁰⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 40-41.

ressaltar: não será sempre uma tarefa simples diferenciar os casos em que se está diante de um simples conceito indeterminado passível de hermenêutica jurídica unívoca, ou perante uma previsão normativa que efetivamente pretende atribuir ao administrador uma margem para escolhas discricionárias. Mais raro ainda serão os casos em que se consiga atingir algum consenso quanto a tratar-se de hipótese de opções discricionárias ou de uso de conceitos indeterminados cujo sentido pode ser apreendido por simples hermenêutica jurídica.

Não parece realista argumentar ser incontestado que conceitos jurídicos indeterminados não atribuem, eventualmente, competências discricionárias ao administrador. Uma coisa é defender a tese da univocidade e sustentar firmemente que conceitos indeterminados não abrem ao administrador qualquer margem de escolhas discricionárias, devendo ser objeto de simples interpretação jurídica, plenamente sindicável pelos tribunais, portanto. Outra, bem diferente, é afirmar que esta perspectiva não é objeto de funda controvérsia acadêmica.

Questões relacionadas ao uso de conceitos indeterminados na norma abstrata serão, inevitavelmente, judicializadas. Uma vez levada a juízo a aplicação da norma pela autoridade administrativa, caberá ao tribunal decidir sobre a adequação do ato administrativo ao ordenamento jurídico, seja o caso de conceito indeterminado de sentido único, seja hipótese de discricionariedade.

Essa verificação passará por algumas etapas, todas com impacto direto sobre a definição do grau de intervenção do Judiciário nas escolhas administrativas. Tomando como premissa a teoria da univocidade, haverá uma primeira etapa crucial para definir a profundidade do controle: deve-se aferir se a hipótese se refere a mero conceito jurídico indeterminado, plenamente sindicável pelo magistrado, ou se o caso é de efetiva atribuição de discricionariedade ao administrador, quando a revisão judicial encontrará outros limites.

Definindo o tribunal que se trata de hipótese de uso de conceito indeterminado, caberá aos magistrados verificar se a interpretação adotada foi “a única opção justa para o caso concreto”, em um controle amplo (e total, diríamos) do ato administrativo.

Entendendo-se que se trata de situação na qual o legislador (por meio do uso de termos polissêmicos que não configuram conceitos jurídicos indeterminados) efetivamente abriu à Administração uma margem para escolhas, caberá ao tribunal o controle da legalidade do ato, respeitando a escolha administrativa tomada dentro do campo que lhe foi legalmente atribuído. Neste ponto inicia nova controvérsia sobre os limites do controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário.

A questão mais relevante para este estudo está na constatação de que “os maiores debates jurídicos se dão em torno da extensão do controle jurisdicional da aplicação concreta

pela Administração” de normas contendo conceitos indeterminados³¹⁰. Em outras palavras, seja o caso de conceito indeterminado de sentido unívoco, seja o caso de competências discricionárias, as principais controvérsias estarão relacionadas ao grau de intervenção do Judiciário nas escolhas administrativas.

Ainda que se adote a teoria da univocidade, por exemplo, assumindo que a definição de conteúdo dos conceitos indeterminados envolve pura e simples interpretação jurídica, plenamente sindicável pelo Poder Judiciário, não parece realista acreditar que os problemas relacionados aos limites do controle judicial dos atos administrativos estariam, ao menos nestes casos. Isso porque, primeiro, a definição quanto à natureza da questão controvertida (conceito indeterminado X discricionabilidade) já será objeto, em si, de divergência. Ainda que se decida pela primeira alternativa (conceito indeterminado), é irreal supor que não haverá, também, controvérsia quanto ao acerto ou não da interpretação levada a efeito pelo administrador. Inevitavelmente, haverá em algum momento questionamentos relacionados à substituição indevida, se não da “discricionabilidade administrativa pela judicial”, da “hermenêutica administrativa pela judicial”.

A não ser que se aposte na infalibilidade dos tribunais, é coerente questionar o que justificaria essa ampla confiança depositada nos magistrados para revisar sem limites as interpretações jurídicas realizadas pelo administrador. Uma visão tridimensional do direito administrativo e as dificuldades envolvendo a análise comparativa das capacidades institucionais dos envolvidos recomendam alguma cautela na adoção da inferência aparentemente “lógica” no sentido de que em se tratando de interpretação jurídica, caberia ao Judiciário estabelecer o único sentido (justo) possível para a aplicação da norma ao caso concreto.

Conclui-se, portanto, retomando o questionamento de Andreas Krell quanto à pertinência de uma distinção rígida no tratamento do controle jurisdicional da atuação administrativa, seja no exercício de competências discricionárias, seja na simples interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados³¹¹.

³¹⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionabilidade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 42.

³¹¹ KRELL, Andreas J. *Discricionabilidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.p. 50-51.

4 AS TÉCNICAS DE CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS NA DOCTRINA NACIONAL

Uma vez analisada a evolução e os contornos atuais da discricionariedade administrativa, passa-se ao exame do seu controle pelo Poder Judiciário, questão já referida como talvez “o mais antigo desafio do direito administrativo, até hoje não vencido por inteiro”³¹².

A ampliação da atuação do Poder Judiciário no controle das escolhas discricionárias da Administração Pública já era uma tendência desde antes da Constituição da República de 1988. A promulgação de um texto constitucional recheado de garantias individuais e novos parâmetros para atividade administrativa (muitos deles de natureza principiológica) catalisou o avanço do *judicial review* dos atos administrativos³¹³.

O alcance atual do escrutínio judicial, “inquestionavelmente uma conquista democrática”³¹⁴, foi construído a partir do desenvolvimento de instrumentos e técnicas³¹⁵ que compatibilizassem o controle dos atos administrativos com um texto constitucional essencialmente principiológico e programático, ao qual cada vez mais se buscava atribuir efetividade³¹⁶.

Superada a ideia convencional de legalidade como estrita vinculação à lei, a atuação do administrador passou a encontrar fundamento direto na Constituição da República, muitas vezes até mesmo independente de qualquer previsão legal³¹⁷.

Se a constitucionalização do Direito Administrativo e o crescente reconhecimento de força normativa aos princípios constitucionais³¹⁸ abriram para o administrador novas hipóteses de atuação discricionária, por outro lado proporcionam ao Poder Judiciário novos meios de aprofundar o escrutínio dessa atividade. A chamada “jurisprudência dos princípios”³¹⁹ serviu (e

³¹² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20.

³¹³ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 88.

³¹⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 140.

³¹⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 21.

³¹⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 140.

³¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 5ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2018. p. 223.

³¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 355.

³¹⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 92.

continua servindo) como instrumento essencial para a juridificação deste “último reduto da antiga arbitrariedade”, na expressão de Eduardo García de Enterría³²⁰.

O presente capítulo aborda de forma concisa o desenvolvimento do controle dos atos administrativos discricionários, com o paulatino estreitamento da “margem de livre apreciação” do administrador através da crescente fixação de parâmetros cada vez mais abrangentes ao exercício do poder discricionário³²¹. Trata-se de processo evolutivo que partiu da completa imunidade dos atos discricionários até chegar ao controle destes com fundamento direto em princípios.³²²

4.1 Fases do desenvolvimento (técnicas de controle da discricionariedade)

4.1.1 Teoria do Desvio de Finalidade

Foi somente a partir dos anos 1940 que o instituto da discricionariedade administrativa e seu controle pelo Poder Judiciário passaram ao centro das preocupações doutrinárias no Brasil³²³. Ainda que não se observasse muita uniformidade de tratamento no tema, a distinção entre discricionariedade e arbitrariedade já era objeto de razoável consenso, assim como a noção de insindicabilidade do mérito administrativo.

No direito francês, principal fonte de inspiração dos juristas brasileiros no tema³²⁴, o controle dos atos administrativos inicialmente se dava por meio de uma divisão entre elementos

³²⁰ ENTERRIA, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*. vol. I. 6ª ed. Madrid: Civitas, 1999. p. 450, apud, BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 20.

³²¹ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. P 80

³²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012, P 149.

³²³ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 112.

³²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012.p. 149.

de legalidade externa, relacionados à competência e à forma do ato³²⁵, e elementos de legalidade interna, correspondendo à finalidade, ao motivo e ao objeto³²⁶.

A superação da imunidade jurisdicional da discricionariedade começou pelo controle dos elementos externos, quando o Conselho de Estado francês passou a admitir recursos administrativos por *excesso de poder*, primeiro nos casos de *vícios de incompetência* e em seguida nos de *vício de forma*.

A necessidade de observar as regras de competência e forma, como elementos de legalidade externa do ato administrativo, foi a primeira etapa de atenuação do caráter totalmente livre que prevaleceu na primeira noção da discricionariedade como poder eminentemente político³²⁷. A teoria do desvio de poder vem surgir, então, da evolução da jurisprudência do Conselho de Estado na França, que passa a exigir que toda atuação administrativa deve dirigir-se à finalidade determinada na lei³²⁸.

No Brasil, Caio Tácito sustentava uma necessária correlação entre a “natureza da atividade exercida” e a “finalidade específica”, observando no desvio dessa finalidade legal específica um vício em “elemento essencial” à legalidade do ato³²⁹. O desvio de finalidade, ou desvio de poder, tratados como sinônimos, estaria configurado quando o agente público, no uso de suas atribuições, atua para atingir um fim de interesse privado ou até mesmo “outro fim público estranho à previsão legal”, sendo justificada a anulação do ato em qualquer das duas hipóteses³³⁰. Seria, por conseguinte, um limite à atuação discricionária que transbordasse para além das fronteiras da competência legalmente determinada³³¹.

A teoria do desvio de finalidade foi utilizada de forma pioneira na jurisprudência nacional por Miguel Seabra Fagundes, na relatoria do acórdão da famosa Apelação Cível nº

³²⁵ Há aqui também alguma divergência na doutrina. Para Caio Tácito, por exemplo, a legalidade externa teria relação com a competência, a forma e o objeto, ao passo que a legalidade interna referir-se-ia aos motivos e à finalidade do ato: “São vícios de legalidade externa a incompetência (em cujo conceito se inclui a usurpação de poder), o vício de forma e a ilicitude do objeto. São vícios de legalidade interna a inexistência material ou jurídica dos motivos e o desvio de poder”. TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas. Rio de Janeiro, 1959. p. 28. Também: TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 46 e seguintes.

³²⁶ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 58.

³²⁷ MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.p. 81.

³²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*, 3ª Ed., São Paulo, Atlas, 2012. p. 149.

³²⁹ TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Revista de Direito Administrativo, 242. p.: 63-73. Out/Dez 2005. p. 64.

³³⁰ TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 114.

³³¹ TÁCITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Revista de Direito Administrativo, 242. p.: 63-73. Out/Dez 2005. p. 65.

1.422, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 1948. Nas palavras de Vitor Nunes Leal, constituiu “corajosa inovação” ao romper com a jurisprudência tradicional da insindicabilidade dos atos discricionários, que deixava ao largo do controle jurisdicional recorrentes arbitrariedades³³².

No acórdão em questão, Miguel Seabra Fagundes declarara a ilegalidade de ato administrativo ao concluir, “por circunstâncias e provas inequívocas”, que a autoridade pública, a pretexto do exercício de competência discricionária, praticou o ato visando “beneficiar uma empresa de transportes em detrimento de sua concorrente, com sacrifício para os passageiros”³³³.

O próprio Seabra Fagundes, em sede doutrinária, já afirmara tempos antes que o desvio de finalidade se configura pela “burla da intenção legal”, quando o ato é praticado visando atingir consequências diversas daquelas previstas pela lei quando autorizou sua prática, pouco importando o valor ou desvalor moral da finalidade efetivamente atingida. O “ato será inválido, por divergir da orientação legal”³³⁴.

Na mesma linha seguem Themístocles Brandão Cavalcanti e Hely Lopes Meirelles. Assim como Caio Tácito, Meirelles utiliza indistintamente as expressões desvio de finalidade ou abuso de poder para descrever as hipóteses em que o agente “atuando nos limites de sua competência”, age buscando atingir finalidade diversa daquela pretendida pela norma, configurando uma “violação ideológica ou moral” da lei³³⁵. Cavalcanti, a seu turno, afirma haver “abuso de mandato” no exercício de competência em desacordo com os “casos, motivos e objetivos” que ensejaram sua atribuição ao agente público³³⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello ressalta só haver desvio de poder nos casos em que há efetiva atribuição de competência à autoridade, que dela faz uso “em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição”. Seria, em síntese, a “violação do poder legítimo”, em razão de sua utilização para atender objetivos diversos daqueles que o legislador pretendia atingir quando atribuiu ao agente público o poder para praticar o ato³³⁷. Assim como os demais,

³³² LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança*. Revista de Direito Administrativo, v. 14. p. 52-82. 1948. p. 54-55.

³³³ LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança*. Revista de Direito Administrativo, v. 14. p. 52-82. 1948. p. 54-55. p. 81.

³³⁴ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 87-89.

³³⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 112-113.

³³⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970. p. 17-18.

³³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 56/57.

Celso Antônio ressalta que o vício consistente no desvio de finalidade estará presente ainda que o agente busque atingir outro interesse público, uma vez que configura garantia do administrado, assegurada pelo Estado de Direito, a vinculação da Administração Pública não somente aos fins estabelecidos na lei como aos meios elencados para atingi-los.³³⁸

Não por outro motivo, trata-se de vício, essencialmente objetivo, sendo irrelevante a boa ou má fé do agente público, bastando o “objetivo descompasso” entre a finalidade legal e aquela efetivamente buscada com a prática do ato. A verificação da adequada utilização da discricionariedade³³⁹, no entanto, em nada afetaria o mérito do ato administrativo, eis que corresponderia a um “estrito exame de legalidade”³⁴⁰.

Dinorá Adelaide Musetti Grotti aponta haver alguma divergência a respeito da natureza do desvio, variando os posicionamentos entre o vício de legalidade e a infração à moralidade administrativa³⁴¹. Pode-se afirmar, com alguma segurança, que a doutrina majoritariamente segue a linha do vício de legalidade, destacando-se Themístocles Brandão Cavalcanti³⁴² e Germana de Oliveira Moraes entre os que identificam no desvio de finalidade uma ofensa à moralidade administrativa.

Germana de Oliveira Moraes sustenta tratar-se de um vício essencialmente relacionado à transgressão da moralidade administrativa, orientação que até mesmo já teria sido recepcionada pela jurisprudência³⁴³, caracterizando-se pelo uso da discricionariedade “de modo não correspondente ao escopo da atribuição dos poderes discricionários”³⁴⁴.

4.1.1.1 Algumas dificuldades práticas

³³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 65.

³³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 80.

³⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo. Malheiros. 2012. p. 81-82.

³⁴¹ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Desvio de Poder em Atos Administrativos*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (Coord.). *Direito e Administração Pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas. 2013. p. 803.

³⁴² “Verifica-se assim uma ilegalidade quando o fim foi desviado do interesse público e do serviço; constitui ofensa à moralidade administrativa”. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970. p. 18.

³⁴³ A autora menciona o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no RESP 21.923/92, no qual consta de sua ementa ser “lícito ao Poder Judiciário examinar o ato administrativo, sob o aspecto da moralidade e do desvio de poder”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 123-124.

³⁴⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 166.

A problemática prova do desvio de finalidade não passou despercebida, anos antes, por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que vislumbrou o declínio da teoria no direito francês justamente em razão da dificuldade de se caracterizar a intenção do agente público em utilizar de sua competência fora dos limites legais³⁴⁵. A caracterização do vício a partir de uma perspectiva objetiva, bem como a orientação a uma análise contextual do ato praticado, sopesando todas as circunstâncias do caso concreto, conforme sugerido por Celso Antônio, visam superar ou atenuar os obstáculos apontados.

É possível identificar, ainda, certa dificuldade em isolar o elemento finalidade para a caracterização do desvio. Caio Tácito, por exemplo, falava em “freio ao transbordamento da competência legal além de suas fronteiras”³⁴⁶, correlacionando-o à competência, tal qual se identifica na doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello. Vitor Nunes Leal, a seu turno, já reconhecia que muitas vezes seria “difícil, senão impossível, distinguir-se entre a motivação e a finalidade”³⁴⁷ do ato administrativo. Na mesma linha, Miguel Seabra Fagundes também destacava que o desvio de finalidade poderia evidenciar uma atuação fora das competências previstas³⁴⁸.

Themístocles Brandão Cavalcanti observa que o exame do “conteúdo do ato administrativo – dos seus móveis, dos seus motivos, de sua legalidade intrínseca” em um “regime de controle apenas de legalidade como é o nosso” evidencia as contradições geradas a partir da importação da teoria do desvio de poder, ao misturar elementos como finalidade, competência e motivos do ato administrativo³⁴⁹. O *détournement de pouvoir*, seria caracterizado não só pela ofensa à finalidade da lei (“objetivos”), mas também à forma prevista (“rejeitando as formalidades legais”) e aos motivos ou pressupostos legais e de fato do ato (“casos, motivos”)³⁵⁰.

³⁴⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 433/434.

³⁴⁶ TACITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Revista de Direito Administrativo, 242. p.: 63-73. Out/Dez 2005. p. 65.

³⁴⁷ LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário da administração – abuso desse poder – mandado de segurança*. Revista de Direito Administrativo, v. 14. p. 52-82. 1948. p. 66.

³⁴⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p.190.

³⁴⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970.p. 14.

³⁵⁰ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970. p. 18.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto tenta, ao nosso ver, superar algumas das dificuldades impostas pela separação estanque dos elementos do ato administrativo, atribuindo ao estudo da legitimidade do exercício do poder discricionário uma análise mais global e funcional, menos presa à tradicional *taxonomia* dos elementos do ato administrativo. Nas palavras do próprio autor, “uma teoria ampliada de limites à discricionariedade”³⁵¹

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a teoria do desvio de finalidade, longe de estar esgotada, deve ser aplicada “com plena amplitude, alcançando todo e qualquer ato que deixe de atender ao interesse público específico, fixado explícita ou implicitamente na lei”. A diferença no tratamento da questão está no deslocamento da análise da finalidade do ato para a verificação de sua conveniência e oportunidade, relacionadas ao objeto e aos motivos do ato, respectivamente³⁵².

Em suas palavras, o ato administrativo seria “oportuno quando existam e bastem os pressupostos de fato e de direito de sua edição. Presume-se, em consequência, que atende às finalidades para as quais é praticado”. A conveniência, a seu turno, estaria presente “quando a escolha do seu conteúdo jurídico leva à produção de um resultado que, em tese, atende à finalidade para a qual é praticado”³⁵³.

Em uma síntese, o desvio de finalidade seria uma consequência do erro na valoração dos motivos, ou na escolha do objeto do ato. Estaria presente tanto quando a autoridade utiliza motivos inexistentes, insuficientes, inadequados, incompatíveis ou desproporcionais, como razão para a prática do ato, quanto na escolha de um objeto ilícito ou faticamente impossível, incongruente com a finalidade a ser atingida ou que atenda deficientemente o interesse público definido na finalidade legal³⁵⁴.

Relembrando o comentário de Andreas Krell, para quem a subdivisão da análise do ato administrativo em seus cinco tradicionais elementos não teria contribuído significativamente para um estudo mais preciso da abrangência do controle da discricionariedade pelo Poder Judiciário³⁵⁵, parece-nos que a proposta de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, apesar de não

³⁵¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 75.

³⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 52 (grifos no original).

³⁵³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 59 e 71 (grifos no original).

³⁵⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 51-76 (grifos no original).

³⁵⁵ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 25.

descartar a “concepção quántupla dos elementos do ato administrativo”³⁵⁶ oferece uma alternativa satisfatória para o desenvolvimento de uma visão mais global do fenômeno do controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário.

A análise da teoria dos motivos determinantes, realizada a seguir, aproveitará em alguma medida boa parte das considerações tecidas em relação à teoria do desvio de finalidade.

4.1.2 Teoria dos Motivos Determinantes

Segundo Luís Manuel Fonseca Pires, citando Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, foi em 1919 que o Conselho de Estado francês deu início ao controle dos fatos que fundamentam a prática do ato administrativo, por meio de uma técnica denominada, à época, de “erro manifesto de apreciação dos fatos”³⁵⁷.

Caio Tácito narra que o controle do desvio de poder abriu o caminho para que o Conselho de Estado francês progressivamente adentrasse no exame dos motivos do ato. Em verdade, foi justamente pela análise dos “antecedentes de fato” que a jurisprudência administrativa francesa conseguiu identificar, na prática, os casos de desvio de finalidade, ilustrando assim a estreita relação entre finalidade e motivos do ato³⁵⁸.

Na jurisprudência nacional, um dos primeiros precedentes em que se ingressou na análise dos precedentes de fato do ato administrativo ocorreu no julgamento da Apelação Cível nº 7.377, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Castro Nunes em 1943. Entenderam os ministros que a verificação da efetiva ocorrência de pressupostos de fato do ato administrativo enquadrava-se no exame de legalidade do ato, e não em um vedado exame do mérito³⁵⁹.

Caio Tácito menciona ainda o acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 17.126, de 1954, no qual o Supremo Tribunal Federal “expressiu, em resumo modelar, que ‘cabe ao

³⁵⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006. p.137.

³⁵⁷ PIRES, Luís Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 213-214.

³⁵⁸ TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954. p. 7-8.

³⁵⁹ LEAL, Vitor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. Revista de Direito Administrativo, v 2. 1945. p. 128-129.

Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração”³⁶⁰.

Alguns anos antes, em 1941, Miguel Seabra Fagundes já manifestava, na primeira edição de seu “Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário”, que a análise de legalidade do ato incluiria a verificação, pelo juiz, dos motivos que levaram à sua prática, como relata Vitor Nunes Leal³⁶¹.

Conforme a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, a teoria dos motivos determinantes estabelece que os fatos que serviram de fundamento para a decisão administrativa “integram a validade do ato”, tornando-o viciado a “invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados”³⁶².

Ressalte-se, por oportuno, que o motivo do ato administrativo não se confunde com sua motivação. Enquanto o primeiro consiste nas circunstâncias fáticas e legais que, se presentes, autorizam a Administração a agir, a segunda, representa a exposição destes motivos, dos pressupostos de fato e de direito autorizadores do ato, bem como a “relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado”³⁶³.

Existe alguma controvérsia na doutrina quanto à obrigatoriedade ou não dessa “exposição de motivos” do ato, discricionário ou vinculado. Para Celso Antônio Bandeira de Mello, não obstante a motivação contemporânea à prática do ato deva constituir “uma regra geral”, somente o ato discricionário carente de motivação deveria ser invalidado, “salvo alguma hipótese excepcional”. No caso do ato vinculado, importaria mais a efetiva ocorrência do motivo que determina a prática do ato do que a sua enunciação pelo agente³⁶⁴.

Sobre o tema, evitando desvirtuar-nos demasiadamente do objeto central deste estudo, parece-nos que a razão está com os autores que sustentam tratar-se de requisito de validade do ato a exposição das razões que levaram a autoridade a praticá-lo.

Neste sentido é a lição de Juarez Freitas³⁶⁵, para quem caberia ao “bom administrador público” indicar os fundamentos de fato e de direito que ensejaram a prática do ato, seja ele

³⁶⁰ TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954. p.8.

³⁶¹ LEAL, Vitor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. Revista de Direito Administrativo, v 2. 1945. p. 130-131.

³⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 330.

³⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p.327.

³⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 328-329.

³⁶⁵ FREITAS, Juarez. *Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. p. 49.

vinculado ou discricionário³⁶⁶. Propondo uma analogia aos atos jurisdicionais, entende o autor ser “imperativo” a justificação explícita para todos os atos administrativos³⁶⁷. Trata-se de posicionamento que ganha ainda mais força diante da previsão contida no artigo 50 da Lei nº 9.784/99, que determina expressamente a necessidade de motivação “explícita, clara e congruente” para os atos administrativos, sem fazer distinção se vinculado ou discricionário.

Carlos Ari Sundfeld enxerga na fundamentação verdadeira garantia do administrado inserida no conceito de Estado de Direito, que encontra esteio nos princípios da “legalidade, segurança e amplo controle – interno, judicial, popular – do exercício do poder”³⁶⁸.

Apesar de nos parecer mais adequado o entendimento no sentido de que a motivação configura elemento essencial para a compatibilidade do ato administrativo com uma concepção moderna de Estado Democrático de Direito, seja o ato vinculado ou discricionário, parece-nos ter razão Celso Antônio ao afirmar que a efetiva ocorrência do motivo que determina a prática do ato é mais relevante do que a sua exposição fundamentada pela autoridade administrativa. Esta perspectiva tem especial relevância com relação à aplicação da teoria dos motivos determinantes no caso concreto.

Parece-nos ter razão neste ponto Marçal Justen Filho, quando afirma que “o problema fundamental reside em identificar os motivos determinantes efetivamente adotados pelo sujeito e verificar sua compatibilidade com o direito”³⁶⁹, não produzindo efeitos vinculantes para fins de controle a declaração da autoridade administrativa quanto ao motivo que teria determinado sua atuação.

Como leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, importa mais a efetiva ocorrência dos pressupostos fáticos que justificam o ato do que a efetiva declaração deles³⁷⁰. Não que a exposição dos motivos pela autoridade administrativa seja irrelevante, mas para evitar uma “simulação de motivos determinantes”, cumpre “superar os motivos determinantes aparentes e

³⁶⁶ No mesmo sentido, PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 217; FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcizio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 170.

³⁶⁷ Sobre o ponto, v. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo: Ed. RT, 1979; ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1992.

³⁶⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, Revista de Direito Público, nº 75. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Jul/set.1985. p. 125.

³⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle. Posição 11886

³⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª. ed, São Paulo: Malheiros, 2021. p. 329.

considerar os efetivos e reais”. Sendo estes últimos inválidos ou insuficientes para a prática do ato, deverá este ser invalidado, independentemente dos motivos declarados³⁷¹.

Essencialmente, a autoridade administrativa está vinculada aos fundamentos externados³⁷², mas não somente a eles. A atuação da administração pública vincula-se, também, à realidade fática, à efetiva ocorrência dos pressupostos de fato que determinam a prática do ato, e não apenas ao que foi pela autoridade declarado.

Sobre a controlabilidade da realidade dos motivos determinantes da prática do ato, Luís Manuel Fonseca Pires esclarece que “é possível haver competência discricionária sobre a escolha de um entre variados fatos, mas o fato em si, o fato eleito, não comporta discricionariedade porque se relaciona ao universo da realidade empírica”, e sobre tal fato “o controle judicial é pleno”³⁷³.

Este controle jurisdicional, segundo a teoria dos motivos determinantes, abre ao juiz a possibilidade de verificar não somente a veracidade dos motivos de fato, mas também sua suficiência para “acionar a hipótese normativa e, assim, dar suporte à aplicação da lei no caso concreto”³⁷⁴, tal qual já afirmavam Caio Tácito³⁷⁵ e Vitor Nunes Leal³⁷⁶, na mesma linha dos primeiros precedentes judiciais mencionados.

O problema, mais uma vez, é estabelecer os limites até onde vai a discricionariedade administrativa para adequar o objeto do ato aos motivos que determinam sua prática. Até que ponto esta escolha estará albergada pela insindicabilidade do mérito, e a partir de quando poderá ela ser objeto de mero controle de legalidade. Por evidente que em certas hipóteses essa verificação será simples. Em outras, nem tanto.

4.1.2.1 O exame da adequação dos motivos

³⁷¹ JUSTEN Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle. Posição 11886

³⁷² FREITAS, Juez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed., rev. e amp, São Paulo: Malheiros, 2013. p. 348.

³⁷³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 216.

³⁷⁴ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 60.

³⁷⁵ TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954.

³⁷⁶ LEAL, Vitor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. Revista de Direito Administrativo, v 2. 1945.

No acórdão paradigma proferido na Apelação Cível nº 7.377, entenderam os ministros ser possível a revisão judicial do valor histórico e artístico de um determinado imóvel para fins de tombamento. Segundo Vitor Nunes Leal, a dificuldade técnica relacionada à aferição destas características não deve representar “por si só, um impedimento constitucional à competência revisora do Judiciário”, diante da possibilidade de socorrer-se também do auxílio de peritos. Neste caso, “se o valor histórico ou artístico do bem for tão duvidoso que duas ou mais perícias de técnicos competentes cheguem a conclusões contraditórias”, a melhor solução será a adoção de uma postura deferente pelos tribunais, “embora dispondo da faculdade de contrariar o julgamento técnico” da Administração Pública³⁷⁷.

Partindo destas reflexões, qual deveria ser o critério para aferir a suficiência ou não dos motivos sustentados pela Administração ao determinar o valor histórico e artístico do bem para fins de tombamento? O simples fato de o perito do juízo ter chegado a conclusão diversa dos experts administrativos não configura, per si, indicativo de que tal valor é “duvidoso”, a ponto de indicar uma postura deferente do juiz à escolha administrativa. A não ser que se desconsidere por completo a falibilidade humana, pode ser que um dos laudos esteja simplesmente equivocado. Pode ser que a conclusão a que chegaram os agentes administrativos para sustentar a decisão pelo tombamento seja questionada a partir de parâmetros de razoabilidade. Esta não parece ser uma hipótese descartável.

Entretanto, Vitor Nunes Leal parece afastar do judiciário a verificação da razoabilidade da decisão administrativa, ao afirmar que “apurar se realmente ocorreu um fato, sem o qual o ato não podia ser praticado, não equivale a dizer se aquele motivo era razoável, ou não, mas apenas se era verdadeiro”³⁷⁸. Caberia ao Judiciário apenas verificar a efetiva ocorrência dos motivos, mas não a sua adequação para fundamentar a prática do ato questionado em juízo.

Em sentido oposto, Diogo de Figueiredo Moreira Neto sustenta que a razoabilidade age “como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica”³⁷⁹.

Controverte-se na doutrina se a razoabilidade e a proporcionalidade deveriam ser consideradas princípios jurídicos autônomos ou se deveriam ser tratados como postulados

³⁷⁷ LEAL, Vitor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. Revista de Direito Administrativo, v 2. 1945. p. 134-135.

³⁷⁸ LEAL, Vitor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. Revista de Direito Administrativo, v 2. 1945. p. 131.

³⁷⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 57.

normativos³⁸⁰. A fim de não desvirtuar o objeto central deste trabalho, considerando o uso corrente, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, da razoabilidade e proporcionalidade como princípios, deixaremos de lado a controvérsia para focar na forma como sua utilização impacta no aprofundamento do controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

4.1.3 O Controle dos atos administrativos pelos princípios

O recurso aos princípios jurídicos como parâmetro de controle jurisdicional dos atos administrativos não é, exatamente, uma novidade trazida pelo constitucionalismo do pós-Guerra e da constitucionalização do direito.

No âmbito do Conselho de Estado francês o uso de princípios gerais do direito administrativo como parâmetro da legitimidade dos atos administrativos começou a partir dos anos 1940, amplificando sobremaneira o alcance do controle sobre a discricionariedade administrativa.³⁸¹

No Brasil, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello foi um dos pioneiros na referência aos princípios como técnica de controle dos atos administrativos discricionários. Segundo o autor,

³⁸⁰ “Só elípticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, violadas são as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas. (...) Como os postulados situam-se em um nível diverso do das normas objeto de aplicação, defini-los como princípios ou como regras contribuiria mais para confundir do que para esclarecer. Além disso, o funcionamento dos postulados difere muito do dos princípios e regras. Com efeito, os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção. Diversamente, os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos. Rigorosamente, portanto, não se podem confundir princípios com postulados. (...) As normas de segundo grau, redefinidas como postulados normativos aplicativos, diferenciam-se das regras e dos princípios quanto ao nível e quanto à função. Enquanto os princípios e as regras são o objeto da aplicação, os postulados estabelecem os critérios de aplicação dos princípios e das regras. E enquanto os princípios e as regras servem de comandos para determinar condutas obrigatórias, permitidas e proibidas, ou condutas cuja adoção seja necessária para atingir fins, os postulados servem como parâmetros para a realização de outras normas. Em todos os casos de utilização dos postulados sempre há um raciocínio que é feito relativamente à aplicação de outras normas do ordenamento jurídico. (...) [A]s exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, e oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo “postulado”, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras”. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. P. 122, 125

³⁸¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 58.

a razoabilidade na aferição dos motivos de fato do ato administrativo seria uma decorrência da exigência de proporcionalidade “entre o ato administrativo e o fato que o originou”³⁸².

De todo modo, ainda que já despontasse na doutrina referências à utilização de princípios como parâmetro de controle, é inegável que a promulgação da Constituição da República de 1988 impulsiona consideravelmente o uso de argumentos principiológicos, especialmente na jurisprudência. Na atualidade, é praticamente unânime que princípios gerais de direito administrativo configuram instrumento legítimo de controle da discricionariedade.³⁸³

Entre o final do século XX e começo do século XXI observa-se na doutrina a ascensão da ideia de vinculação direta da Administração ao texto constitucional. A atribuição de eficácia normativa aos princípios fez com que toda atividade administrativa passasse a ser considerada vinculada à ordem jurídica de forma integral, e não mais apenas à uma vetusta noção de legalidade formal, fazendo emergir noções como “discricionariedade justificável”³⁸⁴ e “juridicidade administrativa”³⁸⁵. Esse movimento coloca em xeque a tradicional dicotomia entre vinculação e discricionariedade, sugerindo sua superação por uma concepção baseada na gradativa vinculação dos atos administrativos à juridicidade, a partir do grau de densidade normativa do texto legal em que se baseou a atuação administrativa.³⁸⁶

Na síntese de Gustavo Binbenjón, a ascensão da eficácia normativa dos princípios jurídicos em geral faz com que os parâmetros de controle dos atos administrativos migrem do princípio da legalidade para a “idéia mais ampla de juridicidade”³⁸⁷.

O próprio texto constitucional já confere destaque especial, no caput do artigo 37, a alguns destes princípios aos quais a Administração deve obediência, ao lado da legalidade. De fato, o princípio da legalidade passa por uma releitura e um reposicionamento no Direito Administrativo, à medida que ganha força o posicionamento segundo o qual ele não seria “nem o único, nem o mais importante princípio constitucional”, existindo “outros princípios que

³⁸² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 481.

³⁸³ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.124.

³⁸⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 34.

³⁸⁵ Sobre o termo “juridicidade”, atribui-se a MERKL sua cunhagem, que incluía sob a noção de “juridicidade todo o ordenamento jurídico, abrangendo regulamentos, os princípios gerais, os costumes, etc., tendo reservado a nomenclatura de princípio da legalidade unicamente à lei em sentido formal”. GARCIA, Emerson. *O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa*. In *Discricionariedade administrativa*, coord. Emerson Garcia, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005. p. 224

³⁸⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 205-206.

³⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 207.

protegem a confiança dos particulares, com os quais ele deve ser coerentemente harmonizado”, em lição de Humberto Ávila³⁸⁸, reforçada por Valter Shuenquener de Araújo³⁸⁹.

Tome-se como exemplo a necessidade de compatibilização entre o princípio da legalidade e a eficiência administrativa, que determina “a maior realização prática possível das finalidades do ordenamento jurídico, com os menores ônus possíveis”, seja em relação ao Estado, financeiramente falando, seja em relação às liberdades individuais impactadas pela atividade administrativa³⁹⁰.

Como bem observa Alexandre Santos de Aragão, o princípio da eficiência não leva à mitigação da legalidade, mas sim à sua reinterpretação, de forma a “embeber a legalidade de uma nova lógica” que tenha como foco os resultados práticos efetivamente alcançados pela atuação administrativa (“legalidade finalística e material”). Considerando-se uma realidade de escassez de recursos para atender a todas as demandas sociais impostas à Administração Pública contemporânea, parece-nos razoável que uma interpretação e aplicação da lei desconectada da preocupação com a eficiência administrativa “não pode ser considerada como a interpretação mais correta”³⁹¹.

Essa necessária compatibilização da legalidade não ocorre apenas com aqueles princípios expressamente descritos no caput do artigo 37 da Constituição da República, devendo ser também observada com relação àqueles que são extraídos do ordenamento constitucional como um todo, ampliando sobremaneira as possibilidades de colisões aparentes entre princípios.

Nestes casos, a “coexistência de valores que apontam total ou parcialmente para sentidos contrários”, impõe ao intérprete o dever de harmonizá-los de modo que sejam protegidos ao máximo, em conformidade com o postulado da concordância prática. Este dever fica ainda mais saliente quando se observa a especial tensão que eclode quando entram em conflito aparente princípios que “protegem os cidadãos e aqueles que atribuem poderes ao Estado”³⁹².

A proteção da confiança legítima do cidadão na atuação administrativa configura exemplo perfeito de princípio não expresso no texto constitucional que pode gerar especial

³⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abr./maio, 2002

³⁸⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 134.

³⁹⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo, v.237 p. 1-6. 2004. p. 1

³⁹¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. Revista de Direito Administrativo, v.237 p. 1-6. 2004. p. 2-3.

³⁹² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 132-133.

tensão entre Administração Pública e administrado. Extraído a partir da conjugação da concepção moderna do Estado de Direito e da segurança jurídica, determina que um Estado que pretenda ser adequadamente qualificado como de Direito deve “atuar com clareza, precisão, certeza e, principalmente, respeito às expectativas que cria na mente de seus cidadãos”, caracterizando-se o princípio da proteção da confiança como “uma dimensão subjetiva do plurissignificativo princípio da segurança jurídica”³⁹³.

Valter Shuenquener de Araújo observa que os “princípios da proteção da confiança e da legalidade possuem um intrínseco estado de tensão”³⁹⁴, por constituírem vetores em direções aparentemente opostas em situações diversas. A autotutela administrativa, por exemplo, fundamenta-se no princípio da legalidade para determinar a anulação do ato viciado que tenha gerado benefícios ao administrado, em prol da restauração da ordem jurídica. Já a proteção da confiança vem para criar “obstáculos para o desfazimento de um ato administrativo ilegal, se o seu beneficiário tiver nele confiado”³⁹⁵.

A medida mais adequada será definida, então, a partir da ponderação entre os dois princípios no caso concreto, solucionando um conflito que, para parcela da doutrina (com a qual concordamos) seria apenas aparente, eis que a aplicação da legalidade já pressupõe a adequada observância da proteção da confiança. Assim como ocorre no caso da eficiência administrativa, não merece ser tida por compatível com a legalidade a atuação administrativa que desconsidere a confiança legítima inculcada no administrado pela própria Administração Pública. Tal ponderação, remarque-se, deverá ser efetuada tanto pela Administração Pública quando toma a decisão sobre anular ou não o ato viciado, quanto pelo Poder Judiciário, quando instado a revisar a solução adotada pela autoridade administrativa³⁹⁶.

Gustavo Binenbojm observa que a proteção da confiança legítima pode configurar, inclusive, uma hipótese de eliminação da discricionariedade, ou sua “redução a zero”, quando, não obstante ser possível extrair da norma algum grau de discricionariedade administrativa, o agente público se depara com a “redução da sua possibilidade de escolha a *uma* alternativa”. A necessidade de proteção da confiança legítima do administrado pode, eventualmente, deixar à

³⁹³ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 294/295.

³⁹⁴ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 134.

³⁹⁵ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 129.

³⁹⁶ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016. p. 131/135.

Administração apenas uma solução possível no caso concreto, qual seja, aquela que observe e respeite as expectativas geradas no administrado em decorrência de suas práticas anteriores³⁹⁷.

De forma semelhante já se manifestara Almiro do Couto e Silva, ainda nos anos 1990, ao destacar a dificuldade referente ao adequado equilíbrio entre a legalidade e a proteção da confiança legítima do cidadão, que “tem sido escassamente tratado na doutrina e ainda não apareceu ao que nos conste, na nossa jurisprudência”, ao contrário do que se observava no direito estrangeiro, “notadamente no francês e no alemão”³⁹⁸.

Paralelamente à essa ressignificação da legalidade, princípios constitucionais de caráter mais geral, como igualdade e proporcionalidade, e princípios específicos do Direito Administrativo, como a moralidade e eficiência, vêm progressivamente configurando-se como “instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária”³⁹⁹, à disposição do Poder Judiciário para aprofundar cada vez mais o exame não só dos pressupostos de fato e sua categorização jurídica, como do próprio objeto do ato administrativo.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, por exemplo, atribui aos princípios da realidade e da razoabilidade a condição de limites à discricionariedade. Mais especificamente, como limites à oportunidade, relativos ao motivo, e à conveniência, relativos ao objeto⁴⁰⁰. O princípio da razoabilidade, que ganhou especial destaque na doutrina nacional nos últimos anos, atribuiria ao controlador a possibilidade de aferir se a decisão administrativa tomada no exercício da discricionariedade “contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos *interesses públicos*”, rechaçando interpretações e aplicações da norma que conduzam a resultados contrários à satisfação de tais interesses⁴⁰¹.

A releitura do princípio da legalidade proposta por Diogo de Figueiredo parte da razoabilidade como um limite na valoração dos motivos e na escolha do objeto para afirmar que “a lei não se cumprirá se não houver um mínimo de pertinência razoável entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro”. Trata-se de perspectiva que deve orientar

³⁹⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 230.

³⁹⁸ SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo. RDA 179/1990 P 61/62.

³⁹⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 207

⁴⁰⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 52.

⁴⁰¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 54/56.

tanto o administrador no momento da formulação das escolhas discricionárias, quanto o julgador em eventual controle posterior⁴⁰².

Seguindo esta mesma trilha, Andreas Krell afirma que a “principlização da ordem jurídica” ampliou de forma significativa a “margem de vinculação dos atos administrativos discricionários”, ao trazer os princípios para o centro do processo de interpretação e aplicação do direito, com destaque para a razoabilidade e a proporcionalidade. A consequência disso é que “o campo da discricionariedade administrativa foi consideravelmente reduzido pelos princípios constitucionais”⁴⁰³.

A “juridificação da racionalidade e da razoabilidade administrativa” reduziu a subjetividade da atuação discricionária da administração pública reforçando uma tendência de aumento do controle que já era visível mesmo antes da Constituição de 1988 e ficou mais evidente com os novos parâmetros por ela estabelecidos⁴⁰⁴.

De forma semelhante ao controle pela teoria do desvio de finalidade e dos motivos determinantes, é seguro afirmar que o controle dos atos discricionários através dos princípios angariou ampla aceitação na doutrina nacional.

As controvérsias, no geral, direcionam-se à forma como os princípios devem ser aplicados, com as principais críticas dirigidas especialmente ao mau uso da principiologia jurídica como razão de decidir, que eventualmente transforma o direito público brasileiro em um “ambiente de geleia geral” no qual princípios vagos podem justificar qualquer decisão, como já ressaltou Carlos Ari Sunfeld⁴⁰⁵.

De todo modo, para uma parcela significativa da doutrina, esse estreitamento da discricionariedade decorrente da incidência direta dos princípios constitucionais não representa a possibilidade de controle do mérito do ato administrativo, que permanece imune ao controle jurisdicional.

Este é o posicionamento, por exemplo, de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, para quem o controle jurisdicional desenvolvido com a aplicação dos princípios da realidade e razoabilidade como parâmetros da legitimidade das escolhas administrativas “não importa

⁴⁰² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 57

⁴⁰³ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 76.

⁴⁰⁴ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 76.

⁴⁰⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 205.

absolutamente numa *reavaliação do mérito*, como poderá parecer aos que se aferram a conceitos doutrinários ultrapassados, mas na *verificação de sua conformidade a limites*⁴⁰⁶.

A sindicabilidade (ou não) do mérito do ato administrativo, bem como o impacto da evolução das formas de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, serão o objeto de análise do próximo capítulo.

⁴⁰⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.p. 85/86.

5 O MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO ELEMENTO LIMITADOR (OU NÃO) DO CONTROLE JURISDICIONAL DA DISCRICIONARIEDADE

A respeito da evolução do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil, é possível, neste momento, sintetizar duas breves conclusões. Primeiro, pode-se afirmar, com alguma segurança, que não pairam controvérsias significativas quanto à legitimidade do uso das técnicas acima elencadas no controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Segundo, que é igualmente pacificado o reconhecimento de um estreitamento da “margem de escolha” do administrador, quando no exercício de competências discricionárias⁴⁰⁷.

O controle quanto à *juridicidade* das escolhas administrativas com uso da teoria do desvio de finalidade, dos motivos determinantes e a partir de uma base principiológica é tão aceito no direito brasileiro quanto o controle de *legalidade* dos elementos *vinculados* do ato. Em outras palavras, o uso das técnicas exploradas no capítulo anterior não é, *per se*, objeto de controvérsia relevante na doutrina ou na jurisprudência. As divergências giram, efetivamente, em torno da forma como estas técnicas são utilizadas. Invariavelmente, a controvérsia paira sobre os limites até onde esta revisão poderia avançar, especificamente em relação à insindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário.

A partir da expansão do uso dos princípios jurídicos para o controle dos atos discricionários, é possível divisar uma linha dogmática que, de forma mais consistente, começa a questionar, de diversas maneiras, a tradicional utilização do dogma da insindicabilidade jurisdicional do mérito administrativo como argumento para limitar o controle dos atos discricionários pelo Poder Judiciário.

Antes de abordar essa *nova* dogmática do controle judicial, contudo, é necessário expor o entendimento tradicional, ainda fortemente representado na doutrina e na jurisprudência nacionais.

5.1 A sobrevivência da insindicabilidade do mérito administrativo

⁴⁰⁷ Por todos, ver: MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 225 e seguintes; MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p.88-89.

5.1.1 Primeira fase: mérito como limite “rígido”

Miguel Seabra Fagundes, responsável, em grande parte, por uma nova fase no controle da discricionariedade administrativa no Brasil, definiu o mérito como o “sentido político do ato administrativo” compreendendo os aspectos “nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”⁴⁰⁸.

É possível divisar algo como uma análise institucional comparativa quando Seabra Fagundes, referindo-se ao mérito como um “procedimento da Administração”, afirma estar ele “de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações, só perceptíveis pelo administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento”. Parece razoável inferir desta afirmativa que, segundo o autor, a Administração Pública deteria maior capacidade institucional para bem avaliar as questões atinentes ao mérito do ato, de tal forma que o juiz deveria ficar restrito ao “campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade) que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal”, e a revisão judicial do mérito administrativo representaria uma incursão “no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos”. Em síntese, “o mérito é atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘faria obra de administrador, violando, dessarte, o princípio de separação e independência dos poderes’⁴⁰⁹.

Vitor Nunes Leal, que logo de partida já declara tratar-se o tema do exercício do poder discricionário “terreno melindroso, onde a doutrina tem de utilizar instrumentos de precisão, para não vestir um santo com a roupa do outro, substituindo o arbítrio administrativo pelo arbítrio judiciário”⁴¹⁰, expõe com clareza o raciocínio que prevalecia à época, e que ainda pode ser identificado em parcela de respeito da doutrina contemporânea.

⁴⁰⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo, v. 23. p. 1-16. 1951. p. 2.

⁴⁰⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 181-182.

⁴¹⁰ LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário e ação de administração*. Revista de Direito Administrativo, v.14, p. 53-81. out./dez. 1948. p. 53.

Comentando o acórdão relatado pelo então desembargador Miguel Seabra Fagundes no julgamento da Apelação Cível 1.422, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte em 1948, Vitor Nunes Leal é categórico: o poder discricionário é exercido dentro de uma zona livre, privativa da administração, excluída a possibilidade de revisão da escolha administrativa pelo Poder Judiciário.

Contudo, “a demarcação dessa zona livre é, em si mesma, uma questão jurídica, suscetível de apreciação jurisdicional”. E sendo uma questão jurídica, competiria não à Administração, mas ao Poder Judiciário, “a tarefa de verificar os limites do poder discricionário, em virtude da faculdade que possui o Judiciário, em nosso ordenamento constitucional, de interpretar, final e conclusivamente, o direito positivo”⁴¹¹.

Mesmo a aferição do respeito ao limite interno do poder discricionário seria franqueada ao Judiciário, pois se a escolha administrativa não atendeu à finalidade legal do ato, “deve-se concluir que extralimitou da sua zona livre, violando uma prescrição jurídica expressa ou implícita, o que a transpõe, por definição, para a zona vinculada”⁴¹².

Em sentido semelhante também se manifestou Caio Tácito, que destacou a necessidade de se encontrar um equilíbrio entre “garantir à administração o uso do poder discricionário, eliminando qualquer espécie jurisdicional de controle de oportunidade, mas também proteger o indivíduo contra os riscos da pleora administrativa”. Isso porque, “dentro nos limites legais, a vontade do administrador é livre e plena; quando dêles se afasta é írrita e arbitrária”⁴¹³. O controle judicial limita-se, então, “ao exame da legalidade, não se imiscuindo com o mérito do ato administrativo”⁴¹⁴. Mais especificamente, e de forma peremptória, a oportunidade do ato “em nenhuma hipótese poderá ser apreciada pelo Poder Judiciário”⁴¹⁵.

Mais uma vez, parece-nos ser possível divisar no argumento de Caio Tácito um fundo de análise institucional comparativa quando sugere que “juiz e o administrador se coloquem em seu território próprio, a que estão destinados tanto pela competência legal, como pela especialização profissional”, ressaltando ainda que a experiência prática e maior conhecimento

⁴¹¹ LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário e ação de administração*. Revista de Direito Administrativo, v.14, p. 53-81. out./dez. 1948. p. 64/66

⁴¹² LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário e ação de administração*. Revista de Direito Administrativo, v.14, p. 53-81. out./dez. 1948. p. 67.

⁴¹³ TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954. p. 3.

⁴¹⁴ TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas: Rio de Janeiro, 1959. p. 43.

⁴¹⁵ TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954. p. 3.

pragmático do administrador seriam características relevantes para se decidir “com plasticidade, os problemas da administração”⁴¹⁶.

Esta mesma preocupação com a inaptidão técnica do Poder Judiciário para tratar de questões administrativas é ressaltada também por Themístocles Cavalcanti Brandão, para quem não seria legítimo ao Poder Judiciário “apreciar a conveniência, a oportunidade ou a justiça de um ato”, constituindo “regresso evidente no desenvolvimento da técnica de governo a devolução, a um organismo inteiramente leigo, do controle das numerosas técnicas aplicadas pela administração”⁴¹⁷.

5.1.2 Segunda fase: a insindicabilidade do mérito diante da força normativa dos princípios

Avançando algumas décadas, pode-se observar uma nova geração de juristas que compatibilizam os influxos da principialização do direito e a constitucionalização do direito administrativo com a doutrina da insindicabilidade do mérito, a partir de argumentos um pouco distintos do que se viu na fase que os antecedeu.

Partindo da premissa de que a discricionariedade não configura um *poder* administrativo, mas sim um *dever* imposto à Administração Pública, Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta a existência de um “dever de boa administração”. Nos casos em que compete à autoridade administrativa o exercício de escolhas discricionárias, “o dever jurídico que se põe para a Administração é necessariamente o de escolher a melhor solução”⁴¹⁸.

Isso porque “a lei sempre impõe o comportamento ótimo”, sendo a discricionariedade a forma encontrada pelo legislador para, na impossibilidade de definir previamente qual a medida que atenderá “com absoluta perfeição a finalidade da lei”, atribuir ao administrador o dever de, no caso concreto, “atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal”, definindo a conduta que seja “capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal”⁴¹⁹.

⁴¹⁶ TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. 1954. p. 3-4.

⁴¹⁷ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. 1970. p. 20-23.

⁴¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 152. p. 1-15. 1983.p. 9.

⁴¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 32-33.

Existindo um “dever de boa administração”, impõe-se que se reconheça ao administrado o correlato direito de exigir que a atividade administrativa atenda aos parâmetros do que se configura como “boa administração”. Se por algum motivo a atuação da Administração deixar de cumprir tal dever, da perspectiva do administrado pode-se afirmar que “o ato administrativo ter-lhe-á sonegado uma vantagem que – ante o caso concreto - a lei pretendia lhe fosse deferida, ou ter-lhe-á inculcado um gravame que a lei não desejava lhe fosse irrogado”⁴²⁰.

A violação a um direito subjetivo do administrado mediante a *sonegação de uma vantagem devida* ou a *imposição de um gravame indevido* impõe que se reconheça a possibilidade de recurso ao Judiciário para a correção da eventual ilegalidade, pertencendo ao “campo de atribuições do juiz” proceder a “uma investigação ampla sobre a adequação ou inadequação do ato administrativo ao parâmetro da boa administração”. Ao realizar essa investigação o juiz não extravasaria o “campo do exame da legitimidade nem ingressa na esfera da discricionariedade que assiste ao administrador”, uma vez que a discricionariedade somente se configura legítima quando exercida “dentro dos limites impostos pelo dever de boa administração”⁴²¹.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, independente da natureza vinculada ou discricionária do ato, “o dever administrativo imposto pelo direito é sempre e sempre o de produzir unicamente o ato capilarmente ajustado ao interesse público”⁴²². Nos casos em que o legislador não tenha já predeterminado na norma essa providência ideal, caberá ao administrador defini-la diante do caso concreto.

Ocorre que, em muitas situações práticas, a providência ideal é “objetivamente incognoscível”. O mérito do ato administrativo discricionário seria, então, o “campo de liberdade” que remanesce no caso concreto para que a autoridade administrativa, “segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis”, sempre buscando o “exato atendimento da finalidade legal”⁴²³.

Seria nessa “área incognoscível” que o administrador exercitaria a discricionariedade, “insindicável pelo Judiciário”, e a questão do controle jurisdicional dos atos discricionários converte-se “em larga medida, num problema de prova”. Provado pelo administrado que “a

⁴²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 152. p. 1-15. 1983.p. 11.

⁴²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 152. p. 1-15. 1983.p. 11.

⁴²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 152. p. 1-15. 1983.p. 13.

⁴²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012. p. 38.

providência tomada não realiza, in concreto, a perfeita satisfação do interesse tutelado em abstrato pela regra de direito”, deverá o ato ser anulado pelo juiz. Não sendo provado pelo administrado que havia uma alternativa melhor, a decisão administrativa estaria dentro do campo da liberdade de escolha, dentro do mérito administrativo, insindicável pelo Judiciário.

Não se pode deixar de observar, neste ponto, que a definição do mérito administrativo e, por consequência, do teor insindicável do ato, ocorrerá, a rigor, apenas depois de uma avaliação do próprio Judiciário quanto à qualidade da providência adotada pela Administração.

Dito de outro modo: após verificar a existência ou não de alternativas melhores àquela adotada pelo administrador, o Judiciário, caso julgue, por algum critério não previamente definido, que a providência adotada foi efetivamente a melhor, afirmará que a decisão administrativa se encontra dentro da “margem de liberdade” atribuída ao administrador, configurando o mérito administrativo e, portanto, insindicável. Caso entenda, pelos mesmos critérios, que havia alternativa melhor, ao magistrado será autorizado revisar o ato, por ter o administrador desbordado dos limites do mérito legítimo.

Em última análise, a definição dos limites de atuação do Poder Judiciário na revisão dos atos administrativos fica para um momento posterior à verificação da legitimidade do próprio objeto da revisão judicial. Seria algo como decidir o mérito da questão judicializada para depois aferir a preliminar de competência, em uma analogia com o *iter* decisório no âmbito de um processo judicial.

Almiro do Couto e Silva refuta expressamente a hipotética determinação de que “quando a norma jurídica concede poder discricionário ao administrador, tal poder há de ser exercido de forma que a decisão seja a que melhor atenda ao interesse público”, apontando como primeira objeção, “as numerosas situações em que a própria lei claramente equipara as alternativas possíveis”⁴²⁴.

Fora destes casos, “o que se há de verificar são os reais limites do poder discricionário”, consubstanciados na finalidade legal, nos princípios e regras constitucionais, nos princípios de direito administrativo, na proporcionalidade, dentre outros. O mérito administrativo estaria dentro destes limites jurídicos, na “área de livre apreciação da Administração Pública, guiada pelos critérios da conveniência e oportunidade” espaço no qual não caberia ao Poder Judiciário imiscuir-se. Almiro do Couto e Silva rejeita, mais uma vez, a ideia de que recaia sobre o administrador um “dever de melhor escolha” quando exerce uma competência discricionária,

⁴²⁴ SILVA, Almiro do Couto. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vl.179, p. 51-67. 1990. p. 66.

pois “uma vez que sejam observados os limites, as diferentes decisões ou atos possíveis são, sob o ângulo jurídico, intercambiáveis e fungíveis. Qualquer um deles satisfaz ao direito”⁴²⁵.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a seu turno, declara-se “totalmente em concordância com a doutrina que encontra no mérito o ‘sentido político’ da ação do Estado enquanto administrador”, conforme já sustentavam Seabra Fagundes e José Cretella Jr.”. O mérito deve ser compreendido como o resultado do exercício da discricionariedade, que por sua vez deve ser entendida como uma técnica para a definição mais adequada da oportunidade e conveniência da ação administrativa, elementos essenciais daquele⁴²⁶.

Os limites à revisibilidade do mérito administrativo pelo judiciário seriam definidos, então, pela verificação da adequação do exercício da discricionariedade pela Administração Pública. Agindo a autoridade dentro dos limites legais, o mérito seria insindicável. Do contrário, “a extravasão dos limites legais é *exercício irregular* e, portanto, sindicável”⁴²⁷.

No que se refere ao controle, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que “se alguém deve dar a última palavra sobre os *limites* da discricionariedade, há de ser o Judiciário”, através do exame dos motivos “*para buscar o que excede do juízo de oportunidade*” e do objeto, “*para perquirir o que excede do juízo de conveniência*”. Esta aferição da coerência da atuação da Administração Pública com o ordenamento jurídico será realizada pelo juiz “utilizando os princípios instrumentais da realidade e da razoabilidade”⁴²⁸.

Conclui, então, que a “*sindicabilidade jurisdicional*, desenvolvida segundo a técnica exposta, não importa absolutamente numa *reavaliação do mérito*” como equivocadamente poderiam concluir aqueles que “se aferram a conceitos doutrinários ultrapassados, mas na *verificação de sua conformidade a limites*”. Isso porque estaria o juiz “*apenas controlando os limites objetivos do exercício do poder discricionário*”, ou seja, “uma tarefa que é, por definição, materialmente sua – o *controle de legalidade – um poder-dever* que lhe é próprio”⁴²⁹.

Tal como em Celso Antônio Bandeira de Mello, é possível perceber, nas lições de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, uma grande preocupação em acolher o controle da atuação administrativa a partir de uma matriz principiológica. Enquanto o primeiro confere maior

⁴²⁵ SILVA, Almiro do Couto. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vl.179, p. 51-67. 1990. p. 61-67.

⁴²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 45-47

⁴²⁷ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 49 (grifado no original)

⁴²⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 81-82 (grifado no original).

⁴²⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001. p. 84-86 (grifado no original).

ênfase aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o segundo destaca, além desta, o princípio da realidade. Observa-se semelhanças, também, no fato de que para ambos a insindicabilidade do mérito, ou melhor dizendo, a definição do que efetivamente constitui a parcela insindicável do ato administrativo, somente ocorre após a avaliação das escolhas administrativas pelo magistrado.

É dizer: a partir de parâmetros extraídos do ordenamento jurídico sob o influxo especial dos princípios da razoabilidade e da realidade (ou da proporcionalidade, no caso de Celso Antônio Bandeira de Mello), caberá ao juiz verificar a valoração dos motivos e a escolha do objeto, para avaliar se atendem ao interesse público específico estabelecido pelo legislador como finalidade do ato administrativo.

Após avaliar a adequação da valoração dos motivos e da escolha do objeto, convencido o juiz de que as escolhas do administrador se compatibilizam com o ordenamento jurídico, deverá reconhecer a impossibilidade de controle destas pelo Poder Judiciário. Do contrário, julgando-as exorbitantes dos limites estabelecidos a partir de parâmetros principiológicos, caberia ao juiz declarar que as escolhas administrativas não se encontram dentro do mérito, por terem extrapolado de seus limites. Nesse caso, será cabível a plena revisão judicial.

Mais uma vez, o limite do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa será delineado após a verificação da compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico, a partir de parâmetros relativamente fluidos, como os princípios da razoabilidade e da realidade.

Maria Sylvania Zanella Di Pietro é outra autora que sustenta a insindicabilidade do mérito, mas sob bases um pouco diversas. A preocupação da autora com a plena sujeição dos atos discricionários ao ordenamento jurídico fica clara na crítica da forma como o mérito administrativo “tem servido de palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração”, não sendo aceitável que se utilize o “vocábulo *mérito* como escudo à atuação judicial em casos em que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativas”⁴³⁰.

Remontando às origens da teoria da insindicabilidade do mérito no direito italiano⁴³¹, Maria Sylvania Zanella Di Pietro pondera ser possível que na sua transposição para o ordenamento

⁴³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 132-133 (grifado no original)

⁴³¹ Para um completo e acurado relato histórico das origens da teoria da insindicabilidade do mérito administrativo, refutando o entendimento tradicional acerca da origem italiana e ressaltando a decisiva contribuição nacional para o desenho que conhecemos hoje da imunização do mérito em termos de controle jurisdicional, como que concordamos, ver: PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Cap. 2, item 2.2 e 2.3, p. 94 a 121. Nesse sentido: “Não seria excessivamente ousado dizer que a teoria da imunidade jurisdicional do mérito tem uma origem até certo ponto brasileira e que esse legado jurídico não deve, de fato, ser tributado a uma influência estrangeira

nacional, se “tenha deixado de levar em consideração que naquele país existe a jurisdição administrativa, que tem competência para controlar o mérito”. Não existindo no Brasil a dualidade de jurisdição como no ordenamento italiano, “as competências que seriam de uma jurisdição administrativa têm que se concentrar no Poder Judiciário”. Em razão desta diferença de sistemas, sustenta que “a única conclusão possível é a de que o Judiciário pode examinar o mérito do ato administrativo”⁴³².

Uma ressalva deve ser feita, neste ponto. Apesar de afirmar a possibilidade de exame do mérito pelo Poder Judiciário, mais à frente a autora esclarece que “o que ocorreu foi uma sensível redução do mérito”, e “aspectos que antes eram considerados como de mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo”. Conseqüentemente, o que o juiz pode fazer, efetivamente, é “apreciar os aspectos de legalidade do ato discricionário e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade”, não sendo possível, no entanto, “substituir a decisão discricionária adotada validamente”⁴³³.

Por fim, arremata Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a assertiva no sentido de que o Poder Judiciário poderia controlar o mérito do ato administrativo deve ser lida “em seus devidos termos: o que o judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites” do exercício legítimo desta competência. O controle do juiz na realidade se volta a “verificar se realmente se tratava de mérito ou de legalidade”, não se podendo confundir as duas esferas⁴³⁴.

De forma semelhante ao que se observou nas doutrinas apresentadas anteriormente, respeitados os limites da discricionariedade delineados pelo legislador, não caberia a revisão judicial. Esta apenas seria admissível quando a atuação administrativa desbordar das fronteiras impostas pela lei.

Fica claro que a preocupação (muito legítima, diga-se) de Maria Sylvia Zanella Di Pietro é com o mau uso do argumento da insindicabilidade do mérito administrativo pelo Judiciário, para se furtar do exame de uma série de atos administrativos eventualmente lesivos a direitos dos cidadãos. Com efeito, afirma a autora que “o Judiciário não pode alegar, *a priori*, que se

específica”. PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Cap. 2, item 2.2 e 2.3, p. 100.

⁴³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 134.

⁴³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p.134-135

⁴³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p.136-137.

trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial”, cabendo-lhe, primeiro, aferir no caso concreto a existência de “diferentes opções igualmente válidas perante o direito e aceitáveis diante do interesse público a atender”, não podendo o juiz “corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção”⁴³⁵.

Parece-nos que a autora busca diferenciar duas hipóteses conexas, porém distintas: a verificação, pelo Judiciário, da compatibilidade das escolhas administrativas com o ordenamento jurídico; e a possibilidade de substituição destas escolhas por outras que sejam, aos olhos do juiz, mais adequadas à solução do caso concreto. Sustentar que o juiz não pode substituir-se ao administrador caso a opção administrativa seja legítima, devendo ser respeitada a decisão do administrador, não é o mesmo que afirmar que o juiz não pode analisar a própria escolha em todos os seus aspectos.

Duas observações merecem destaque na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que a diferencia das demais até o momento expostas: a primeira está na forma como a autora indica, de forma clara, que no controle dos atos discricionários o Judiciário analisará todos os aspectos da decisão administrativa, inclusive aqueles relacionados mais diretamente ao mérito, o que não significa dizer que poderá substituir o juízo do administrador pelo seu próprio; a segunda, extraída da crítica ao uso apriorístico do argumento da insindicabilidade do mérito para omitir-se do controle, consiste no reconhecimento de que a definição sobre a possibilidade de revisão judicial do ato administrativo somente se dará, efetivamente, após a verificação de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Marçal Justen Filho parece aproximar-se deste entendimento ao sustentar a impossibilidade de revisão da escolha discricionária no âmbito do mérito administrativo, não obstante reconheça a possibilidade de controle acerca dos seus limites “para verificar se o administrador exercitou a escolha nos limites da competência recebida”, inclusive em relação ao que denomina “defeitos de mérito”, relacionados a decisão que seja “desarrazoada, arbitrária ou destituída de qualquer aptidão a realizar de modo adequado a finalidade buscada”⁴³⁶.

5.1.3 Algumas reflexões sobre a doutrina da insindicabilidade do mérito administrativo

⁴³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p.136.

⁴³⁶ JUSTEN Filho, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle. Posição 7160

Seria injusto sugerir que o posicionamento ora denominado *tradicional*⁴³⁷ mudou pouco desde que Miguel Seabra Fagundes definiu o mérito como o “sentido político do ato administrativo” compreendendo os aspectos “nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”⁴³⁸.

Todo o trajeto percorrido pela doutrina e jurisprudência nacionais, sobre o qual se discorreu nas últimas páginas, evidencia a evolução da compreensão dos institutos jurídicos que gravitam ao redor da ideia de discricionariedade. Este desenvolvimento se deu no sentido da progressiva ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos, sempre na tentativa de compatibilizá-lo com o modelo de Estado Democrático de Direito desenhado na Constituição da República de 1988, sem desconsiderar o contexto contemporâneo onde a Administração Pública se vê obrigada a atuar solucionando questões cada vez mais complexas.

No dilema envolvendo a concreta delimitação da separação de poderes⁴³⁹, especificamente na relação entre os Poderes Executivo e Judiciário, figuram, de um lado, a garantia fundamental de amplo e irrestrito acesso à justiça e, de outro, a autonomia necessária à Administração Pública para bem exercer sua função constitucionalmente atribuída de gestão dos interesses públicos. Parece seguro afirmar que, superado um forte desequilíbrio inicial para o lado da autonomia estatal, desde o final do século XIX a balança vem sendo gradativamente reequilibrada para o outro lado, diante do reforço do controle e da proteção às garantias dos administrados.

Não obstante, é possível divisar uma constante, e dela extrair uma consequência específica: a insindicabilidade do mérito do ato administrativo permanece, até o final do século XX, uma quase unanimidade na doutrina nacional, que só começou a ser questionada com maior consistência a partir do começo do século XXI. A consequência disso é que o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, ao menos para o discurso jurídico

⁴³⁷ Dentre outros: MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 89; MEDAUAR, Odete. *Poder discricionário da Administração*. Revista dos Tribunais, v. 75, n. 610, ago. 1986. p. 44-45; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 212-213; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Atlas. 2021. p. 326; FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 989.

⁴³⁸ FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo, v. 23. p. 1-16. 1951. p. 2.

⁴³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Controle judicial dos atos administrativos*, ano 4, n. 16, Belo Horizonte. Out./dez 2002.

dominante até o começo dos anos 2.000, fica restrito à verificação da observância dos limites ao exercício legítimo da competência discricionária.

O que parece ter sido desconsiderado pela teoria tradicional, e começa a ser confrontado por algumas vozes da doutrina já no começo dos anos 2.000, é que ela se utiliza de um raciocínio essencialmente elíptico: o mérito do ato administrativo é insindicável porque seus elementos não podem ser objeto de reavaliação pelo Poder Judiciário quando ponderados de forma correta pela autoridade administrativa. Ocorre que a adequabilidade da ponderação administrativa somente poderá ser afirmada depois de revisada pelo poder judiciário. Se o juiz, no bojo de um processo judicial, após analisar as provas e circunstâncias de um caso concreto, conclui pelo acerto da decisão administrativa, trata-se de questão de mérito, “insuscetível de reavaliação pelo judiciário” (segundo a avaliação da escolha administrativa feita pelo próprio magistrado pouco antes). Do contrário, caso essa revisão judicial conclua pelo desacerto da ponderação realizada pelo administrador, seria perfeitamente legítimo ao juiz readequar a decisão administrativa, sob parâmetros de legalidade ou juridicidade, não se tratando de mérito do ato administrativo.

Segundo esse raciocínio, a definição do que é mérito como a área livre de apreciação judicial é definida, um tanto paradoxalmente, pelo resultado da avaliação judicial da própria medida reputada por insindicável. Melhor explicando: suponha-se que uma dada providência administrativa atinja a esfera de direitos de um indivíduo. Discordando da medida, este administrado ajuíza uma ação questionando a compatibilidade do ato com o ordenamento jurídico. Antes de afirmar se a decisão se encontra dentro da margem de livre apreciação do administrador, insindicável pelo Poder Judiciário, deverá o juiz apreciar a medida em si, verificando se atende à finalidade da norma a partir de parâmetros como razoabilidade e proporcionalidade (ou, caso se concorde com a linha adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello, analisando todas as medidas conhecidas e cabíveis ao caso, para definir qual delas atenderia *melhor* a finalidade pretendida pela norma). Caso o juiz entenda que a medida em análise atendeu adequadamente à finalidade da norma (ou atendeu “da melhor forma”), afirmará então que se trata de mérito do ato administrativo, insindicável ao Poder Judiciário, não podendo avaliar as escolhas feitas pela Administração, não obstante já tê-lo feito para conseguir chegar a essa conclusão.

O que se tenta demonstrar aqui é que, no limite, o mérito do ato administrativo é definido a partir do acerto ou não da ponderação realizada pelo administrador no caso concreto, segundo o juízo do magistrado que avaliou a decisão administrativa questionada. Sendo a escolha do administrador adequada, na avaliação do juiz do caso, trata-se de questão de mérito. Por outro lado, sendo a opção inadequada, no entendimento do mesmo magistrado, por irrazoável ou

desproporcional, não estará no âmbito do mérito do ato administrativo, sendo plenamente sindicável sem maiores problemas, posto que mera questão de legalidade por desbordar das *margens de escolha legítima*.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sintetiza essa lógica ao afirmar que “o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito ou legalidade”⁴⁴⁰. De uma forma ou de outra, o ato será revisado pelo magistrado.

No fim, a definição do que é revisável ou não pelo Poder Judiciário ocorre após uma revisão levada a cabo pelo próprio Poder Judiciário. Por óbvio que o juiz no caso concreto pode proceder a uma avaliação equivocada, revisando uma decisão administrativa posteriormente tida por adequada em grau de recurso. Isso não infirma o argumento de que a possibilidade ou não de revisão judicial do ato foi definida após, justamente, uma revisão judicial (ainda que de segundo grau).

Parece haver uma certa confusão entre a mera possibilidade de controlar judicialmente os atos administrativos discricionários, ou seja, especificamente a possibilidade de acesso ao Poder Judiciário pelo administrado que se considerar prejudicado, e a falta de legitimidade do juiz para substituir uma escolha legítima do administrador por uma escolha sua a partir de idiosincrasias próprias.

Afirmar que o Judiciário não pode revisar o ato discricionário “desde que ele esteja compatível com o ordenamento jurídico” corresponde, na prática, a autorizar o Judiciário a revisar a correição de qualquer ato administrativo. Isso é bem diferente de afirmar que seria legítimo a substituição da discricionariedade do gestor pela do juiz.

Este dilema da (i)legitimidade de membros do Judiciário para rever escolhas formuladas pelos representantes eleitos é muito presente no âmbito do controle de constitucionalidade das leis. A possibilidade do controle em si não é seriamente questionada, com a ressalva de algumas teorias já citadas, que não encontram muito eco no direito brasileiro até mesmo por conta da expressa previsão constitucional atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para revisar a constitucionalidade de atos normativos⁴⁴¹. As preocupações voltam-se, essencialmente, para a forma como o Poder Judiciário exerce essa atribuição constitucional, se confere às escolhas do legislador a consideração adequada em um sistema de freios e contrapesos, se ultrapassa o campo da razoabilidade, substituindo-se aos membros do

⁴⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012. p. 136.

⁴⁴¹ Constituição da República, art. 102, incisos I, ‘a’ e III.

parlamento como órgão de representação democrática da sociedade, se alguém deve ter a prerrogativa de “dar a última palavra” no sentido da constituição, dentre outras.

Mas os debates sobre os limites do exercício do controle de constitucionalidade não questionam (ao menos não seriamente no Direito brasileiro) a legitimidade do exercício desse controle. Se um magistrado extrapola no exercício dessa competência e se substitui ao legislador, evidente que há aí um problema relacionado à separação de poderes. Mas o problema está na decisão “ruim”, não na existência do controle em si.

A dificuldade relativa aos limites da legitimidade dos tribunais para revisar escolhas feitas por agentes com maior pedigree representativo não é exclusiva do controle judicial da discricionariedade, mas, a rigor, permeia de forma semelhante a atuação do Judiciário diante do Legislativo.

O que merece destaque, parece-nos, é que no caso do controle de constitucionalidade não se busca delimitar a atuação dos juízes a partir de um conceito abstrato que será definido caso a caso pelos próprios magistrados. É exatamente isso que se faz no âmbito do direito administrativo ao sustentar a insindicabilidade do mérito (que, como já dito reiteradas vezes, será definido apenas após a revisão judicial).

Basicamente, o que a teoria que delimita o controle judicial a partir da noção de imunidade do mérito está afirmando é que os limites do controle serão definidos pelo próprio juiz. Como a decisão sobre a adequação ou não do ato administrativo pode variar caso a caso, é de se questionar se o mérito do ato administrativo configura um parâmetro confiável para delimitar a profundidade da revisão judicial do ato administrativo.

Por óbvio que uma decisão judicial é sempre passível de críticas e recursos. Quando afirmamos que “se o juiz entendeu que a decisão administrativa foi desproporcional, então ele pode revisá-la”, não se quer com isso afirmar que a decisão judicial esteja necessariamente correta. Pode ser que esteja profundamente equivocada. Mesmo assim, tecnicamente, o juiz terá seguido o modelo proposto pela teoria da imunidade do mérito. Formalmente falando, procedeu corretamente. No fim, é uma teoria que busca conferir soluções formais para um problema de ordem material, que será delimitado a partir de análises materiais das questões sub judice.

Parece-nos forçoso reconhecer que uma teoria cuja principal ferramenta para definir os limites da atuação do controlador encontra fundamento, na prática, na opinião do próprio controlador (ainda que sujeita a revisão), apresenta sérias dificuldades. Talvez por isso parte da doutrina tenha começado a enfrentar o dilema criado pela ideia de insindicabilidade do mérito administrativo.

5.2 A relativização e superação da barreira do mérito no controle judicial da discricionariedade

A partir do começo dos anos 2000 é possível observar com mais intensidade um movimento crescente na doutrina nacional, que começa a contestar algumas premissas da dogmática tradicional da insindicabilidade do mérito dos atos administrativos discricionários.

Esse movimento de contestação revela diversos matizes, desde autores que sustentam a permanência da ideia de mérito como campo decisório próprio e exclusivo da autoridade administrativa, a autores que expressamente afirmam a possibilidade de sua ampla revisão no controle judicial da discricionariedade. Em comum, no entanto, está a rejeição do uso automático do argumento da insindicabilidade do mérito como fator delimitador do controle jurisdicional do ato discricionário. O mérito administrativo deixa de ser, numa síntese, a régua definidora dos limites do controle judicial do ato administrativo.

5.2.1 A superação do mérito como elemento delimitador do controle jurisdicional do ato discricionário

5.2.1.1 O mérito administrativo sob nova perspectiva

Germana de Oliveira Moraes, escrevendo na virada do século XX para o XXI sobre o controle jurisdicional da atividade administrativa, afirma de forma categórica que “o mérito é o núcleo da discricionariedade e insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz de legalidade, quer à luz dos princípios de Direito”⁴⁴².

Ocorre que a compreensão de “insindicabilidade do mérito administrativo” da autora é distinta daquelas apresentadas linhas acima. A extensão do controle jurisdicional do exercício da competência discricionária não deveria ser delimitada “a partir da exclusão de determinados atos administrativos do crivo do Poder Judiciário”. Invocando uma “moderna compreensão do

⁴⁴² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 50.

Direito”, sustenta a autora que todo e qualquer ato administrativo, mesmo o discricionário “é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito”⁴⁴³.

Germana de Oliveira Moraes critica de forma expressa a “invocação mecânica e irrefletida da orientação jurisprudencial” que adota a tese da insindicabilidade do mérito, “vocábulo de sentido equívoco que tem servido de ‘palavra mágica’” para afastar o controle jurisdicional sobre parcela da atividade administrativa em uma série de situações nas quais ele seria cabível. Em seu entendimento, o juiz deveria “procurar dissociar o mérito do ato da discricionariedade”, no controle dos atos administrativos⁴⁴⁴.

Para isso, define o mérito como os “processos de valoração e de complementação dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo” realizados pelo administrador, tomando como parâmetros os “cânones de conveniência e de oportunidade” quanto à prática do ato. A conveniência deve ser entendida como a “adequação ao interesse público específico que justifica” a prática do ato ou a “necessária harmonia entre esse interesse e os demais interesses públicos eventualmente” afetados. O juízo de oportunidade seria a “ponderação de interesses múltiplos carecidos de acomodação parcial”, tendo como meta o atingimento da finalidade estabelecida na lei. Conveniência e oportunidade representariam, em “em síntese, a idoneidade do ato para concretizar o interesse público”⁴⁴⁵.

Como pode ser observado, a forma como se estrutura a revisão judicial dos atos administrativos proposta pela autora é pouco diversa do que se vê na doutrina tradicional. Criticando a bipartição do controle “em pólos estanques e mutuamente excludentes de legalidade e de mérito”, Germana de Oliveira Moraes propõe que se trabalhe com o conceito de controle de juridicidade dos atos administrativos, que se dividiria em: (i) “*controle de legalidade*”, abrangendo o “exame da conformidade dos elementos vinculados dos atos administrativos com a lei” e; (ii) “*controle de juridicidade stricto senso*”, que comportaria a aferição “da compatibilidade dos elementos discricionários com os princípios”⁴⁴⁶.

O mérito, reitere-se, por comportar “considerações de ordem extrajurídicas”, consequentemente “não parametrizadas nem por regras, nem por princípios, mas por critérios

⁴⁴³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 160.

⁴⁴⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 162

⁴⁴⁵ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 50.

⁴⁴⁶ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49.

não positivados”, remanesce insuscetível de revisão judicial. Neste campo o “Direito positivo não fornece parâmetros de atuação administrativa, nem por intermédio das regras, nem por intermédio dos princípios”⁴⁴⁷.

Assim, ao proceder à revisão da atuação discricionária, poderá o tribunal verificar se a autoridade administrativa, “durante o processo de concepção do ato não vinculado”, avaliou os motivos e definiu o conteúdo do ato observando os parâmetros estabelecidos por princípios como a impessoalidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, a moralidade e a eficiência. Concluindo que “o ato administrativo acatou os princípios gerais do Direito e não causou qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos protegidos pela Constituição”, deverá o magistrado “abster-se de continuar a questionar a validade do conteúdo do ato administrativo”. Caso contrário, “poderá exercer um controle meramente negativo, restringindo-se a determinar a invalidação do ato, cabendo à Administração Pública renovar sua expedição”⁴⁴⁸.

Conclui a autora que “os juízos de razoabilidade e de proporcionalidade não esgotam todos os aspectos de maturação do processo decisório da Administração Pública; não contêm em si todos os critérios orientadores da tomada de decisão do administrador”. Abraçando uma perspectiva *extrajurídica*, Germana de Oliveira Moraes sustenta que o mérito representaria “núcleo da discricionariedade insuscetível de controle jurisdicional, quer à luz da legalidade, quer à luz dos princípios de Direito”⁴⁴⁹.

É curioso observar que a concepção de mérito da autora aproxima-se daquela adotada por Miguel Seabra Fagundes, para quem “o mérito está no sentido político do ato administrativo”, insuscetível de revisão judicial⁴⁵⁰.

Segundo nos parece, a diferença crucial, que motiva categorizar a doutrina de Germana de Oliveira Moraes como “intermediária” na transição para a superação da insindicabilidade do mérito, está na clara dissociação que a autora procura fazer entre mérito e discricionariedade.

Mais uma vez, o mérito é definido após o controle do ato pelo judiciário, ou seja, depois que o juiz verificou que “o ato administrativo acatou os princípios gerais do Direito e não causou qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos protegidos pela Constituição”. A diferença crucial aqui, segundo nos parece, é que Germana não dá o passo atrás para afirmar que o ato

⁴⁴⁷ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 49-51.

⁴⁴⁸ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 161.

⁴⁴⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 147.

⁴⁵⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7 ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 179/181.

seria, então, insindicável, mas dá um passo à frente para afirmar que, não obstante sindicável, tanto que revisado, não teria o juiz legitimidade para “continuar a questionar a validade do conteúdo do ato administrativo”, posto que “os juízos de razoabilidade e de proporcionalidade não esgotam todos os aspectos de maturação do processo decisório da Administração Pública”.

Em síntese, os aspectos jurídicos da escolha administrativa são integralmente escrutinados pelo Poder Judiciário. Não havendo qualquer infração a qualquer norma do ordenamento, nem lesão a direito, não teria o juiz legitimidade para sobrepor-se ao administrador, alterando as escolhas deste, já de ordem política e não mais jurídicas, pelas suas.

Concorde-se ou não com o posicionamento da autora, é preciso reconhecer que fica mitigada a possibilidade de se utilizar do argumento da insindicabilidade do mérito administrativo para obstar o controle jurisdicional, mesmo diante de lesão a direitos do administrado. Com efeito, pela construção de Germana de Oliveira Moraes, tudo que tiver teor jurídico, como por exemplo qualquer invasão na esfera jurídica do indivíduo, será suscetível de revisão judicial.

O que Germana afasta do âmbito da revisão judicial é a valoração política, e, ainda assim, apenas parcialmente, pois se a ponderação política realizada pelo administrador atingir a esfera de direitos do indivíduo, o recurso ao Poder Judiciário para invalidação do ato é sempre possível. A autora é categórica neste ponto, não deixando margem para qualquer dúvida: “Existe sempre para o Poder Judiciário a possibilidade de invalidação de todo e qualquer ato administrativo, inclusive daquele resultante da ação discricionária ou da valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados ou de prognose”.⁴⁵¹

Decidindo pela invalidade do ato, o juiz “não poderá apontar como deverá ser editado o novo ato”, sendo concedido “ao administrador expedir novo ato, com conteúdo diferente do primitivo, pois remanesce intocável certa área de liberdade de decisão administrativa não apreciada pelo Juiz”. Esta é a esfera “política” do ato, insuscetível de revisão judicial. De todo modo, o novo ato poderá, então, ser novamente questionado e revisado em juízo, segundo os parâmetros do ordenamento jurídico, caso venha a violar novamente algum direito dos administrados. Para efeitos práticos, arremata Germana, “o Juiz poderá sempre manifestar-se acerca da validade de cada ato sucessivamente editado pelo administrador em cada caso concreto”⁴⁵².

⁴⁵¹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 161.

⁴⁵² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004. p. 161.

Conclui-se que o mérito, representando a face “não jurídica” do ato administrativo, configurado pela valoração dos motivos e definição de seu conteúdo a partir de critérios “não parametrizados por regras nem por princípios”, não representa um óbice à revisão jurisdicional do ato em si, não podendo ser assim utilizado como argumento para inviabilizar o controle judicial de eventuais lesões a direitos.

5.2.1.2 A centralidade da noção de juridicidade administrativa

Gustavo Binjenbojm é outro autor que endossa as críticas à orientação jurisprudencial então dominante nos anos 2000, que vedava ao Poder Judiciário revisar o mérito da decisão administrativa, “excluindo da apreciação judicial uma série de situações em que ela seria não apenas possível, como necessária e desejável”. Coube à “teoria da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios”, representar “a mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública”. Com o reconhecimento da eficácia normativa dos princípios jurídicos a atividade administrativa passa a ser fundamentada na “vinculação à ordem jurídica como um todo (princípio da juridicidade)”⁴⁵³.

Essa vinculação imediata da Administração Pública às normas constitucionais, especialmente a partir da noção de juridicidade e da incidência direta dos princípios como parâmetro de controle dos atos administrativos, leva à superação da tradicional dicotomia estabelecida entre atos vinculados e discricionários. Consequentemente, impõe-se que seja suplantada também a “predefinição estática a respeito da controlabilidade judicial dos atos administrativos” que parta daquelas categorias binárias⁴⁵⁴.

O mais adequado seria, então, falar em “diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade”. No âmbito de uma Administração Pública diretamente submetida ao controle de juridicidade, o grau de controlabilidade judicial dos atos administrativos corresponderá, via de regra, “ao maior ou menor grau de vinculação do

⁴⁵³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 203-206.

⁴⁵⁴ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 224.

administrador à juridicidade”, avaliada a partir dos parâmetros estabelecidos pelos princípios constitucionais⁴⁵⁵.

Buscando afastar-se da fórmula “ato vinculado-controle amplo / ato discricionário-controle limitado pelo mérito”, Gustavo Binjenbojm sustenta que o grau de intervenção da revisão judicial será determinado a partir “de uma dinâmica distributiva ‘funcionalmente adequada’” das atribuições de cada instituição. Esta distribuição de funções deverá levar em conta tanto a “programação normativa”, ou seja, a “estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais ou regulamentares incidentes ao caso”, quanto as capacidades institucionais peculiares a cada um dos envolvidos, ou seja, a “específica idoneidade (de cada um dos Poderes) em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.”⁴⁵⁶.

Em uma escala decrescente de vinculação, os atos “vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares)” são os que exibem “o mais alto grau de vinculação à juridicidade. Nestes casos, cumpre à Administração atender exatamente o comando expresso da norma, “cabendo ao Judiciário verificar se a conduta da autoridade administrativa foi a correta”, em um exame amplo e profundo da compatibilidade do ato questionado com o ordenamento jurídico⁴⁵⁷.

Em seguida, teríamos os “atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares)”, cuja vagueza e abstração exigem “valorações ou avaliações técnicas dos administradores como condição para sua concretização” e, conseqüentemente, um grau intermediário de vinculação à juridicidade. Nestes casos, caberá ao juiz definir as zonas de certeza positiva e negativa, cabendo-lhe afastar apenas as “soluções manifestamente incorretas”, não lhe sendo concedido definir qual a solução a ser aplicada. Exerce, assim, um controle eminentemente negativo⁴⁵⁸.

Por fim, “os atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de atos discricionários” proporcionam o grau mais baixo de vinculação da atividade administrativa à juridicidade, uma vez que, diante da abertura e abstração dos comandos normativos, “recairá sobre o administrador a tarefa de

⁴⁵⁵ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 206/224.

⁴⁵⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 225.

⁴⁵⁷ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 227.

⁴⁵⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 229.

escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concretiza os fins colimados pela norma de competência”. Nestes casos, caberá ao juiz aferir se o ato administrativo observou os princípios incidentes na hipótese, “não causando qualquer lesão ao administrado”. Havendo violação a algum princípio ou “ponderação administrativa mal feita”, poderá ser decretada a invalidação do ato ou, em certas circunstâncias, até mesmo a determinação da “única decisão conforme ao direito para solucionar o caso”⁴⁵⁹.

Mas como determinar o grau adequado de intensidade do controle, especialmente na última hipótese? Quais parâmetros utilizar para definir o que seria uma “ponderação administrativa mal feita”, passível de invalidação judicial? Em outras palavras, “qual a intensidade adequada ao controle dos exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, feitos pelo administrador”? O que legitimaria o juiz a aferir “se a medida eleita é a que promove melhor, com maior intensidade ou de forma mais segura o fim perseguido”?⁴⁶⁰.

Percebe-se que tais questionamentos têm estreita relação com a necessidade de definir os limites da intervenção legítima do judiciário sobre as decisões administrativas. Gustavo Binjenbojm observa que os princípios constitucionais configuram “instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária”, proporcionando ao Poder Judiciário “uma ingerência crescente sobre aquilo que se convencionou chamar de mérito da decisão”⁴⁶¹. Não obstante, não haveria que se falar em controle do mérito administrativo, do “núcleo da apreciação ou da escolha” caso reconhecida a desproporcionalidade da medida administrativa adotada, pois “o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não é mérito”⁴⁶².

A rigor, o mérito do ato administrativo seria definido a posteriori, ou seja, após o controle da juridicidade da decisão administrativa. Estando a medida administrativa em desacordo com o ordenamento, porque gera ao administrado gravame desproporcional ao benefício visado, por exemplo, tal decisão não estaria albergada na noção de mérito. Conseqüentemente, neste caso, poderia ser plenamente sindicada pelo tribunal. Do contrário, estando a decisão administrativa em conformidade com o ordenamento a partir do exame de

⁴⁵⁹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 229.

⁴⁶⁰ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 235.

⁴⁶¹ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 207.

⁴⁶² BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 208.

juridicidade, estaria então efetivamente dentro da margem de apreciação própria do administrador, insindicável judicialmente.

O que diferencia a construção dogmática de Gustavo Binbenojm das relatadas anteriormente é que, à semelhança do que também propõe Germana de Oliveira Moraes, admite-se a ampla revisão do ato administrativo, não se devendo invocar a fórmula do mérito como óbice ao controle de juridicidade do ato questionado. Em outras palavras: a conformidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico será verificada pelo magistrado em sua integralidade, a partir de standards dinâmicos que levam em conta a “estrutura dos enunciados normativos” e as capacidades institucionais dos entes envolvidos. Em síntese, fica afastado o uso apriorístico e acrítico do mérito administrativo como elemento para delimitar o controle jurisdicional do ato administrativo.

Estes standards sugerem um controle tanto mais intenso quanto maior for o grau de restrição imposto a direitos fundamentais pela medida adotada ou o grau de objetividade extraível do relato normativo em que se baseou a decisão administrativa. De outro lado, quanto maiores o grau de tecnicidade ou de politicidade da matéria, bem como a efetiva participação social no processo de construção da decisão administrativa, menos intenso deve ser o grau de intervenção do controle jurisdicional⁴⁶³.

Pode-se observar, nos standards sugeridos, alguma similaridade com as relações tendenciais já aqui trabalhadas. De fato, fica evidente a preocupação em equilibrar a perspectiva jurídica do controle, assegurando o amplo acesso ao Judiciário por aqueles que se sentirem lesados pela atividade administrativa, com o respeito a algum grau autonomia administrativa, necessária tanto para a gestão eficiente dos bens e serviços públicos, quanto para a assegurar a responsividade da atuação administrativa aos interesses públicos delineados na norma.

Seguindo uma linha semelhante, Andreas Krell, influenciado especialmente pela doutrina e jurisprudência germânicas, defende a “redução conceitual da nebulosa expressão do mérito administrativo”, para submeter ao controle exercido pelo Poder Judiciário inúmeras casos tradicionalmente blindados da revisão judicial porque “se considerava estarem motivados por razões de conveniência e oportunidade”⁴⁶⁴.

Ao final dos anos 1990 e começo dos anos 2000, ganhava força na Alemanha o “enfoque jurídico-funcional” na tarefa de estabelecer os limites do controle jurisdicional da

⁴⁶³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 236.

⁴⁶⁴ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 51.

discricionariedade administrativa. A premissa fundamental para este novo enfoque está na compreensão do princípio da separação de poderes como um “princípio de divisão de funções, o que enfatiza a necessidade de controle, fiscalização e coordenação recíprocos” entre os três Poderes do Estado⁴⁶⁵.

De forma semelhante à “distribuição de tarefas e responsabilidades funcionalmente adequada”, sustentada por Gustavo Binenojm, pondera-se as capacidades institucionais de cada agente (“específica idoneidade em virtude da sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc.”) para definir o adequado grau de intensidade da revisão judicial das decisões administrativas. O controle jurisdicional deverá avançar somente “até onde se possa esperar da decisão judicial uma ‘qualidade material pelo menos igual’ à da decisão administrativa”⁴⁶⁶.

Andreas Krell observa que “a crescente ingerência do Estado na esfera dos direitos fundamentais” demanda uma “atuação mais efetiva do Judiciário”. Refletindo especificamente sobre a realidade nacional, pondera que esta exigência por um Poder Judiciário mais atuante se revela ainda mais premente diante de uma estrutura administrativa “extremamente viciada, inclusive pela excessiva penetração do elemento político no funcionamento da administração”⁴⁶⁷.

Nesse sentido, destaca o fato de que “oportunidade e conveniência, tradicionais características do mérito discricionário, não estão mais fora dos limites da juridicidade”. Com isso, abre-se para o juiz a possibilidade de anulação de “atos que estejam ‘em desavença ou contradição com o quanto juridicamente previsto e o que administrativamente demonstrado’”. Se o uso dos princípios constitucionais como parâmetro de controle pelo Judiciário reduziu o campo da discricionariedade administrativa, isso não significa dizer que essa redução levaria, necessariamente, “à tese que exista somente uma “única opção possível” a ser escolhida pelo órgão competente no caso concreto”⁴⁶⁸.

⁴⁶⁵ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 64.

⁴⁶⁶ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 64/65

⁴⁶⁷ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 84.

⁴⁶⁸ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 76.

Andreas Krell não chega a se posicionar de forma expressa quanto à possibilidade de revisão judicial do mérito administrativo, mas seu posicionamento contrário à utilização deste conceito como limite à submissão do ato ao controle do Judiciário fica bastante evidente.

Criticando a “autorrestrrição dos tribunais em relação ao controle dos atos dos órgãos administrativos”, Andreas Krell sustenta que “até parece ser ainda justificada no Brasil” a representação da discricionariedade como um “Cavalo de Tróia”, tendo em vista que os conceitos tradicionais de discricionariedade e mérito permanecem sendo utilizados “para encobrir arbitrariedades, nepotismo e a falta de vontade (causada por múltiplas razões que não cabe analisar aqui) de muitos juízes em analisar ou anular” determinados atos administrativos.⁴⁶⁹

5.2.1.3 O controle jurisdicional da discricionariedade independentemente da noção de mérito administrativo

Luís Manuel Fonseca Pires sustenta expressamente a desnecessidade de se trabalhar com o conceito de mérito administrativo para definir a amplitude e profundidade do controle jurisdicional dos atos administrativos. Em suas palavras, seria desnecessário utilizar o mérito administrativo, “uma expressão a qual sequer se define com clareza”, para sustentar a sujeição de todos os atos estatais ao controle judicial, à exceção de um núcleo, “sem se esclarecer o que caracteriza este núcleo” que remanesceria imune ao controle⁴⁷⁰.

Suas críticas ao uso da expressão *mérito administrativo* possuem dois fundamentos, essencialmente: (i) primeiro, que haveria “um enleio insuperável, na doutrina e na jurisprudência, sobre a precisa definição de ‘mérito’ do ato administrativo”; e (ii) segundo, “como consequência natural do motivo anterior”, que “sob o rótulo do ‘mérito do ato administrativo’ frequentemente há decisões judiciais que recusam a legitimidade do controle judicial”⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ KRELL, Andreas J. *Discricionariedade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 84/85

⁴⁷⁰ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 232.

⁴⁷¹ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 233.

Neste ponto, reiterando uma crítica já formulada anteriormente por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Luís Pires ressalta que o argumento da insindicabilidade do mérito é utilizando tanto pela Administração Pública para refutar que sua atuação seja revisada em juízo, quanto pelo próprio Poder Judiciário, que muitas vezes “adianta-se para omitir-se do controle e pronunciamento sobre a legitimidade da atividade” também utilizando-se do mesmo argumento da insindicabilidade, “como se a palavra ‘mérito’ comportasse alguma invocação mágica”⁴⁷².

Alternativamente ao uso do mérito como fator delimitativo, Luís Manuel Fonseca Pires sistematiza três paradigmas para auxiliar na ponderação e concretização do controle da discricionariedade administrativa pelo Poder Judiciário, ou, em outras palavras, que respondam se a intervenção judicial é possível e, em caso afirmativo, qual o grau de intervenção admissível.

O primeiro paradigma refere-se à existência de racionalidade na decisão administrativa. A interpretação jurídica realizada pela administração pública, as escolhas realizadas em relação ao momento da ação, à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização, ao objeto, ao conteúdo e ao motivo de direito “devem externar, como primeira condição de legitimidade, racionalidade”. Essa verificação de racionalidade da decisão administrativa “implica avaliar a ponderação da deliberação feita pela Administração Pública, tanto quanto à interpretação do direito como em referência às escolhas feitas no espaço legítimo da competência discricionária”⁴⁷³.

Ou seja, não se trata aqui de mero controle de legalidade de eventuais “elementos vinculados”, mas de efetiva revisão das escolhas administrativas exercidas no campo da discricionariedade, devendo o juiz tomar como parâmetro de adequação a densidade e fundamentação da decisão administrativa, bem como sua contextualização com a realidade. Quanto melhor atender estes parâmetros, “menor a possibilidade de intervenção judicial”. Por outro lado, a ausência ou a “mera referência a um conceito jurídico indeterminado sem que seja conectado a dados da vida” autorizam um “alcance maior das decisões judiciais sobre as deliberações da Administração Pública”⁴⁷⁴.

O segundo parâmetro, denominado “ônus da argumentação dos atores processuais”, direciona-se para a realidade prática, no bojo do processo judicial. Trata-se do dever das partes no processo “de articular argumentos e fundamentos jurídicos de modo claro, preciso e

⁴⁷² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 233.

⁴⁷³ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 284/285.

⁴⁷⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 285.

intimamente enraizado com o fato” do qual se intenta extrair a consequência jurídica pretendida. Nas palavras do autor, judicializada a questão, cabe ao litigante “comprometer-se a persuadir, a aproximar e fazer entrelaçar o fato da vida, isto é, tempo e lugar, a história, com os fundamentos e argumentos que pretende associar para conferir a qualificação jurídica desejada”⁴⁷⁵.

O terceiro e último parâmetro tem relação com o tempo de omissão da autoridade administrativa, quando lhe for imposto o dever de atuar. Segundo Luís Pires, “há uma relação inversamente proporcional entre a inércia da Administração Pública e a possibilidade da tutela judicial”. É dizer, quanto mais longa for a omissão administrativa, mais legítima será a intervenção judicial. Por outro lado, quanto menor for o tempo de omissão imputado à Administração, “menos o Judiciário pode intervir, pois se deve conferir a primazia de escolha do espaço legítimo da discricionariedade administrativa a quem tem a competência para o exercício da função administrativa”⁴⁷⁶.

Como é possível se observar, os parâmetros propostos por Luís Pires para definir o grau a intensidade da atuação do Judiciário na revisão das decisões administrativas é completamente independente de qualquer concepção de mérito administrativo, de qualquer reflexão sobre conveniência e oportunidade, sobre a natureza discricionária ou não dos elementos do ato.

Em verdade, tais parâmetros passam ao largo do conceito de mérito para determinar o grau adequado de intervenção do juiz na revisão das decisões discricionárias. Realizando uma análise mais global da atividade administrativa, as atenções voltam-se mais à forma como a Administração fez uso da competência discricionária para aferir sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

Merece destaque ainda a teoria proposta por Marcos Augusto Perez, que denuncia “uma grande confusão institucional” no âmbito do controle da atividade administrativa discricionária, diante da ausência de regras claras que fixem o modo pelo qual deveria ser exercido o controle jurisdicional, o que compromete muitas vezes o papel da jurisdição⁴⁷⁷.

Esta ausência de regramento claro para a intervenção judicial gera, de um lado, “um cenário perigoso de omissão jurisdicional” decorrente da aplicação irrefletida da “teoria da imunidade do mérito do ato discricionário”. Por outro lado, observa-se uma ampliação no

⁴⁷⁵ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 290.

⁴⁷⁶ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.295.

⁴⁷⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 149.

controle da discricionariedade que ocorre de forma errática e “quase sem critério, no mais das vezes a partir de uma análise que possui baixa densidade jurídica”, resumindo-se a uma aplicação direta de princípios gerais do direito administrativo que “traz consigo uma enorme carga de subjetividade” ou fundamenta-se em “uma retórica excessivamente superficial, para não dizer pueril”⁴⁷⁸.

Diante da necessidade de estabelecer “balizas claras para a jurisdição da discricionariedade administrativa”, Marcos Augusto Perez propõe uma mudança de abordagem da questão. Em lugar de focar o debate na imposição de limites ao controle judicial da discricionariedade, sugere o autor que se passe a “discutir, com mais rigor, as técnicas ou ferramentas que devem ser utilizadas para que esse controle se efetive”, sempre tendo como balizas a legalidade, a efetividade dos direitos fundamentais e os “demais valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito”⁴⁷⁹.

O foco central das preocupações do autor é o quadro atual de insegurança jurídica gerado pela combinação da teoria da imunidade do mérito com um controle judicial cada vez mais principiológico, permitindo que “o juiz deixe de julgar a conveniência e oportunidade do ato administrativo quando bem lhe aprouver” ou, por outro lado, controle a legitimidade de decisões discricionárias “unicamente com base nas convicções que possui (convicções muitas vezes subjetivas) a respeito dos princípios gerais de direito administrativo”⁴⁸⁰.

Diante deste “tenebroso ambiente de insegurança jurídica”, Marcos Augusto Perez engaja-se em delinear regras sobre como esse controle judicial da discricionariedade deveria desenvolver-se, estabelecendo técnicas, métodos e testes. Para isso, parte de duas premissas básicas: (i) que “não há imunidade jurisdicional da discricionariedade administrativa”; e (ii) que os limites de atuação da jurisdição “devem se formar não em função da discussão sobre a criação de zonas de reserva, de imunidade ou deferência”, mas sim pela definição do objeto sobre o qual recairá a atividade jurisdicional e a forma como será exercido esse controle⁴⁸¹.

Propõe-se, então, uma sequência de testes na tentativa de tornar mais objetiva esta aferição de compatibilidade das escolhas discricionária da Administração Pública com o ordenamento jurídico. À exceção dos testes relacionados à “instauração efetiva do processo” e

⁴⁷⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 155.

⁴⁷⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 172-173.

⁴⁸⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 224.

⁴⁸¹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 224.

“instrução completa e isenta do processo”, que de certa forma podem ser extraídos da cláusula do devido processo legal, hoje reconhecidamente aplicável aos processos administrativos, os demais testes em muito se assemelham às etapas de controle já tradicionalmente realizadas, como os “testes mais simples e corriqueiros de (1) competência, (2) forma e (3) conteúdo (ou objeto)”, além daqueles relacionados à “(6) existência material e correção dos motivos e qualificação jurídica dos fatos; e, finalmente, (7) desvio de poder”⁴⁸².

Como demonstrado acima, Gustavo Binjenbojm⁴⁸³ e Luis Manuel Fonseca Pires⁴⁸⁴ propõe standards e paradigmas de ordem material que visam auxiliar o magistrado na tarefa de definir a intensidade da revisão judicial das escolhas administrativas. Dito de outra forma, buscaram os autores estabelecer parâmetros decisórios que possam servir de orientação na definição do grau de intervenção ou deferência nas opções tomadas pela Administração Pública.

Marcos Augusto Perez, de forma diversa, volta suas atenções mais para o aspecto procedimental da decisão administrativa, depositando grande confiança nos testes relacionados à sua adequada procedimentalização, ao ponto de afirmar que “seu papel deve se tornar um dos principais na aferição do modo pelo qual o controle jurisdicional da discricionariedade vai se dar, ao lado dos motivos e da finalidade”⁴⁸⁵.

A questão da importância da processualidade administrativa para a legitimidade dos atos estatais não é exatamente recente na doutrina brasileira, como demonstram os primeiros trabalhos de Odete Medauar sobre o tema⁴⁸⁶. O posicionamento de Marcos Augusto Perez, contudo, avança no sentido de atribuir ao processo administrativo relevância significativamente maior do que mera a legitimação formal do ato, elevando-o à posição de “centro de gravidade, se não do direito administrativo, ao menos do sistema de controle jurisdicional da discricionariedade”⁴⁸⁷.

Atribui-se ao processo administrativo o papel relevantíssimo de “oferecer ao controlador da discricionariedade a medida das fronteiras que separam o controle de sua legalidade e o excesso ou abuso de jurisdição”, cabendo ao juiz essencialmente “medir se há

⁴⁸² PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 292.

⁴⁸³ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006. p. 236.

⁴⁸⁴ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 284/285/290/295.

⁴⁸⁵ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.191.

⁴⁸⁶ MEDAUAR, Odete. *Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

⁴⁸⁷ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 238.

desvios ou vícios no processo administrativo, os quais passam a ser considerados suficientes, por si só, para conduzir à anulação uma decisão administrativa”⁴⁸⁸.

Sustenta o autor que será a partir da “compreensão de como e por que a Administração tomou a decisão jurisdicionalmente questionada” que será possível extrair alguma conclusão sobre a sua legalidade “sem a necessidade de substituir o administrador público em sua função”.⁴⁸⁹

Marcos Augusto Perez reconhece que os testes voltados a verificar à correção do procedimento de tomada de decisão administrativa não são suficientes para solucionar todas as dificuldades relacionadas à definição do grau de intervenção do Judiciário nas decisões administrativas⁴⁹⁰.

De todo modo, fica clara a rejeição à utilização do conceito de mérito do ato administrativo como parâmetro para delimitar o *judicial review* dos atos administrativos, em especial os discricionários.

5.2.2 A plena sindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário

As teorias inicialmente apresentadas, se não chegam a afirmar expressamente a possibilidade de revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, certamente conferem ao instituto uma visão completamente diferente da que lhe foi tradicionalmente atribuída de forma prevalente até o final do século XX. Mais importante para a questão objeto de investigação desta pesquisa, refutam a abordagem que atribui ao mérito a função de delimitar a profundidade da revisão judicial dos atos administrativos.

Há, contudo, uma outra linha doutrinária que, para além de rejeitar a ideia de mérito do ato administrativo como delimitador do *judicial review*, defende expressamente que o judiciário pode revisá-lo se contestado judicialmente.

Sergio Ferraz foi um dos primeiros a expor de forma contundente a necessidade de superação da limitação imposta ao controle judicial dos atos administrativos com base na ideia

⁴⁸⁸ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.238.

⁴⁸⁹ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.239.

⁴⁹⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p.234.

de mérito do ato. Antes mesmo da promulgação da Constituição da República de 1988, o autor, invocando as lições do professor argentino Agustín Gordillo, já pregava o que chamou de “desmantelamento do aparato autoritário da administração pública e do direito administrativo brasileiro”. Sergio Ferraz denuncia o autoritarismo da Administração Pública no Brasil, ao tempo em que criticava o papel adotado pelo direito administrativo, que conferia “uma generosa injeção de justificação doutrinária”, e a omissão da jurisprudência na defesa dos princípios do Estado de Direito⁴⁹¹.

O conceito de mérito proposto por Sergio Ferraz, nas palavras do próprio, configura “formulação consideravelmente próxima da abraçada por Seabra Fagundes”, consistindo no “resultado da valoração que, o agente administrativo elabora, quanto aos dados contingentes, que deverá ter em conta como pressuposto da atividade administrativa”⁴⁹²

O problema da insindicabilidade do mérito do ato administrativo seria, em verdade, precedido por outro, a chamada “teoria brasileira da discricionariedade”, segundo a qual existiria para o administrador “em face de n possibilidade, a possibilidade de, irrestritamente, adotar qualquer delas”. Para Sergio Ferraz, tal concepção não se compatibilizaria com “o *dever de bem administrar*, que não se satisfaz com uma simples boa administração: é o *dever da melhor administração*”⁴⁹³. Por conseguinte, “tem o juiz mais que o poder, tem o dever de desfazer a decisão, quando a única não tiver sido a escolhida, ainda que tenha sido escolhida uma boa”⁴⁹⁴.

O mérito administrativo deveria, então, ser “controlado exatamente em razão do dever de bem administrar”⁴⁹⁵, ou, melhor dizendo, para que se possa “verificar se cumprido ou não, em cada caso, o dever da melhor administração (e não apenas o da boa administração)”⁴⁹⁶.

Além disso, a verificação do mérito seria “imprescindível para que cheguemos a detectar se há desvio de poder ou não, se há abuso de poder ou não”, noções que à época já eram

⁴⁹¹ FERRAZ, Sergio. *Instrumentos de defesa do administrado*. Revista de Direito Administrativo. v.165. p. 11-22. Rio de Janeiro.1986. p.17.

⁴⁹² FERRAZ, Sérgio. *Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes* (Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 297-298.

⁴⁹³ Em sentido semelhante, referindo-se à controlabilidade da discricionariedade administrativa a partir do parâmetro da boa administração: FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed., rev. e amp, São Paulo: Malheiros, 2013.p. 363-365.

⁴⁹⁴ FERRAZ, Sergio. *Instrumentos de defesa do administrado*. Revista de Direito Administrativo. v.165. p. 11-22. Rio de Janeiro.1986. p. 18 (grifos no original)

⁴⁹⁵ FERRAZ, Sergio. *Instrumentos de defesa do administrado*. Revista de Direito Administrativo. v.165. p. 11-22. Rio de Janeiro.1986. p. 20.

⁴⁹⁶ FERRAZ, Sérgio. *Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes* (Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 300.

plenamente conhecidas e aplicadas diuturnamente no âmbito dos tribunais. Para o autor, falar em imunidade de verificação judicial do mérito em um sistema jurídico que reconhece e repudia as figuras do desvio e abuso de poder denunciaria “incongruência evidente entre essas duas formulações, tal como postas, habitualmente, na doutrina e na jurisprudência brasileiras”⁴⁹⁷.

Sergio Ferraz acrescenta, ainda, que a imperativa observância de “certos princípios expressos (moralidade, eficiência) e implícitos (razoabilidade, proporcionalidade, boa fê)”, como requisitos de validade da atuação administrativa, também só poderá ser aferida com “adentramento meritório do ato”⁴⁹⁸

Em síntese, deveria ser ampliado o “âmbito do controle jurisdicional do ato administrativo, de sorte a que não reste à Administração franja alguma de arbitrariedade protegida ou de barreira à supremacia do Direito”. Caberia ao Poder Judiciário “o controle de mérito do ato administrativo, erigindo a verificação *qualitativa* de sua existência à condição de *validade* do agir administrativo”⁴⁹⁹. Essa verificação da conformidade do mérito com o ordenamento jurídico não significa, ressalta Ferraz, “que a perquirição judicial chegue ao ponto de impor que o ato administrativo seja refeito segundo a avaliação meritória do juiz”. Haveria, nesse caso, “inconstitucional invasão e conseqüente usurpação de atribuições e poderes”⁵⁰⁰.

Semelhante entendimento é professado por Edimur Ferreira de Faria, para quem “o juiz terá de penetrar o mérito do ato administrativo para verificar se o agente público se pautou nos limites da discricionariedade que lhe fora conferida pela norma de Direito”, sendo impossível “descobrir se o ato padece de vício de desvio de finalidade ou excesso de poder” se não se admitir a revisão do mérito⁵⁰¹.

Edimur Ferreira de Faria aproxima-se do entendimento professado por Celso Antônio Bandeira de Mello ao afirmar que “o legislador, em tese, quer a melhor solução no atendimento do caso concreto”. Por não ter condições de predeterminar a conduta que melhor atenda à finalidade da norma, atribui-se à autoridade administrativa “determinada faixa discricionária para atuar oportunamente, praticando o ato que melhor consulta ao interesse público, conforme

⁴⁹⁷ FERRAZ, Sergio. *Instrumentos de defesa do administrado*. Revista de Direito Administrativo. v.165. p. 11-22. Rio de Janeiro.1986. p. 19-20.

⁴⁹⁸ FERRAZ, Sergio. *Extinção dos atos administrativos. Algumas reflexões*. Revista de Direito Administrativo. v.231. p. 47-66. Rio de Janeiro.2003. p. 58.

⁴⁹⁹ FERRAZ, Sergio. *Extinção dos atos administrativos. Algumas reflexões*. Revista de Direito Administrativo. v.231. p. 47-66. Rio de Janeiro.2003. p. 60.

⁵⁰⁰ FERRAZ, Sérgio. *Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes* (Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha). Belo Horizonte: Del Rey, 1995. p. 300.

⁵⁰¹ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 243.

a Constituição”. Considerando a exigência de que se promova a *melhor* solução, atribui-se ao gestor o dever de “praticar a única escolha que atenda ao interesse público naquela situação fática”⁵⁰².

A discricionariedade ficaria, assim, “vinculada à melhor opção”, devendo ser admitida “a possibilidade de o Judiciário examinar o mérito do ato administrativo para verificar quanto ao acerto da escolha”. Caberá ao juiz, no caso concreto, declarar a nulidade do ato que não represente a melhor alternativa possível diante das circunstâncias.⁵⁰³

Observe-se que Edimur Ferreira de Faria apresenta dois argumentos distintos para sustentar a possibilidade de revisão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário: primeiro, a imprescindibilidade de sua análise para que se verifique eventual desvio de finalidade ou excesso de poder; segundo, a necessidade de avaliar todos os aspectos da opção formulada pelo administrador para verificar se foi atendido o “dever de melhor escolha”.

Mesmo para quem entende inexistir um dever de melhor escolha (como Almiro do Couto e Silva, por exemplo), parece sustentável o argumento defendido por Edimur Faria (e Sérgio Ferraz) no sentido de que somente se poderá aferir se houve ou não desvio de finalidade escrutinando os juízos de conveniência e oportunidade realizados pelo administrador.

Edimur Ferreira de Faria faz uma interessante análise do célebre acórdão relatado por Miguel Seabra Fagundes na AC 1.422. Defende o autor que, apesar de afirmar a insindicabilidade da conveniência e oportunidade do ato discricionário, “não teria o tribunal condições de conceder a segurança, se não houvesse adentrado o mérito do ato para descobrir qual fora, no caso, o verdadeiro motivo da decisão” da autoridade administrativa no caso concreto. Para o autor, referido acórdão “é, repita-se, irrefutável prova de sindicabilidade do mérito do ato administrativo, pelo Judiciário” uma vez que “somente com esse comportamento é que se pode descobrir o desvio de finalidade, o excesso de poder e a arbitrariedade”⁵⁰⁴.

Rita Tourinho é mais uma autora que sustenta a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo como decorrência necessária do dever de melhor escolha que recai sobre o administrador. A autora extrai do princípio da eficiência “a busca da otimização ou do melhor para o interesse público” e ressalta que “não se pode pensar em norma eficaz sem que exista a

⁵⁰² FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 250-251.

⁵⁰³ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 249.

⁵⁰⁴ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 235.

possibilidade de resposta ao seu descumprimento”⁵⁰⁵. Esta percepção fundamentaria o controle principiológico da discricionariedade administrativa em todos os seus aspectos.

Segundo a autora, a lei, na impossibilidade de sempre prever a melhor solução para o caso concreto, eventualmente atribui ao gestor certa margem “para que possa este escolher qual o melhor caminho a ser traçado no atendimento do interesse geral”. Em outras palavras, quando no exercício de competências discricionárias, deve o administrador público “dentre as alternativas possíveis, escolher aquela mais eficiente, ou seja, aquela que melhor atenda ao interesse público”. Conclui-se, então, “que a necessidade de otimização, contida no princípio da eficiência” representa um “requisito de validade jurídica da atuação administrativa”⁵⁰⁶.

O controle do mérito administrativo pelo Poder Judiciário não violaria a separação de poderes pois ao juiz caberia apenas o controle negativo para “dizer se a conduta administrativa atendeu ou não ao interesse público ou se houve ou não violação de princípios”, ou seja, atuaria o magistrado somente para aferir “conformidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico”. A atuação judicial no controle principiológico da discricionariedade não poderia representar a substituição dos critérios do administrador pelos do juiz, pois “jamais caberá ao judiciário determinar que a Administração Pública adote tal ou qual posição”, salvo expressa previsão legal.⁵⁰⁷

Rita Tourinho arremata seu pensamento afirmando que uma das premissas do Estado de Direito seria evitar que condutas públicas causem lesão ou ameaça a direitos, não se podendo admitir que “a discricionariedade sirva de manto para encobrir atuações administrativas desastrosas, cujo único prejudicado é o cidadão”⁵⁰⁸.

Erica Patrícia Moreira de Freitas Andrade segue na mesma linha ao sustentar não haver “nenhum empecilho para que o Judiciário aprecie o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo diante dos princípios constitucionais”, não estando o juiz, ao reavaliar o

⁵⁰⁵ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 92/128

⁵⁰⁶ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 128.

⁵⁰⁷ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 145/152-153.

⁵⁰⁸ TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013. p. 152.

mérito administrativo, “de forma alguma, substituindo o administrador público e, conseqüentemente, afrontando o princípio da separação dos poderes”⁵⁰⁹.

Sendo o Poder Judiciário, “o guardião da Constituição”, o controle jurisdicional do ato administrativo, vinculado ou discricionário, deverá ser amplo, “ultrapassando as fronteiras da legalidade e adentrando decisão administrativa” para aferir se a escolha administrativa “seguiu os critérios de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”⁵¹⁰.

Por fim, é válido trazermos a lição de Georges Abboud, que fundamenta seu argumento na tese essencial de que “todo ato administrativo que decida uma questão jurídica, em última instância, pode ter a legalidade/constitucionalidade do seu mérito examinada pelo judiciário”⁵¹¹.

A rigor, Georges Abboud vai um pouco além e defende “a inexistência de discricionariedade para solução de questões jurídicas no Estado Constitucional”, somente sendo admissível falar em discricionariedade “onde não se decidem questões jurídicas”, e o critério para definir a revisibilidade do mérito administrativo pelo Judiciário seria, em resumo, o fato de o ato “decidir uma questão jurídica ou judicializável”. Utilizando a “possibilidade de judicialização” como fator de *discrimen*, sustenta o autor, por exemplo, inexistir discricionariedade em relação a políticas públicas relacionadas a direitos fundamentais, “porque se trata de questão que pode, inclusive, ser judicializada perante inércia do Administrador”⁵¹².

É interessante o argumento de que recusar a revisão judicial do mérito criaria, na prática, “uma blindagem ao texto Constitucional para o Executivo que inexistente para os demais poderes”, que se revela insustentável diante da constatação que uma “lei oriunda do Legislativo pode ter seu mérito analisado pelo controle material de constitucionalidade”⁵¹³ sem grande celeuma. Parece-nos um ponto que merece mais atenção da doutrina.

⁵⁰⁹ ANDRADE, Erica Patricia Moreira de Freitas. *Fundamentos para o controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário: os atos discricionários e os conceitos jurídicos indeterminados*. In: FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). *Controle da Administração Pública Direta e Indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do Tribunal de Contas, controle pelo Judiciário e controle social*. p. 105-130, Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 122.

⁵¹⁰ FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). *Controle da Administração Pública Direta e Indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do Tribunal de Contas, controle pelo Judiciário e controle social*. p. 105-130, Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 122.

⁵¹¹ ABBoud, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 188.

⁵¹² ABBoud, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 231-233/246.

⁵¹³ ABBoud, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 247.

5.2.3 Considerações sobre a evolução do controle do mérito do ato administrativo na doutrina nacional

Mesmo diante de todas as divergências identificáveis entre as diversas linhas teóricas expostas neste capítulo, é possível ressaltar uma característica comum: a preocupação constante com a substituição da discricionariedade administrativa pela judicial. Todas as teorias desenvolvidas buscam o enquadramento jurídico das ações estatais e, simultaneamente, evitar o risco de que se atribua ao juiz o poder de administrar.

A doutrina da insindicabilidade judicial do mérito deixa este ponto mais do que evidente ao excluir literalmente uma determinada área de atuação da alçada do Poder Judiciário, o que eliminaria, em tese, o risco de se substituir a discricionariedade administrativa pela judicial.

Um ponto interessante a ser ressaltado é que representantes de todas as linhas teóricas, mesmo dentre aqueles que defendem a insindicabilidade do mérito, criticam o mau uso do argumento, que se transformou em “palavra mágica” para excluir da tutela do Poder Judiciário um sem-número de lesões a direitos que seriam merecedoras da intervenção judicial.

A diferença, parece-nos, é que a linha que rejeita a imunidade do mérito como fator limitador do controle adota uma postura mais realista ao não presumir a aplicação sempre perfeita e adequada de conceitos sobre os quais sequer existe algum consenso na doutrina. A rigor, para essa *nova* linha dogmática, pouco importa o conceito de mérito: pode estar relacionado a questões eminentemente políticas ou não. Se há lesão ou ameaça ao direito de alguém, é cabível a tutela judicial, tal qual assegurado no artigo 5º, XXXV da Constituição da República de 1988. Não deve haver, ao fim e ao cabo, áreas *imunes* ao direito capazes de causar lesão na esfera jurídica do indivíduo.

Aqui pode ser estabelecido um diálogo com a visão multidimensional do direito administrativo. Enxergar no mérito um limite à atuação judicial, diante do seu caráter *essencialmente* político, significa negligenciar parcialmente os demais aspectos (jurídico e gerencial) do ato administrativo.

A tese da insindicabilidade do mérito administrativo como fator delimitador do *judicial review* parte da suposição de que seria possível estabelecer aprioristicamente onde está o *elemento político* do ato, conseqüentemente blindado do controle jurisdicional. Como as divergências teóricas demonstram, na prática é muito difícil delinear com alguma previsibilidade os limites da politicidade do ato. Não raro o aspecto político estará imbricado com o jurídico e o gerencial.

As teorias de Gustavo Binenbojm e Germana de Moraes Oliveira, por exemplo, aparentemente conseguem captar esta multidimensionalidade do ato administrativo, ao assumir que, não obstante o mérito relacione-se a questões de cunho eminentemente político ou administrativo-gerencial, o ato em si pode conter elementos jurídicos, tanto que aptos a causar lesão a direitos dos administrados. Se assim o for, caberá a revisão judicial da decisão administrativa. Além disso, propõe esquemas decisórios “funcionalmente-dinâmicos” que consideram, ou ao menos buscam considerar, todos os fatores que envolvem o ato *sub judice*, desde o esquema normativo sobre o qual se baseia a decisão até as capacidades institucionais dos envolvidos.

Observe-se que não pregam os autores o completo revisionismo judicial das opções políticas do administrador. Apenas buscam afastar a viabilidade de se delinear apriorística e artificialmente as margens dessa opção política, para estabelecer os limites da atividade jurisdicional.

No âmbito do controle de constitucionalidade travam-se profundos debates sobre a legitimidade e os limites da atuação do Poder Judiciário na invalidação de normas oriundas do Parlamento. Usualmente, o papel contramajoritário das Cortes Constitucionais é, dentre outros, o argumento utilizado para justificar a invalidação, por agentes não eleitos, de escolhas formuladas pelos agentes eleitos⁵¹⁴. Mas o fato de ser reconhecido (de forma unânime, pode-se dizer) que não cabe ao Supremo Tribunal Federal substituir-se ao legislador não chega ao ponto de se criar *zonas de imunidade constitucional*.

Em outras palavras, a maior ou menor intervenção do Judiciário na atividade legislativa é questão das mais controvertidas no direito constitucional contemporâneo. Não obstante a atuação judicial possa eventualmente ser objeto de graves críticas por ter-se expandido demasiadamente, atuando em seara que seria legítima ao Legislador, não se propõe que determinadas matérias, por sua *natureza*, permaneçam aprioristicamente fora do alcance do controle de constitucionalidade.

⁵¹⁴ Para uma visão geral e atual das justificativas que legitimam a atuação da Corte Constitucional: BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. 1ª Reimpressão. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2018. P. 155-177. Para uma perspectiva crítica desta visão: ARGUELHES, Diego Werneck. *O Supremo que não erra*. In: VIEIRA, Oscar Vilhena e GLEZER, Rubens (Coord.). *A razão e o voto – Diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*. São Paulo: Editora FGV, 2017. P. 81-107; ARGUELHES, Diego Werneck. Juízes falando pelo povo: Populismo judicial para além das decisões judiciais. In: BOLONHA, Carlos et al. (Coord.). *30 anos da Constituições de 1988: uma jornada democrática inacabada*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019. P. 361-367; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista de Direito do Estado, nº12 (outubro/dezembro 2008). Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

De certo modo, é isso que se pretende ao sustentar a insindicabilidade do mérito como delimitação ao controle judicial dos atos administrativos, criando uma *zona de imunidade de jurisdição*, na linha da crítica formulada por Georges Abboud, acima mencionada⁵¹⁵.

A questão se agrava, ainda, pela percepção de que tal zona imune possui fronteiras extremamente controvertidas. Como se viu, ao longo de mais de um século, ainda não se conseguiu estabelecer, para fins práticos, parâmetros minimamente uniformes para delimitá-la. Não há sequer consenso razoável sobre o que representa o mérito, sobre o que significa “juízo de conveniência e oportunidade”. As definições, no mais das vezes, socorrem-se de expressões vagas e genéricas que definitivamente não facilitam muito a vida do operador do direito na prática, abrindo margem para interpretações absolutamente díspares.

O próximo capítulo busca analisar como o a jurisprudência nacional (essencialmente, o Superior Tribunal de Justiça), trabalha a noção de mérito do ato administrativo como limite à intervenção judicial.

Ressalta-se, por fim, que uma coisa é sustentar a ampla revisibilidade das opções discricionárias do administrador, como algumas das teorias apresentadas neste capítulo propõe. Outra, consideravelmente distinta, é utilizar o argumento da insindicabilidade para “aprioristicamente”, sustentar a impossibilidade de revisão judicial sobre determinada questão.

Esta segunda questão é o foco central deste trabalho, investigar a viabilidade desta tese. Foi com esse propósito que se empreendeu a pesquisa jurisprudencial analisada no próxima capítulo.

⁵¹⁵ ABBOUD, Georges. *Discricioniedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 247

6 O MÉRITO ADMINISTRATIVO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

6.1 O objeto de pesquisa

Ainda que tenham sido feitas algumas referências pontuais à jurisprudência ao longo do texto, até este momento o presente estudo teve um enfoque essencialmente teórico. Partindo da demonstração de duas perspectivas consideravelmente distintas sobre o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário (Capítulo 1), discorreu-se sobre a evolução da concepção de discricionariedade e da forma como se realiza o controle do ato administrativo no Direito brasileiro (Capítulo 2). Ainda no campo teórico, buscou-se delinear alguns conceitos e distinções caros ao tema, como a noção de mérito, conveniência e oportunidade e as controvérsias que emergem a partir do uso de conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador (Capítulo 3).

Estabelecidas as premissas conceituais, os capítulos seguintes dedicaram-se à análise das ferramentas e técnicas utilizadas para o controle judicial da discricionariedade (Capítulo 4) e da evolução por que passou o argumento do mérito administrativo como limite à intervenção jurisdicional (Capítulo 5).

Neste capítulo passaremos à verificação do posicionamento da jurisprudência nacional quanto ao tema. Como já reiterado, no âmbito doutrinário os questionamentos quanto à adequação (ou mesmo viabilidade) de se utilizar a noção de mérito administrativo como fator de limitação ao controle judicial da discricionariedade vem sendo objeto de reflexão e críticas (muitas vezes contundentes) há pelo menos vinte anos.

Em outras palavras, há mais de duas décadas uma parcela considerável da doutrina brasileira, representada por administrativistas de destaque, rejeitam a ideia de que se possa aprioristicamente definir um limite ao controle judicial da discricionariedade administrativa a partir de um conceito (extremamente) impreciso como o mérito administrativo.

Há, contudo, uma percepção geral de que esta *nova* dogmática, como optou-se por denominá-la ao longo do trabalho, “não pegou” no âmbito jurisprudencial. A pergunta que se busca responder é: afinal, a jurisprudência nacional aderiu ao movimento doutrinário que vem se desenvolvendo ao longo dos últimos vinte e cinco anos, passando a adotar uma perspectiva mais global do ato administrativo e abandonando a dicotomia “vinculação/discricionariedade”

em prol de uma concepção de vinculação gradativa ao ordenamento jurídico? Persistindo na jurisprudência a preferência pela tese da insindicabilidade, de que forma os tribunais delimitam o que é mérito, insuscetível de revisão judicial, e o que configura extrapolação dos limites decisórios legítimos da autoridade, abrindo as portas para um controle de *mera* legalidade?

6.2 A metodologia da pesquisa

Como o objetivo proposto foi verificar a adesão da jurisprudência a uma ou a outra linha de pensamento, optou-se por uma pesquisa essencialmente quantitativa. Explica-se: ainda que eventualmente um julgado ou outro tenha seguido uma determinada linha argumentativa, não se pode afirmar que esta decisão represente, efetivamente, a adesão do *Judiciário* à tese utilizada no precedente específico.

Para a finalidade proposta, uma pesquisa mais ampla em termos quantitativos refletirá melhor qual linha dogmática a jurisprudência vem seguindo de forma consistente, ou até mesmo se a questão é altamente controvertida, não sendo possível identificar uma corrente realmente predominante.

Considerando limitações de tempo e espaço, optou-se por concentrar a pesquisa na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista seu caráter nacional e uniformizador. Como se pretende identificar uma orientação jurisprudencial que indique, com algum grau aceitável de precisão, o posicionamento do Tribunal sobre a matéria, a pesquisa restringiu-se às decisões colegiadas, descartando as monocráticas.

O parâmetro utilizado para aferir a intensidade da intervenção do Poder Judiciário na atuação da Administração Pública, ou, melhor dizendo, o grau de adesão ao argumento da insindicabilidade do mérito administrativo, foi a manutenção ou não da decisão administrativa questionada judicialmente. Por “manutenção da decisão” referimo-nos ao status final atingido após o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça. Exemplificativamente, se o juiz em primeira instância anulou o ato administrativo, teve sua sentença mantida pelo tribunal local ou regional, mas em sede de recurso especial tais decisões anulatórias foram reformadas pela Corte Superior, restaurando-se o ato judicialmente questionado, considera-se para os fins da pesquisa que a decisão administrativa não foi reformada pelo Judiciário. Por outro lado, na hipótese em que o juiz em primeira instância tenha mantido íntegra a decisão administrativa, o tribunal local tenha reformado a sentença para anular a decisão tomada pela Administração Pública, e o

Superior Tribunal de Justiça deixe de apreciar o recurso especial em razão de alguma preliminar processual, foi considerado que a decisão administrativa foi reformada pelo Poder Judiciário, ainda que a última decisão sobre a mesma tenha ocorrido no âmbito do tribunal local ou regional.

O norte que direcionou a pesquisa, reitere-se, foi o status final da decisão administrativa: se, ao final do processo, ela restou anulada, ainda que pelas instâncias locais ou regionais e o mérito da questão não tenha sido conhecido pela Corte Superior por conta de preliminares processuais, considerou-se a decisão como reformada pelo Judiciário. Por outro lado, se ao final ela se manteve íntegra, ainda que eventualmente anulada e *reavivada* no decorrer do processo, considerou-se que não houve reforma pelo Judiciário.

Por fim, com relação ao marco temporal, delimitou-se a pesquisa aos acórdãos cuja data de julgamento compreende-se entre 01 de janeiro de 2013 e 31 de dezembro de 2022. Abarcou-se, assim, 10 anos de jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. Considerando que a ora denominada *nova* dogmática começa a ganhar força no ambiente acadêmico ao final dos anos 1990 e começo dos anos 2000, acredita-se que a janela compreendida pela pesquisa, entre 10 e 20 anos de desenvolvimento teórico, seja suficiente para identificar qualquer grau de adesão às novas teorias, caso tenha ocorrido.

6.3 Primeira etapa de pesquisa: termos amplos

Na primeira etapa da pesquisa foram utilizados termos de busca consideravelmente abertos, de forma a amplificar os resultados o máximo possível. Utilizando-se as expressões “mérito administrativo” e “conveniência e oportunidade”, no período compreendido entre 2013 e 2022, a busca com estes comandos retornou 440 e 446 acórdãos, respectivamente, totalizando 886 acórdãos. Foram excluídos 49 julgados duplicados, chegando ao total de 837 acórdãos em que o Superior Tribunal de Justiça utilizou a expressão “mérito administrativo” ou “conveniência e oportunidade”.

Dentre estes 837 acórdãos, em 604 (72%) o ato foi mantido pelo Judiciário e em 97 (12%) houve a reforma da decisão administrativa. Em 136 julgados (16%) a matéria decidida não tinha qualquer relação com o objeto de pesquisa, utilizando-se a expressão “conveniência

e oportunidade” com outra conotação⁵¹⁶, ou, ainda que tivesse alguma relação com o tema pesquisado, não foi possível identificar, a partir da ementa do acórdão, se houve ou não a reforma da decisão administrativa em alguma instância judicial, em geral porque a decisão da Corte Superior fundamentou-se em alguma questão processual preliminar, sem descrever o caso ou entrar em maiores detalhes sobre a matéria decidida.

Descartando estes julgados não relacionados ao objeto de pesquisa, chega-se ao total ajustado de 701 acórdãos. Dentro deste universo, em 604 (86%) oportunidades o ato administrativo foi mantido, ao passo que em 97 (14%) houve a reforma judicial da decisão tomada pela Administração Pública.

Pode-se observar, em um primeiro momento e sem pretensão de esgotamento da análise, que na grande maioria das oportunidades em que o Superior Tribunal de Justiça menciona as expressões “mérito administrativo” ou “conveniência e oportunidade” em seus acórdãos, há uma forte tendência à manutenção do ato administrativo (86%).

Uma primeira conclusão que pode ser extraída destes números é que, mencionadas estas expressões, é quase certo que a decisão administrativa será mantida pelo Poder Judiciário (em quase 9 de 10 oportunidades). Relevante, ainda, observar que em praticamente todas as oportunidades o dogma da insindicabilidade do mérito administrativo é invocado como razão de decidir.

Com relação às decisões administrativas reformadas, não é possível afirmar, por outro lado, que houve o reconhecimento da sindicabilidade do mérito pelo Poder Judiciário. Na maior parte dos casos a reforma se deu por questões de ilegalidade manifesta. Estas hipóteses serão mais bem avaliadas a seguir, quando discorrermos sobre a segunda etapa da pesquisa.

⁵¹⁶ Foram encontradas muitas referências ao “juízo de conveniência e oportunidade do magistrado” na condução de questões processuais, cíveis ou penais, como por exemplo: “*O processamento do incidente de uniformização de jurisprudência previsto no art. 476 do CPC/1973 constitui faculdade do relator, de acordo com sua própria conveniência e oportunidade*”. AgInt no AREsp 470837/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo, Dje 20/09/2022; “*De acordo com a orientação jurisprudencial vigente nesta Corte Superior, pertence ao julgador a decisão acerca da conveniência e oportunidade sobre a necessidade de produção de determinado meio de prova, inexistindo cerceamento de defesa quando, por meio de seu convencimento motivado, indefir pedido de dilação da instrução probatória*”. AgInt no AREsp 1652989/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio Belizze, Dje 08/05/2020; “*condenado o paciente a uma pena superior a 1 (um) ano, poderá o magistrado, observando a conveniência e a oportunidade da substituição, e atendendo o preceito legal, substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e multa, ou, duas penas restritivas de direito*” HC 313675/RJ, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Dje 09/12/2015; “*Ante a disponibilidade da ação penal privada, regida, ainda pelos princípios da conveniência e da oportunidade, não cabe ao juiz tutelar o regular exercício do direito de queixa, limitando-se, conforme o caso, a aplicar o direito cabível à espécie*.” AgRg nos EDcl na APn 958/RJ, Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 26/11/2020; “*Esta Corte já definiu que, “constitui faculdade do Juízo processante determinar o desmembramento de processos, competindo-lhe avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que aplicável a regra prevista no art. 80 do Código de Processo Penal. A decisão sobre o desmembramento das investigações e sobre o levantamento do sigilo compete ao Tribunal competente para julgar a autoridade com foro por prerrogativa de função*”. AgRg no AREsp 1584354/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, Dje 04/05/2020.

6.3.1 Primeira etapa – segunda fase

Em um segundo momento, ainda nesta primeira etapa de pesquisa utilizando termos de busca amplos, propôs-se um questionamento derivado, subsequente à constatação de que há uma tendência (muito forte) de manutenção da decisão administrativa quando o Judiciário se refere a “mérito administrativo” ou “conveniência e oportunidade”: o que ocorre quando, mesmo no exercício da revisão judicial de atos administrativos, estas expressões *não* são mencionadas?

Uma crítica vista reiteradamente na doutrina, em todas as linhas, refere-se ao mau uso da expressão “mérito administrativo” pelos tribunais. Conforme demonstrado ao longo do texto, afirma-se que os magistrados, frequentemente, utilizariam tal expressão, reforçada pela teoria da insindicabilidade, para afastar determinadas matérias da revisão judicial onde ela seria cabível.

Cogitou-se, então, a seguinte hipótese: a partir da premissa acima enunciada, seria possível inferir que os magistrados, quando pretendem reformar a decisão administrativa, evitem utilizar a terminologia “mérito administrativo” ou “conveniência e oportunidade”? Considerando a estreita vinculação destas expressões com a teoria da insindicabilidade, observada linhas acima, seria razoável supor que, na ausência de tais termos, haveria um índice maior de revisão das decisões administrativas?

Para responder a estas perguntas, foi realizada nova pesquisa utilizando-se as expressões “ato administrativo e controle e legalidade”; “ato administrativo e proporcionalidade”; e, por fim, “ato administrativo e juridicidade”.

Na primeira (“ato administrativo e controle e legalidade”) foram encontrados 255 acórdãos, dos quais 31 não possuíam relação com a matéria objeto de pesquisa, perfazendo um total ajustado de 224 acórdãos. Destes, 181 (81%) não reformaram o ato administrativo, ao passo que em 43 (19%) casos a decisão administrativa foi objeto de reforma judicial.

Na segunda (“ato administrativo e proporcionalidade”), dos 237 julgados encontrados, 56 não tinham relação com este estudo⁵¹⁷. Excluídos estes, chega-se a um total ajustado de 181

⁵¹⁷ Por exemplo: “3. Nos termos da jurisprudência consolidada neste Superior Tribunal de Justiça, o reexame dos critérios fáticos sopesados de forma equitativa e levados em consideração para fixar os honorários advocatícios só é possível em recurso especial quando o valor fixado nas instâncias locais for exorbitante ou ínfimo, de modo

acórdãos, dos quais 136 (75%) mantiveram o ato impugnado, enquanto em 45 (25%) casos houve a reforma da decisão administrativa pelo Poder Judiciário.

Por fim, a terceira pesquisa (“ato administrativo e juridicidade”), apesar de utilizar-se de uma terminologia de ampla difusão e aceitação doutrinária, obteve como retorno apenas 9 acórdãos que, no período entre 01/01/2013 e 31/12/2022, utilizaram conjuntamente as expressões “ato administrativo” e “juridicidade”⁵¹⁸. Dentre estes, 1 acórdão não tinha qualquer relação com o objeto desta pesquisa, perfazendo-se um total ajustado de 8, dentre os quais em 6 (75%) não houve reforma da decisão administrativa, e em 2 (25%) o ato foi reformado em juízo.

*a afrontar os princípios da razoabilidade e da **proporcionalidade**. No caso, ausentes tais hipóteses, incide a Súmula n. 7 do STJ. 4. O Tribunal Regional Federal a quo entendeu pela existência de ilegalidade formal da Portaria n.º 1839/GM/MS, tendo em vista a sua falta de homologação pelo Conselho Nacional de Saúde. Neste ponto, cumpre destacar que, tendo sido o referido **ato administrativo** editado para alterar os valores pagos pelo SUS aos hospitais em virtude do atendimento aos usuários, imprescindível, nos termos do art. 26 da Lei n.º 8.080/90 - a sua aprovação pelo Conselho Nacional de Saúde, o que não ocorreu no presente caso”. AgRg no REsp 1360559/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje23/04/2013; “7. A teleologia da Lei 8.429/1992 sacramenta e normatiza não só a finalidade **do ato administrativo**, mas também como sua concreção deve pautar-se no mais elevado padrão moral e ético, conforme entabulado no art. 37, caput, da Carta Magna. 8. De acordo com a sólida jurisprudência do STJ, a revisão das sanções cominadas pela instância ordinária, em regra, é inviável, ante o óbice da já citada Súmula 7/STJ, salvo se verificada a inobservância aos limites definidos no art. 12 da Lei 8.429/1992, ou se na leitura do acórdão recorrido transparecer falta de **proporcionalidade e razoabilidade**”. REsp 1718916/BA, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 11/10/2019.*

⁵¹⁸ Diante do resultado escasso, ampliou-se a busca utilizando exclusivamente o termo “juridicidade”, no mesmo intervalo de tempo fixado, retornando 78 resultados. Ocorre que tal ampliação decorreu do uso da expressão em sentido consideravelmente diverso daquele que se relaciona com o objeto desta pesquisa (juridicidade administrativa, ou do ato administrativo). Por exemplo: “*PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RÉU IMPRONUNCIADO. APELAÇÃO DO PARQUET. REFORMA DO JULGADO DE PRIMEIRO GRAU. PRONÚNCIA DO ACUSADO CALCADA NO INQUÉRITO POLICIAL E EM TESTEMUNHO INDIRETO (HEARSAY TESTIMONY) PRESTADO PELO PAI DA VÍTIMA. INADMISSIBILIDADE. ART. 155 DO CPP. ORIENTAÇÃO ATUAL DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 5. Na hipótese em foco, optar por solução diversa implica inverter a ordem de relevância das fases da persecução penal, conferindo maior **juridicidade** a um procedimento administrativo realizado sem as garantias do devido processo legal em detrimento do processo penal, o qual é regido por princípios democráticos e por garantias fundamentais. Em outras palavras, entender em sentido contrário seria considerar suficiente a existência de prova inquisitorial para submeter o réu ao Tribunal do Júri sem que se precisasse, em última análise, de nenhum elemento de prova a ser produzido judicialmente”. AgRg no HC 751046/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, Dje 22/08/2022; “*HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO TENTADO. PRONÚNCIA DERIVADA DE ELEMENTOS OBTIDOS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO POLICIAL. EVIDÊNCIA NÃO CONFIRMADA EM JUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA PARA RESTABELECEER A SENTENÇA DE IMPRONÚNCIA DO PACIENTE. 3. Alinhando-se à atual orientação do Supremo Tribunal Federal, este Superior Tribunal vem entendendo que, dada a carga decisória da pronúncia e sob pena de indevida inversão da ordem de relevância das fases da persecução penal, não se pode admitir que o réu seja pronunciado com fundamento exclusivamente em elementos informativos colhidos na fase inquisitorial, sem qualquer lastro probatório colhido na fase do *judicium accusationis* do Tribunal do Júri. Com efeito, entender de modo diverso implica conferir maior **juridicidade** a atos investigativos de cunho administrativo e desprovidos das garantias do devido processo legal, em detrimento do processo penal, no qual vigoram princípios democráticos e garantias fundamentais”. HC 643974/RS, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, Dje 23/05/2022.**

6.3.2 Análise dos dados obtidos nesta primeira etapa

Diante da diferença de quantitativos globais encontrados quando se utilizou como termos de busca “mérito administrativo” e “oportunidade e conveniência” (701 acórdãos, com 86% de manutenção da decisão administrativa, em geral fundamentado justamente na insindicabilidade do mérito) ou “juridicidade” (8 acórdãos, com 75% de manutenção da decisão administrativa), uma primeira conclusão a que se pode chegar, é que o entendimento jurisprudencial francamente majoritário segue acolhendo a teoria da insindicabilidade do mérito administrativo como limite à atuação judicial.

Outra observação a ser feita, a partir da proximidade dos percentuais na relação “manutençãoXrevisão” da decisão administrativa pelo Poder Judiciário (“*mérito/conveniência e oportunidade*” – 86% X 14%; “*ato administrativo e controle e legalidade*” – 81% X 19%; “*ato administrativo e proporcionalidade*” – 75% X 25%; “*ato administrativo e juridicidade*” – 75% X 25%), é que impacta pouco no resultado a utilização ou não das expressões “mérito administrativo” e “conveniência e oportunidade”. Melhor dizendo: não se observou uma tendência na jurisprudência de referir-se ao mérito para reforçar a teoria da insindicabilidade e omitir tal expressão quando se pretendia reformar a decisão administrativa. A pouca variação nos percentuais denota uma postura mais ou menos estável de deferência judicial às decisões administrativas, com uma leve redução nesta tendência quando se utiliza o termo “proporcionalidade” como fator relevante.

Uma análise mais detida dos dois acórdãos que reformaram a decisão administrativa na pesquisa envolvendo o termo “juridicidade”, pode trazer alguns esclarecimentos interessantes.

Primeiro, o RMS 37327/SE, julgado pela 2ª Turma em 20/08/2013 e relatado pelo Ministro Herman Benjamin, anulou remoção *ex officio* de delegado de polícia pela autoridade competente por ausência de fundamentação do ato. No caso, afirmou o Ministro Relator que a portaria que oficializou a remoção do servidor “não trouxe qualquer referência ou mesmo informação remissiva à ata do Conselho Superior para permitir ao Delegado removido saber o motivo e a finalidade de sua transferência”, revelando flagrante ilegalidade por inobservância do disposto no artigo 50, I e § 1º da Lei nº 9.784/99. No decorrer do processo apurou-se, ainda, o desvio de finalidade do ato, diante da “incongruência entre o motivo e o objetivo do ato de remoção”, uma vez que as informações levadas aos autos pela autoridade impetrada era “marcada por generalismos e subjetivismos”.

Para o Ministro Relator, integra o “bloco de juridicidade do ato administrativo - ainda que discricionário - a explicitação das razões que levaram a Administração Pública à sua prática”. A decisão administrativa, mesmo discricionária, “sujeita-se à sindicabilidade jurisdicional de sua juridicidade”, não invadindo, contudo, “o mérito administrativo - que diz com razões de conveniência e oportunidade - a verificação judicial dos aspectos de legalidade do ato praticado”⁵¹⁹.

O segundo julgado destacado, MS 20001/DF, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho⁵²⁰, trata do direito à nomeação de candidato aprovado em concurso público fora do número de vagas previsto no edital. O Ministro destaca inicialmente que a “expressão legalidade, que durante a primeira fase do Estado de Direito dominava a avaliação da validade dos atos administrativos, perdeu, desde os anos iniciais da década de 50 do século XX, a sua primazia”. Em seguida, pondera que o Estado Democrático de Direito na atualidade “não se rege mais pela simples legalidade, que assumiu a feição de legalismo”, submetendo-se contemporaneamente “à juridicidade, que abrange, além das regras positivas, os princípios jurídicos da justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade”.

Com estas premissas, julgou o Ministro ter ficado “cristalina a arbitrariedade flagrante da Administração, configurando a preterição imotivada da candidata”, em razão do surgimento de novas vagas no cargo pretendido, durante o prazo de validade do certame em razão de nomeações tornadas sem efeito e aposentadorias, “o que torna líquido e certo o direito da impetrante”, que era a primeira candidata ainda não convocada.

É possível observar uma ligeira diferença no raciocínio aplicado nos dois julgados, não obstante ambos tenham feito ilações semelhantes em relação ao controle de juridicidade dos atos administrativos.

No primeiro acórdão o Ministro relator Herman Benjamin enfatiza a existência de um “bloco de juridicidade do ato administrativo” ao mesmo tempo em que ressalta que a sindicabilidade da juridicidade não implica incursão no mérito do ato. De todo modo, a decisão encontra fundamento efetivo na ausência de motivação do ato questionado judicialmente.

Há, contudo, um dado essencial: no curso do processo a Administração expôs que a remoção se deu “por interesse do serviço ou conveniência da disciplina”, em razão de desentendimentos entre o impetrante e seu coordenador. Avaliando a possibilidade de tais

⁵¹⁹ RMS 37327/SE, 2ª Turma, Rel. Min Herman Benjamin, Dje 12/09/2013.

⁵²⁰ MS 20001/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Dje 02/09/2019.

desentendimentos causarem prejuízos à boa prestação do serviço, entendeu a Administração Pública que o mais adequado seria a remoção *ex officio* do delegado de polícia.

O que fez o administrador, no caso, foi um juízo prospectivo: diante das divergências apresentadas entre coordenador e subordinado, considerando existir a possibilidade de prejuízo à prestação do serviço, optou por remover o último para outra coordenação.

Sem ao menos indicar elementos que permitam a conclusão de que houve abuso ou desvio de poder, pelo uso indevido da remoção para “punir” o subordinado, o que o Ministro Herman Benjamin fez, a rigor, foi reavaliar a ponderação entabulada pela Administração Pública, afirmando que a identificação do interesse público na remoção estaria marcada por “generalismos e subjetivismos”.

Com efeito, afirma o relator que não poderia a “Administração Pública aferir aprioristicamente se as ações policiais serão ou não prejudicadas pelas diferenças profissionais entre o Delegado impetrante e seu coordenador”, sendo necessário que se comprove “concretamente a efetiva existência de prejuízo ao serviço público”. Do contrário, não passaria de “um juízo de mero subjetivismo que não se compatibiliza com o princípio constitucional da impessoalidade”.

É válido ressaltar que não se julga aqui o acerto ou desacerto da decisão tomada no acórdão. O que se analisa, efetivamente, é a argumentação utilizada e sua compatibilidade com a teoria da insindicabilidade do mérito, invocada pelo próprio Ministro Relator. É possível que nos autos houvesse elementos suficientes para concluir que a intenção do ato administrativo era efetivamente “punir” o agente público subordinado fora das hipóteses legalmente previstas, sendo plenamente cabível a invocação do desvio de finalidade como fundamento para a anulação.

O que se argumenta, neste momento, é apenas e tão somente que, a partir da fundamentação apresentada, parece-nos haver um conflito de julgamento de prognósticos e de como se posicionar diante da previsão realizada: para a Administração Pública, os embates entre coordenador e subordinado *podem* prejudicar a boa prestação do serviço, justificando a remoção do último *antes* que se concretize qualquer prejuízo no serviço prestado (ainda mais em se considerando a sensibilidade da área de atuação dos envolvidos); ao mesmo tempo, para o Ministro relator, esta ilação seria “marcada por generalismos e subjetivismos”, não sendo possível à autoridade administrativa a formulação de tal prognóstico, uma vez que deveria comprovar “concretamente a efetiva existência de prejuízo ao serviço público”.

Ou seja, para o Ministro relator, a conduta da Administração de se antecipar a eventuais problemas não foi juridicamente válida, tendo violado direitos do servidor removido indevidamente.

Este acórdão bem ilustra dois pontos relevantes quanto à utilização do argumento da insindicabilidade do mérito administrativo. Primeiro, a dificuldade de se comprovar o desvio de finalidade com a caracterização da intenção do agente público de utilizar de sua competência fora dos limites legais, há muito já ressaltada por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello⁵²¹, e já exposta linhas acima. Em segundo lugar, evidencia-se a dificuldade de separar a própria verificação da ocorrência do desvio de finalidade da análise do mérito administrativo, conforme enunciado por Edimur Ferreira de Faria⁵²², também já citado neste trabalho.

O mesmo fato, qual seja, o juízo prognóstico realizado pela Administração Pública quanto ao possível prejuízo ao serviço público, pode configurar tanto o juízo de conveniência (adequação da medida de afastar os servidores desafetos) e oportunidade (efetivar este afastamento *antes* que cause qualquer prejuízo ao serviço e à sociedade) característicos do mérito administrativo, quanto representar um camuflado intento de utilizar a remoção como forma de punir ilegalmente o servidor subordinado hierarquicamente por questões essencialmente subjetivas, para atender aos caprichos do superior hierárquico, como parece ter sido o entendimento do Ministro relator.

A diferença entre uma e outra situação, muito provavelmente, estará nos detalhes do caso concreto, e na forma como tais detalhes serão ponderados, tanto pela autoridade administrativa quanto pelo magistrado. O questionamento que se coloca, reiteradamente ao longo deste trabalho, é se faz sentido utilizar como argumento para delimitar aprioristicamente a revisão judicial um conceito tão impreciso e variável conforme o entendimento de quem pondera os *detalhes* do caso concreto.

Já no segundo acórdão, MS 20001/DF, relatado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, sequer são mencionados na ementa os termos “mérito” ou “conveniência e oportunidade”. Fundamentando-se na juridicidade e nos “princípios jurídicos da justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade” conclui o Ministro relator ser incompatível com o ordenamento jurídico a conduta da Administração pública que, de forma “arbitrária e imotivada”, teria preterido candidata aprovada em concurso público fora do número de vagas,

⁵²¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974. p. 433/434

⁵²² FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 235

por deixar de nomeá-la mesmo diante do surgimento de novas vagas surgidas em razão de nomeações prévias tornadas sem efeito e aposentadorias.

Mais uma vez, não se pretende avaliar o acerto ou desacerto da decisão final tomada, mas sim a argumentação utilizada para fundamentá-la. Neste caso, a jurisprudência amplamente majoritária no Superior Tribunal de Justiça no tema entende que “mesmo que surjam vagas - por criação de lei ou por força de vacância - no período de validade do concurso”, seu preenchimento estará no campo do mérito administrativo, “sujeito a juízo de conveniência e oportunidade da Administração”⁵²³.

Partindo desta premissa, merece destaque a constatação de que, ao entender ilegítima a conduta administrativa, optou o Ministro relator no MS 20001/DF por direcionar o debate à incompatibilidade desta com “princípios jurídicos da justiça, da razoabilidade e da proporcionalidade”, em lugar de, eventualmente, atestar que a opção adotada pelo gestor teria desbordado dos limites do mérito, configurando caso de ilegalidade.

A rigor, sequer é debatido se a opção adotada pela administração (não convocar a candidata) teria ultrapassado a “margem de livre apreciação”, configurando ilegalidade que transborda o mérito e passível de revisão pelo Judiciário. O debate, aparentemente, mudou de foco, migrando da definição dos limites do mérito e sua insindicabilidade judicial para a compatibilidade do ato administrativo com os princípios jurídicos.

Observe-se que em ambos os julgados a atuação administrativa foi considerada *imotivada*. A diferença entre os casos está no enfoque conferido por cada relator. O primeiro acórdão direciona a questão para a verificação judicial dos aspectos de legalidade do ato praticado”, reiterando a insindicabilidade do mérito, que permaneceria incólume, eis que a “sindicabilidade jurisdicional de sua juridicidade” não representa invasão no “mérito administrativo - que diz com razões de conveniência e oportunidade”. Já o segundo acórdão, a seu turno, foca é na incompatibilidade da “arbitrariedade flagrante da Administração, configurando a preterição imotivada da candidata”, sem fazer qualquer referência a questões de conveniência e oportunidade, que pudessem invocar argumentos de insindicabilidade do mérito pelo Judiciário.

6.4 Segunda etapa da pesquisa: categorização por assuntos

⁵²³ REsp 1778327/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, Dje 06/11/2019.

A segunda etapa da pesquisa buscou verificar a ocorrência de alguma variação no uso do argumento da insindicabilidade do mérito administrativo conforme a matéria em julgamento na Corte Superior. Em outras palavras, procurou-se aferir se a utilização do mérito como óbice ao avanço no controle jurisdicional é maior em determinados temas e menor em outros.

Para isso, os resultados obtidos na pesquisa com os termos “mérito administrativo” e “oportunidade e conveniência” foram categorizados em 3 grupos principais: (i) Grupo I, com matérias relativas às relações estabelecidas de forma mais direta entre a Administração Pública e os administrados, quando a primeira atua essencialmente fornecendo utilidades públicas e ordenando a atividade privada (abrange acórdãos versando sobre a gestão dos bens e serviços públicos, a fiscalização da atividade privada, licitação e contratos, concessões públicas, multas administrativas impostas no exercício do poder de polícia, regulação de setores econômicos, etc.); (ii) Grupo II, onde foram reunidos acórdãos envolvendo o debate de questões de forte apelo político (classificadas de forma bastante flexível no conceito de “políticas públicas”); (iii) Grupo III com decisões que tratassem, essencialmente, da gestão do funcionalismo público pela Administração (abrangendo, por exemplo, questões relativas a processos administrativos disciplinares, concursos públicos, lotação e remoção de servidores, licenças, etc.). Um quarto grupo (Grupo IV) foi criado para agrupar julgados relacionados a matérias esparsas, sem um elemento identificador muito forte.

Rememore-se o universo trabalhado neste momento: de um total de 837 acórdãos foram descartados 136 julgados nos quais a matéria decidida não tinha qualquer relação com o objeto da pesquisa, ou não foi possível identificar, a partir da ementa do acórdão, se houve ou não a reforma da decisão administrativa em alguma instância judicial, em geral porque a decisão da Corte Superior fundamentou-se em uma questão processual preliminar, sem descrever o caso ou entrar em maiores detalhes sobre a matéria decidida.

Chegou-se, assim, a um total ajustado de 701 acórdãos. Dentro deste universo, em 604 (86%) oportunidades a decisão administrativa foi mantida pelo Judiciário, enquanto em 97 (14%) o ato foi reformado judicialmente. Considerando as categorias acima indicadas, os acórdãos foram separados da seguinte forma:

- (i) Grupo I (“Administração Pública X indivíduo”):
 - 83 acórdãos (12% do total), dos quais 61 (73%) mantiveram o ato e 22 (27%) reformaram;
- (ii) Grupo II (“Políticas Públicas”):

- 37 acórdãos (5% do total), dos quais 26 (70%) mantiveram o ato e 11 (30%) reformaram;
- (iii) Grupo III (“Gestão do funcionalismo público”):
 - 545 acórdãos (78% do total), dos quais 486 (89%) mantiveram o ato e 59 (11%) reformaram;
- (iv) Grupo IV (“Matérias variadas”):
 - 36 (5% do total), dos quais 31 (86%) mantiveram o ato e 5 (14%) reformaram.

A primeira observação que merece destaque é o peso de questões ligadas ao funcionalismo público no acervo de processos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça: 78% dos acórdãos relacionados a “mérito administrativo” ou “conveniência e oportunidade” tratam da relação especial estabelecida entre a Administração Pública e seu corpo de servidores.

Outro ponto a ser destacado é a considerável variação no percentual de manutenção da decisão administrativa encontrado na pesquisa. Com efeito, ainda que eventualmente possam ser considerados altos os índices de deferência judicial às escolhas administrativas nos casos relacionados a políticas públicas (70%) ou naqueles que envolvam uma relação mais imediata entre Administração e administrado (73%), estão muito abaixo do índice atingido quando a matéria controvertida se refere ao que nos referimos como “gestão do funcionalismo público” (89%).

Resgatando o que foi exposto a respeito das relações tendenciais no Capítulo 1 deste trabalho, haveria aqui alguma dificuldade de enquadrar no discurso jurídico corrente os dados obtidos na pesquisa. Segundo as relações apresentadas, questões envolvendo alto grau de politicidade ou especialidade técnica tenderiam a receber maior deferência por parte dos juízes. Em sentido oposto, questões de maior sensibilidade jurídica estariam sujeitas a um escrutínio mais rigoroso.

Ocorre que, segundo apurado na pesquisa, as questões envolvendo maior grau de politicidade ou especialidade técnica estão reunidas nos grupos I e II, cujo índice de reforma da decisão administrativa foi quase o triplo (27% e 30%) do encontrado no grupo III (11%), que reúne os processos nos quais destaca-se muito mais o aspecto gerencial da atividade administrativa do que o político ou tecnicamente especializado.

Em uma síntese, se pudéssemos extrair uma “relação tendencial” destes dados seria no sentido de que o Judiciário brasileiro (ou, no mínimo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça), é *tendencialmente* mais deferente às decisões administrativas em questões relacionadas

ao gerenciamento interno da Administração Pública do que em temas com maior sensibilidade política ou maior complexidade técnica.

Esta maior deferência ao aspecto gerencial da atividade administrativa pode ser muito bem observada ao se destrinchar os dados reunidos no grupo III. Dentre os 545 acórdãos ali agrupados, foi possível dividi-los em 2 grandes subgrupos: “Grupo III.i”, abrangendo a judicialização de processos administrativos disciplinares, e “Grupo III.ii” que reuniu as demais matérias atinentes ao funcionalismo. Neste caso, a divisão ficou com a seguinte configuração:

- (i) Grupo III.i (Processos Administrativos Disciplinares judicializados)
 - 217 acórdãos (40% do subtotal “funcionalismo público”), dos quais, 200 (92%) mantiveram a decisão administrativa e 17 (8%) reformaram;
- (ii) Grupo III.ii (Gestão do funcionalismo geral)
 - 328 acórdãos (60% do subtotal “funcionalismo público”), dos quais 286 (87%) mantiveram a decisão administrativa e 42 (13%) reformaram;

O índice de 92% de manutenção das decisões administrativas em sede de Processo Administrativo Disciplinar já seria, por si só, digno de nota. Acresça-se a isto a constatação de que não se vislumbra, ao menos em uma primeira análise, qualquer enlace com questões de alta densidade política ou tecnicamente complexas nestes processos. A partir do raciocínio desenvolvido com as relações tendenciais, são questões cuja sensibilidade jurídica seria mais destacada.

De fato, são processos em que a atuação jurisdicional, a priori, aproxima-se da função normalmente atribuída aos tribunais, qual seja, a subsunção dos fatos à norma que predetermina a conduta reprovável e a reprimenda correspondente. Não se vislumbram, aqui, questões que demandem grandes valorações de cunho político ou tecnicamente complexas.

Conforme se viu, a teoria do desvio de finalidade foi desenvolvida justamente com o propósito de possibilitar ao judiciário a verificação da efetiva presença dos motivos de fato e de direito que justificam a prática do ato administrativo. Transportando esta construção para o tema ora trabalhado, em tese, deveria ser admissível ao judiciário a verificação da efetiva ocorrência no mundo dos fatos da conduta descrita na norma, que dá ensejo, conseqüentemente, à imposição da sanção administrativa, também prevista na norma.

Pode-se observar, no entanto, que um dos entendimentos mais consolidados nesta temática assevera que a “a jurisprudência consolidada no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que não cabe o exame da alegação de que o conjunto probatório seria insuficiente

para o reconhecimento da infração disciplinar”, pois a revisão do “conjunto fático-probatório” constante do processo administrativo disciplinar representaria indevida “incursão no mérito”⁵²⁴.

Indo além, até mesmo a análise das provas indicadas como suficientes para a imposição da sanção à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ensejaria “indevido controle judicial sobre o mérito administrativo, eis que cabe ao Poder Judiciário apenas apreciar a regularidade do procedimento à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa”⁵²⁵.

Mais uma vez sem julgar o acerto ou desacerto dos precedentes apresentados, até porque representam, essencialmente, a corrente jurisprudencial amplamente dominante na Corte Superior, observa-se como a noção de mérito administrativo pode variar de forma a viabilizar um controle mais ou menos amplo do ato administrativo pelo Judiciário. De todo modo, prevalece, ao final, a forte tendência de manutenção da decisão administrativa pelo Poder Judiciário.

É interessante também aprofundar a subdivisão do Grupo III.ii (Gestão do funcionalismo geral), tendo em vista o fato de que foram observadas diferenças consideráveis no índice de deferência judicial à decisão administrativa conforme o tema objeto de julgamento. Como este subgrupo abrangia questões variadas a respeito do funcionalismo, propõe-se, mais uma vez, um agrupamento temático, separando-se os julgados que trataram de questões relacionadas a concursos públicos das demais, possibilitando um tratamento mais homogêneo desta matéria.

Do universo de 328 acórdãos neste grupo (87% mantendo a decisão administrativa, 13% reformando), foi feita a subdivisão a seguir:

(i) Grupo III.ii.1 (Concurso Público):

– 231 (70% do Grupo III.ii “Gestão do funcionalismo geral”) acórdãos, dos quais 203 (88%) mantiveram a decisão administrativa e 28 (12%) reformaram;

(ii) Grupo III.ii.2 (Gestão geral):

– 97 (30% do Grupo III.ii “Gestão do funcionalismo geral”) acórdãos, dos quais 83 (86%) mantiveram a decisão administrativa e 14 (14%) reformaram

⁵²⁴ AgInt no MS 20515/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Dje 01/08/2017.

⁵²⁵ AgRg no RMS 42555/MS, 2ª turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Dje 26/03/2014. No mesmo sentido:

Alguns pontos de destaque encontrados nestes subgrupos merecem um breve comentário. Com relação ao subgrupo “III.ii.1 (Concurso Público)” observa-se um índice de manutenção das decisões administrativas já bastante alto (88% no universo de 231 acórdãos). Dividindo-o em 3 categorias encontra-se o seguinte resultado:

- a) Processos buscando revisão de nota ou correção de gabarito:
 - 49 acórdãos, dos quais 46 (94%) mantendo a decisão administrativa e 3 (6%) reformaram;
- b) Processos nomeação de candidato aprovado:
 - 159 acórdãos, dos quais 143 (90%) mantendo a decisão administrativa e 16 (10%) reformando;
- c) Processos questionando a condução do concurso público:
 - 23 acórdãos, dos quais 14 (61%) mantendo a decisão administrativa e 9 (39%) reformando

Os percentuais de 94% e 90% de manutenção da decisão administrativa para os casos de pedido de revisão de gabarito ou de notas, no primeiro caso, e de convocação e nomeação de candidatos aprovados, no segundo, indicam uma clara disposição do Judiciário no sentido de deixar tais questões ao juízo da Administração Pública. Somente há um controle mais efetivo com relação a questões procedimentais do concurso⁵²⁶ ou em relação a ilegalidades previstas diretamente no próprio edital⁵²⁷.

⁵²⁶ Por exemplo: “É desarrazoada a convocação de candidato apenas por meio de publicação na imprensa oficial ou na página oficial do órgão na internet, quando transcorrido lapso temporal considerável entre a publicação da homologação do certame e a nomeação do aprovado.” AgRg no RMS 33369/MS, 1ª Turma, Rel. Min. Gurgel de Faria, Dje 17/02/2017.

⁵²⁷ Por exemplo: “I - Afasta-se a alegação de invasão ao mérito do ato administrativo quando é clara a violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como ocorre no caso dos autos. II - A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a CF/88, em seu art. 7º, XXX, aplicável aos servidores públicos por força do art. 39, § 2º, proíbe a infundada diferenciação na admissão para o serviço público por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (AgRg no AREsp 109.006/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 7/6/2016, DJe 20/6/2016; AR 1.114/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 25/9/2002, DJ 21/10/2002). III - Conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal, a regra direciona no sentido da inconstitucionalidade da diferença de critério de admissão considerado o sexo - art. 5º, inciso I, e § 2º do art. 39 da Constituição Federal. A exceção somente é possível nas hipóteses aceitáveis, tendo em vista a ordem sócio-constitucional. IV - O concurso público para preenchimento de vagas existentes no Oficialato da Polícia Militar, no Quadro de Saúde - Primeiro-Tenente, Médico e Dentista - enquadra-se na regra constitucional, no que proíbe a distinção por motivo de sexo. (RE 120.305, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, julgado em 8/9/1994, DJ 9-6-1995 PP-17236 EMENT VOL-01790-04 PP-00708). V - É imperiosa, portanto, a nomeação da parte impetrante para o cargo”. AgInt no RMS 50226/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Dje 24/10/2017.

Com relação ao subgrupo “III.ii.2 (Gestão geral)”, cujo índice de deferência à decisão administrativa também já é consideravelmente alto (86% do universo de 97 acórdãos), foi possível encontrar percentuais ainda mais elevados em determinadas matérias. Exemplo notável foram os 46 processos envolvendo questões relativas à lotação, remoção e promoção de servidores públicos. Representando quase metade do subgrupo (47%), observou-se um índice de 96% de manutenção da decisão administrativa contra apenas 4% (2 julgados apenas) de reforma do entendimento administrativo.

De todo modo, em ambos os subgrupos (“III.ii.1 Concurso Público” e “III.ii.2 Gestão geral”) o principal argumento para a manutenção da decisão administrativa é, invariavelmente, a insindicabilidade do mérito como limite à revisão judicial da questão⁵²⁸.

6.5 Síntese dos dados coletados e analisados

Os dados apresentados demonstram, segundo nos parece, que a teoria da insindicabilidade do mérito administrativo segue amplamente predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Além disso, foi possível observar uma variação considerável no uso do argumento conforme a matéria objeto de julgamento.

Esta variação não representa, em si, um problema na aplicação da teoria. Pondera-se, apenas, a dificuldade de enquadrar os temas onde a insindicabilidade do mérito se mostrou mais predominante para assegurar a manutenção da decisão administrativa nas relações tendenciais apresentadas ao longo do texto.

⁵²⁸ Por exemplo: “A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que é vedado ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora do certame para reexaminar questões de prova, sob pena de **indevida incursão no mérito** do ato administrativo, ressalvado o exame da legalidade dos procedimentos e a análise da compatibilidade entre o conteúdo das questões e o previsto no edital do certame.” AgInt no RMS 65982/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, Dje 21/09/2022; “O Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento de que “os candidatos aprovados fora do número de vagas previstas no edital ou em concurso para cadastro reserva não possuem direito líquido e certo à nomeação, mesmo que novas vagas surjam no período de validade do concurso - por criação de lei ou por força de vacância -, cujo preenchimento está sujeito a **juízo de conveniência e oportunidade da Administração**”. Nesse sentido: RMS n. 47.861/MG, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015; AgInt nos EDcl no RMS 49.086/RJ, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 22/5/2017; (AgInt nos EDcl no RMS n. 52.350/MG, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 12/5/2017; RMS n. 53.254/BA, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/4/2017. (...) 6. Consigna-se, ainda, que a existência em si de cargos vagos não obriga a nomeação de candidatos aprovados fora do número de vagas previstos no edital do concurso. Eventual provimento de maior número de cargos se insere na **discricionariedade da administração pública** (AgInt no MS n. 22.090/DF, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 11/3/2020, DJe de 27/3/2020)”. AgInt nos EDcl no RMS 55025/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Og Fernandes, Dje 28/06/2022.

Com efeito, temas como concurso público e processo administrativo disciplinar tem íntima relação com o aspecto gerencial da Administração Pública e com um impacto mais imediato na esfera jurídica do indivíduo (seja o servidor público punido, seja o indivíduo almejando o ingresso no funcionalismo). Ademais, são temas, *a priori*, com baixa densidade política ou complexidade técnica, dois fatores que justificariam uma postura mais deferente do Judiciário às decisões administrativas.

A grande dificuldade apresenta-se na fundamentação das decisões. A inclusão de determinada matéria no *mérito administrativo* aparentemente alivia o órgão jurisdicional de qualquer ônus argumentativo, posto que se parte da premissa de que tal campo é insindicável pelo Judiciário.

O problema, segundo nos parece, é que a definição do que entra no conceito de mérito administrativo varia muito mais conforme o tema objeto de julgamento no processo do que por características essencialmente distintivas da questão controvertida.

Teorias gradativas da vinculação da administração pública segundo o grau de densidade do comando normativo aplicado recomendariam um equilíbrio entre controle e deferência conforme o esquema normativo seja mais ou menos concreto e o impacto da ação administrativa na esfera de direitos do administrado.

Esta não parece ser uma realidade, ao menos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. O que se pôde observar foi o uso de esquemas argumentativos que alocam determinados temas no conceito de mérito e conseqüentemente afastam a revisão judicial, com um peso muito forte para o fator gerencial do Direito Administrativo.

Por fim, esta alocação aparentemente independe da densidade normativa do preceito aplicável ao caso, do grau de intervenção na esfera de direitos do indivíduo e do apelo político ou complexidade técnica da questão controvertida.

Esta forma de definição apriorística dos limites da intervenção judicial na decisão administrativa não está, necessariamente, vinculada a uma visão unidimensional do direito administrativo, que desconsidere as demais perspectivas e formas de legitimação do ato administrativo. Mas é bem verdade que dela muito se aproxima.

Os índices de manutenção do ato administrativo acima de 90%, combinado com a fundamentação na insindicabilidade do mérito a partir de uma categorização temática prévia indicam uma predisposição para a tutela da perspectiva gerencial do direito administrativo. O problema, mais uma vez, não está exatamente nesta constatação. O grande problema é que esta predisposição fica camuflada pelo dogma da insindicabilidade do mérito administrativo, sem que se questione muito os motivos pelos quais tal tema foi inserido neste conceito.

Sustentar que em determinadas matérias deva ser privilegiada a legitimidade gerencial do ato administrativo conferindo-lhe maior peso, em detrimento da legitimidade jurídica e política, não é, necessariamente, contrário ao ordenamento jurídico. É possível que em determinadas situações esta escala de ponderação seja plenamente legítima.

O ponto de reflexão que se levanta neste trabalho é o quanto esta ponderação deve ser mais evidenciada, bem como a forma com que a teoria da insindicabilidade do mérito é utilizada justamente para obstar que esta ponderação seja trazida à tona e se torne objeto de críticas e avaliações pela comunidade jurídica em geral.

A título de exercício argumentativo hipotético, parece-nos mais legítimo sustentar, por exemplo, que não caberia ao Poder Judiciário revisar gabaritos de provas de concursos públicos e notas atribuídas a candidatos porque isso poderia: (i), em termos sistêmicos, arruinar a capacidade administrativa de gerenciar o ingresso de novos servidores em seus quadros, posto que todo concurso ensejaria uma enxurrada de ações judiciais com seu tempo de tramitação na maioria das vezes incompatível com as necessidades de contratação do serviço público; (ii) revelar-se ainda mais anti-isonômico do que eventual discrepância na correção de um determinado candidato, pois, partindo da premissa de ausência de fraude ou má fé, parece razoável supor que a correção realizada pela própria organização do concurso tenderá a ser mais homogênea do que o entendimento de magistrados espalhados pelo território nacional, e, por isso, mais isonômica.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou apresentar a evolução do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tendo por foco central a teoria da insindicabilidade do mérito do ato administrativo. Para tanto, desenvolveu-se, inicialmente, algumas perspectivas distintas do Direito Administrativo e do controle da discricionariedade pelo Poder Judiciário.

Não há, a rigor, uma relação necessária entre uma forma (essencialmente legalista) ou outra (multidimensional) de enxergar o Direito Administrativo e a forma como se dá o controle judicial da discricionariedade administrativa.

O grande avanço, em nosso ver, das perspectivas multidimensionais do direito administrativo é, primeiro, auxiliar na identificação e compreensão das relações tendenciais muitas vezes apresentadas como um dado inexorável da realidade e, segundo, evidenciar a dificuldade de se estabelecer delimitações relativamente estanques para cada um dos aspectos do ato administrativo (jurídico, gerencial e político).

Além disso, ressalta ainda a noção de que a atividade administrativa, para ser plenamente compatível com o ordenamento jurídico, deve ser legítima sob as três perspectivas trabalhadas: legalidade, eficiência e representatividade democrática.

Sustentar a impossibilidade de revisão judicial de determinados temas porque estariam inseridos no mérito administrativo, entendido como o “sentido político do ato” é privilegiar uma determinada forma de legitimidade em detrimento das outras, ainda que a matéria excluída da tutela do Poder Judiciário tenha muito pouco ou nenhuma densidade política.

Propõe-se, à guisa de encerramento, algumas sínteses conclusivas das ideias desenvolvidas neste trabalho:

1. O controle da Administração Pública, no direito contemporâneo, admite mais de uma perspectiva. Sob o influxo das teorias francesas e italianas, aliado ao contexto de uma Administração Pública tradicionalmente autoritária e pouco ciosa dos direitos dos administrados, desenvolveu-se no Brasil uma doutrina essencialmente legalista que via o Direito Administrativo como uma barreira de contenção aos avanços do Estado contra a esfera de direitos do indivíduo e atribuía ao Judiciário o papel de primordial de assegurar a efetividade desta barreira protetiva. Sob esse prisma desenvolveu-se boa parte da doutrina administrativista nacional até a promulgação da Constituição da República de 1988, quando novas teorias começam a ganhar corpo no Direito Administrativista brasileiro.

2. Uma perspectiva multifacetada da atividade estatal, a seu turno, demanda que o ato administrativo seja: politicamente legítimo, no sentido de atender aos anseios sociais condensados no projeto político que recebera aprovação eleitoral; eficiente e eficaz, considerando a premissa universal da escassez de recursos públicos para atender a todas as demandas sociais; e legalmente legítimo, no sentido de que atuação administrativa deve ser levada a cabo respeitando os direitos individuais que de alguma forma estejam com ela relacionados. Em uma síntese, os atos administrativos realizam políticas, pretendem-se eficientes e eficazes e afetam direitos dos administrados de forma potencialmente danosa.

3. Consequentemente, seria possível admitir que o controle incidente sobre a atividade administrativa se concentre em qualquer uma destas três facetas. Trata-se, efetivamente, de uma escolha sobre qual perspectiva da legitimidade da atuação do Poder Público deve ser melhor protegida. Enxergar na legalidade uma diretriz impositiva à adoção do controle jurídico obscurece a escolha pela promoção de apenas uma face da legitimidade do ato administrativo (legalidade) em detrimento das demais (representatividade democrática e eficiência), porque induziria uma imposição do sistema jurídico pelo controle de legalidade, e não uma efetiva escolha do controlador. Oculta-se, com isso, o fato de que haveria outras abordagens possíveis para a solução do problema.

4. Na maior parte dos casos, o ato administrativo possibilita questionamentos sobre sua legitimidade a partir de qualquer uma das três perspectivas apontadas (política, jurídica e gerencial). Para garantir essa legitimidade complexa, o controle deverá focar as três perspectivas disponíveis: a política, assegurando que a atuação estatal seja democraticamente responsiva; a jurídica, verificando o respeito aos direitos individuais; e a gerencial, para garantir que a Administração Pública atue de forma eficiente.

5. A adoção de uma abordagem unidimensional demandará uma opção por parte do agente, seja ele o administrador ou o juiz: deverá o operador do direito administrativo optar por qual dimensão será o foco central de suas preocupações. Uma escolha justificada apenas com os olhos voltados para uma das três dimensões frequentemente revela uma tendência de evidenciar os benefícios desta que foi privilegiada, em detrimento das demais. A opção por uma visão fundamentalmente jurídica e legalista da atividade administrativa pode consistir, essencialmente, em uma escolha do agente. Ocorre que, nem sempre, essa escolha é declarada, ou sequer assumida. Segundo o discurso tradicionalmente adotado pelo agente responsável pela decisão, a escolha normalmente é atribuída ao *sistema jurídico*, sendo por ele apenas *implementada*.

6. Quando o ato questionado em juízo, além de atingir direitos individuais, possui elementos com forte apelo político ou elevada complexidade técnica, coloca-se a questão sobre como definir a instituição mais adaptada para determinar como deverá ser considerada cada uma das diversas facetas da legitimidade do ato. As relações tendenciais buscam estabelecer uma espécie de resposta pré-fabricada para esta questão.

7. Fundamentalmente, as relações tendenciais pretendem indicar, a partir de uma suposta natureza essencial da questão levada a juízo, uma espécie de diretriz interventiva que determine o que o juiz poderia revisar na decisão administrativa, e o que lhe seria (ou deveria ser) vedado.

8. Três aspectos das decisões administrativas, segundo o entendimento predominante, influenciariam de forma mais decisiva na determinação da intensidade do controle, servindo de fundamento para as relações tendenciais analisadas: a sensibilidade jurídica, que direcionaria o juiz a adotar postura não deferente; a complexidade técnica e a natureza política da questão controvertida, que a seu turno orientariam para uma postura mais deferente do julgador às escolhas da autoridade administrativa.

9. Se os atos administrativos em geral comportam variadas dimensões, parece difícil sustentar a viabilidade da definição a priori da intensidade do controle judicial exercido sobre o ato administrativo tomando em conta uma determinada característica que defina sua natureza. Inevitavelmente, a definição da natureza do ato administrativo será precedida de um juízo valorativo para definir a característica que pareça mais saliente aos olhos do avaliador.

10. As relações tendenciais possuem, sinteticamente, três funções: explicativa, trazendo a lume as razões pelas quais o Poder Judiciário adotaria uma postura mais ou menos deferente; preditiva, possibilitar ao operador do direito a realização de prognósticos a respeito do entendimento jurisprudencial em determinado caso concreto; e propositiva como argumento justificador da postura judicial que se entenda a mais adequada, a depender da hipótese in concreto.

11. O controle não deferente em hipóteses de alta sensibilidade jurídica encontra fundamento na tradicional atuação contra majoritária do Poder Judiciário, em defesa de direitos individuais contra a opressão de maiorias eventuais. O relativo insulamento político dos membros dos tribunais é a justificativa normalmente invocada neste caso.

12. Por outro lado, quanto mais forte for o aspecto político da atuação administrativa, mais deferente deveriam ser os juízes às escolhas formuladas pelo administrador, por dois argumentos: primeiro, em razão da menor responsividade política dos membros do Poder Judiciário, quando comparado às autoridades administrativas; segundo,

porque a postura deferente supostamente levaria ao incremento da própria responsabilidade política das autoridades administrativas, ao evidenciar o fato de que a decisão administrativa configura efetivamente o exercício de uma escolha da autoridade, removendo a desculpa de que a decisão administrativa fora imposta pelo sistema jurídico. A proteção aos direitos, neste caso, se daria sob a forma de um escrutínio mais rigoroso em relação ao processo de tomada de decisão administrativa.

13. A terceira e última relação tendencial propõe que, diante de decisões tecnicamente complexas, os tribunais deveriam adotar uma postura deferencial em relação às escolhas da autoridade administrativa, seja em razão da pouca especialização dos juízes para lidar com problemas complexos, seja pela morosidade do processo judicial, em comparação às exigências de dinamismo relacionadas à regulação de setores econômicos complexos.

14. A aplicação irrefletida das relações tendenciais apresenta algumas objeções relevantes. A primeira questiona a viabilidade da premissa básica presente no argumento: para que se defina a postura do juiz perante a decisão administrativa a partir da natureza dessa decisão, é necessário, antes de tudo, que se defina essa tal natureza. O problema é que a perspectiva multidimensional do Direito Administrativo evidencia a artificialidade da ideia de uma natureza específica da decisão administrativa e, ainda, da possibilidade de que essa natureza seja “meramente identificada” pelo agente público responsável por definir a intensidade do controle judicial. Na prática, a “identificação” da natureza jurídica da decisão corresponderá a um procedimento extremamente subjetivo, consistindo na ponderação da relevância dos diferentes aspectos e posterior escolha daquele que pareça mais ressaltado segundo o juízo exclusivo do autor da ponderação. Essa falta de objetividade na premissa básica do raciocínio envolvendo a definição da intensidade do controle a partir das relações tendenciais acaba relativizando o papel alegadamente neutro delas na “identificação” da postura judicial mais adequada em cada caso.

15. A segunda objeção parte da premissa de que os atos e decisões administrativas devem ser legítimos não apenas a partir do ponto de vista jurídico, mas também do ponto de vista político e técnico, ou seja, devem, idealmente, observar os direitos dos administrados e buscar atender aos interesses da coletividade de forma eficiente. A determinação de um controle deferente para questões de maior densidade política ou complexidade técnica pode fragilizar a legitimidade jurídica da decisão administrativa ao deixar eventuais lesões sem proteção. Inevitavelmente, a determinação da intensidade do controle a partir da relação tendencial envolve uma escolha política de reforçar alguma das finalidades conflitantes do direito

administrativo, e podem existir razões que justifiquem um controle de intensidade diferente do indicado pela relação tendencial aplicável na hipótese.

16. A terceira objeção refere-se, especificamente às dificuldades envolvendo a utilização de argumentos relacionados à análise institucional comparativa em abstrato, tal como proposto pelas relações tendenciais, sem levar em conta as características reais das instituições envolvidas no caso concreto. Além disso, o próprio uso adequado do argumento das capacidades institucionais envolve dificuldades teóricas e operacionais definitivamente não negligenciáveis.

17. A ampliação do controle da discricionariedade no Brasil é uma tendência perceptível desde antes da promulgação da Constituição da República de 1988, acentuando-se a partir da promulgação de um texto constitucional altamente principiológico em determinados pontos.

18. O equilíbrio entre liberdade de atuação para bem atender a todas as demandas sociais e a sujeição do Estado ao ordenamento jurídico é, desde sempre, o grande desafio imposto ao controle judicial da atuação discricionária da Administração Pública, recebendo tratamento variado ao longo do tempo.

19. Pode-se identificar quatro fases essenciais na evolução do controle da discricionariedade: (i) a teoria dos elementos do ato e o controle daqueles tidos por vinculados, mesmo nos atos discricionários; (ii) o desenvolvimento do controle a partir de parâmetros implícitos na lei, como as teorias do desvio ou excesso de poder e a teoria dos motivos determinantes; (iii) o desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Alemanha e sua posterior expansão pelo mundo; (iv) o controle exercido a partir da incidência direta dos princípios constitucionais.

20. A discricionariedade pode ser fundamentada em três premissas essenciais: (i) a impossibilidade fática do legislador prever antecipadamente todas as circunstâncias possíveis de ocorrerem no mundo real no momento da aplicação da norma ao caso concreto, exigindo uma abertura ao operador do Direito; (ii) separação de poderes: ainda que, hipoteticamente, fosse possível ao legislador prever todas as circunstâncias envolvendo a aplicação da norma ao caso concreto, isso transformaria o Poder Executivo em mero aplicador autômato das previsões do Legislativo, minando por completo sua legitimidade democrática; (iii) questões normalmente relacionadas a uma crise de representatividade política e legitimidade democrática vêm fazendo com que o Poder Legislativo empurre para o Executivo a resolução de diversas controvérsias envolvendo questões politicamente sensíveis, através da delegação de amplos poderes decisórios, explícita ou implicitamente.

21. A ampliação da liberdade de conformação do administrador gera, como contrapartida, uma maior abertura ao risco de arbitrariedades, reclamando a atuação mais incisiva do Poder Judiciário no controle da discricionariedade. Conseqüentemente, cada vez mais desaguam nos tribunais conflitos muitas vezes não mediados pelo Legislador.

22. A necessidade de controle não pode transformar o juiz em substituto do administrador. O ponto ótimo da intervenção judicial será definido pelo equilíbrio entre a liberdade de conformação da autoridade administrativa em prol da atuação eficiente e politicamente responsiva, e a adequada tutela dos direitos eventualmente afetados pela atividade estatal.

23. A verificação da conformidade do ato administrativo ao ordenamento jurídico tradicionalmente obedece a uma “lógica microscópica”, que analisa pontualmente cada um dos elementos do ato, na tradicional “divisão quántupla”. Mesmo que uma análise mais global do ato venha ganhando força na doutrina atualmente, ainda prevalece o exame do ato a partir de uma perspectiva anatômica de seus elementos.

24. Competência e forma são os elementos cujo caráter vinculado é menos controvertido, mas nem por isso imune a divergências, especialmente quanto ao segundo. Via de regra, serão vinculados, mas eventualmente a lei pode prever expressamente alguma liberdade de escolha em relação à forma, como se observa da previsão contida no artigo 95 da Lei nº 14.133/21. Com relação à finalidade, a divergência quanto ao caráter discricionário ou vinculado do elemento decorre do fato de que para parcela da doutrina os conceitos jurídicos indeterminados podem atribuir alguma margem de discricionariedade ao administrador. Para os que entendem que tais conceitos ensejam margem de escolha ao administrador, a finalidade pode ser discricionária. Para aqueles que, por outro lado, defendem tratar-se de mera questão interpretativa, sem qualquer possibilidade de discricionariedade em tais conceitos, a finalidade é elemento sempre vinculado. Quanto ao motivo e ao objeto, pode-se afirmar haver algum grau de consenso em relação à possibilidade de haver discricionariedade. Para uma parcela da doutrina, essa divisão da análise da compatibilidade do ato administrativo com o ordenamento jurídico tem como resultado uma relativa imunização dos elementos “finalidade” e “objeto”, do adequado controle jurisdicional.

25. A discricionariedade, inicialmente concebida como poder estatal para a boa tutela do interesse público no contexto de um Estado autoritário, paulatinamente foi migrando para a noção de que se tratava de efetivo dever atribuído ao administrador, de forma a assegurar da melhor forma possível o atingimento da finalidade legal no momento da aplicação da norma ao caso concreto. Especialmente a partir do final dos anos 1990, o foco central da doutrina passa

a ser mais a forma de exercício e controle da discricionariedade do que a definição pura e simples de seu conteúdo.

26. O conceito de mérito administrativo é reconduzido pela doutrina em geral, com algumas pequenas variações, à vetusta fórmula do juízo de conveniência e oportunidade que se abre ao administrador no caso concreto, à luz de princípios como a racionalidade e a proporcionalidade, com vistas ao melhor atingimento da finalidade legal. Desde Miguel Seabra Fagundes até Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a principal diferença está muito mais na extensão do que se deve entender por mérito do ato administrativo, do quanto estaria abarcado pela “zona do mérito”, do que em alguma diferença essencial do instituto em si. Tanto é assim que boa parte da expansão do controle judicial sobre a discricionariedade é explicada em razão da “redução do mérito”, mantendo este, contudo, sua insindicabilidade judicial característica.

27. Além de serem muito raros os casos em que a lei consegue utilizar-se de conceitos objetivos e plenamente determinados, a indeterminação do conceito muitas vezes se revela apenas no caso concreto. Em última análise, a dúvida consiste em saber se tais conceitos indeterminados envolveriam questão de mera interpretação jurídica, atribuível ordinariamente ao Poder Judiciário, que não teria maiores problemas em revisar a interpretação promovida pela Administração Pública, ou se haveria efetivamente uma abertura a escolhas próprias ao gestor público, insuscetíveis, portanto, de revisão judicial.

28. A doutrina alemã desenvolveu as chamadas teorias da multivalência, que posiciona os conceitos indeterminados no domínio da discricionariedade ao sustentar que sua interpretação e aplicação podem conduzir a várias decisões corretas; e univocidade, que sustenta haver sempre e somente uma única solução correta para o caso concreto, posicionando tais conceitos no campo da vinculação. O desenvolvimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados na Alemanha, ao menos até a metade do século XX, teve como finalidade primordial o estreitamento da margem de livre apreciação reconhecida ao gestor público na discricionariedade administrativa. Ao se vislumbrar nos conceitos indeterminados uma questão de mera interpretação jurídica, abriu-se a possibilidade de ampla revisão pelo Poder Judiciário das decisões Administrativas quando da aplicação de tais conceitos ao caso concreto. A plena sindicabilidade dos conceitos jurídicos indeterminados levou a uma indesejável judicialização generalizada da atividade administrativa na Alemanha. Isso fez com que a doutrina germânica buscasse alternativas entre os extremos da vinculação e discricionariedade plenas, angariando algum destaque a teoria da margem de livre apreciação.

29. A doutrina nacional também se dividiu em dois grandes grupos: os que sustentam tratar-se de categorias completamente apartadas e aqueles que vislumbravam a

possibilidade de conceitos indeterminados atribuírem competências discricionárias ao gestor. De acordo com a primeira linha, da aplicação do conceito indeterminado ao caso concreto decorre uma única solução correta, que será extraída a partir de mera interpretação jurídica e, por assim o ser, plenamente sindicável pelo Poder Judiciário. Para a segunda corrente, não obstante constituírem categorias diversas, os conceitos indeterminados relacionam-se com a discricionariedade quando, no caso concreto, afastadas as zonas de certeza positiva e negativa, não é possível por simples interpretação jurídica, discernir, dentro da zona de incerteza, precisamente qual a melhor solução. Neste momento, caberia à autoridade administrativa escolher discricionariamente. A rigor, a diferenciação rígida entre discricionariedade e conceitos indeterminados parece contribuir pouco para a adequada delimitação da revisão judicial dos atos administrativos.

30. A necessidade de observar as regras de competência e forma, como elementos de legalidade externa do ato administrativo, foi a primeira etapa de atenuação do caráter totalmente livre que prevaleceu na primeira noção da discricionariedade como poder eminentemente político, quando o Conselho de Estado francês passou a admitir recursos administrativos por excesso de poder, primeiro nos casos de vícios de incompetência e em seguida nos de vício de forma. A teoria do desvio de poder vem surgir, então, da evolução da jurisprudência do Conselho de Estado na França, que passa a exigir que toda atuação administrativa deve dirigir-se à finalidade determinada na lei.

31. O desvio de finalidade configura-se quando a autoridade apesar de possuir, em tese, competência para a prática do ato, utiliza-a para realizar finalidade diversa daquela pretendida pela norma, tendo sido utilizada de forma pioneira na jurisprudência nacional por Miguel Seabra Fagundes, na relatoria do acórdão da já famosa Apelação Cível nº 1.422, no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, em 1948.

32. A abertura proporcionada pelo controle do desvio de poder ou finalidade levou o Conselho de Estado francês a penetrar, progressivamente, no exame dos motivos. Pela teoria dos motivos determinantes entende-se possível ao Poder Judiciário avaliar a realidade e a legitimidade dos motivos que fundamentaram o ato, ou seja, os fatos que serviram de suporte à decisão, já estando presente na jurisprudência nacional antes mesmo da incorporação da teoria do desvio de finalidade, como no caso da Apelação Cível nº 7.377 julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 1943 sob a relatoria do Ministro Castro Nunes.

33. A declaração expressa dos motivos que determinaram a prática do ato, por configurar efetiva garantia do administrado inserida no conceito de Estado de Direito, constitui um requisito de validade do mesmo. A rigor, contudo, a autoridade administrativa vincula-se

não só ao que declara, como aos motivos que efetivamente determinaram a decisão, ainda que não declarados. A divergência quanto aos limites do controle, aqui, é representada pela dificuldade no uso da razoabilidade para aferir a adequação e suficiência dos motivos.

34. O uso de princípios jurídicos no controle dos atos administrativos já era conhecido e praticado bem antes da promulgação da Constituição da República de 1988, mas teve inegável impulso com a nova carta constitucional com a previsão expressa de uma série de novos princípios conformadores da atividade administrativa. Os parâmetros de controle migram do princípio da legalidade para a noção mais ampla de juridicidade, que abarca todo o ordenamento jurídico. Na realidade, o princípio da legalidade não somente deixa de reinar (quase) soberano como parâmetro da legitimidade da atuação da Administração Pública, como ele próprio é fortemente ressignificado.

35. Paralelamente à essa ressignificação da legalidade, princípios constitucionais gerais, como igualdade e proporcionalidade, e princípios específicos do Direito Administrativo, como a moralidade e eficiência, progressivamente configuram-se como “instrumentos de conformação do conteúdo da decisão discricionária”, à disposição do Poder Judiciário para aprofundar cada vez mais o exame não só dos pressupostos de fato e sua categorização jurídica, como do próprio objeto do ato administrativo. O princípio da razoabilidade, em especial, ganha destaque ao possibilitar ao juiz a valoração dos motivos e do objeto, possibilitando que se verifique se a decisão administrativa atende de forma satisfatória o interesse público tutelado na finalidade da norma.

36. A principialização da ordem jurídica ampliou de forma significativa a margem de vinculação dos atos administrativos discricionários, ao trazer os princípios para o centro do processo de interpretação e aplicação do direito, com destaque para a razoabilidade e a proporcionalidade. A consequência disso é que a margem de liberdade de escolha normalmente conferida pela discricionariedade foi consideravelmente reduzida, reforçando uma tendência de aumento do controle da atuação administrativa discricionária, que já era visível mesmo antes da Constituição de 1988 e ficou mais evidente com os novos parâmetros estabelecidos.

37. Assim como ocorreu com o controle pela teoria do desvio de finalidade e dos motivos determinantes, o controle dos atos discricionários por meio dos princípios angariou ampla aceitação na doutrina nacional. As controvérsias, no geral, direcionam-se essencialmente à forma de aplicação dos princípios, com as principais críticas dirigidas especialmente ao mau uso da principiologia jurídica como razão de decidir, com a utilização de princípios vagos para justificar qualquer decisão, gerando imprevisibilidade e insegurança jurídica. Mesmo com a intensificação do controle proporcionada pela ampliação da força normativa dos princípios,

para o entendimento doutrinário majoritário isso não representa a sindicabilidade do mérito do ato administrativo, que permaneceria imune ao controle jurisdicional.

38. Tradicionalmente, entende-se que o poder discricionário é exercido dentro de uma zona livre, privativa da administração, excluída a possibilidade de revisão da escolha administrativa pelo Poder Judiciário. A demarcação dessa zona livre, por outro lado, é uma questão eminentemente jurídica. Sendo uma questão jurídica, revela-se suscetível de apreciação jurisdicional, competindo não à Administração, mas ao Poder Judiciário, essa tarefa de delimitar os contornos da margem de livre apreciação reconhecida com o poder discricionário. É possível divisar, já em meados do século XX, um fundo de análise institucional comparativa em boa parte das doutrinas que sustentam a insindicabilidade do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, preocupadas com a inaptidão técnica deste para tratar de questões administrativas.

39. Todo o trajeto percorrido pela doutrina e jurisprudência nacionais, evidencia a evolução da compreensão dos institutos jurídicos que gravitam ao redor da ideia de discricionariedade. Este desenvolvimento foi no sentido da progressiva ampliação do controle jurisdicional dos atos administrativos, sempre na tentativa de compatibilizá-lo com os reclamos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito no contexto de uma Administração Pública altamente complexa.

40. No dilema envolvendo a concreta delimitação da separação de poderes, em que figuram, de um lado, a garantia fundamental de amplo e irrestrito acesso ao Poder Judiciário e, de outro, a autonomia necessária à Administração Pública para bem exercer sua função de gestão dos interesses públicos na sociedade, parece seguro afirmar que, superado um forte desequilíbrio inicial para o lado da autonomia estatal, desde o final do século XIX a balança vem sendo gradativamente reequilibrada com o reforço das garantias aos administrados.

41. A insindicabilidade do mérito do ato administrativo permanece, até o final do século XX, uma quase unanimidade na doutrina nacional, que só começara a ser questionada com maior consistência a partir do começo do século XXI.

42. O problema é que a definição do que é mérito como a área livre de apreciação judicial é definida pelo resultado da própria avaliação judicial que se sustenta incabível. Em outros termos, a teoria da imunidade do mérito se utiliza de um raciocínio essencialmente elíptico: o mérito do ato administrativo é insindicável porque seus elementos não podem ser objeto de reavaliação pelo Poder Judiciário quando ponderados de forma correta pela autoridade administrativa. Ocorre que a adequabilidade da ponderação administrativa somente poderá ser afirmada depois de revisada pelo poder judiciário. Se, após essa revisão, a ponderação do

administrador estava correta, então ela não poderia ser revisada. Por outro lado, se a escolha administrativa for julgada desproporcional, deverá ser revista pelo juiz. No limite, a definição do que é mérito como área livre de apreciação judicial é o resultado de uma avaliação judicial sobre a ponderação administrativa que o compõe.

43. Forçoso reconhecer que uma teoria cuja principal ferramenta para definir os limites da atuação do controlador encontra fundamento, na prática, na opinião do próprio controlador apresenta sérias dificuldades.

44. A partir do começo dos anos 2000 é possível observar com mais intensidade um movimento crescente na doutrina nacional que começa a contestar algumas premissas da dogmática tradicional da insindicabilidade do mérito dos atos administrativos discricionários. Esse movimento de contestação revela diversos matizes, desde autores que sustentam a permanência da concepção de mérito como campo decisório próprio à autoridade administrativa a autores que expressamente afirmam que o mérito pode ser amplamente revisto em sede de controle jurisdicional. Em comum, a rejeição do argumento da insindicabilidade do mérito como fator delimitador do controle jurisdicional do ato discricionário. Para esta nova dogmática do controle jurisdicional dos atos administrativos, a ideia de Estado Democrático de Direito não autorizaria a existência de espaços de atuação estatal que gerem repercussões nas esferas jurídicas dos administrados sem a correspondente possibilidade de tutela jurisdicional. O mérito administrativo deixa de ser, numa síntese, a régua definidora dos limites do controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

45. Uma primeira linha, representada por autores como Germana de Oliveira Moraes, Gustavo Binenbojm, Luís Manoel Fonseca Pires e Marcos Augusto Perez, sem acolher necessariamente a sindicabilidade do mérito pelo poder judiciário, rejeitam a possibilidade de utilizá-lo como parâmetro de aferição dos limites de atuação da revisão judicial. Defendem, por outro lado, um controle amplo sobre todos os aspectos do ato administrativo que tenha repercussão na esfera de direitos do administrado. Em uma síntese, se há lesão jurídica, não há que se afastar o acesso ao Judiciário ao argumento de tratar-se de questão de mérito administrativo.

46. Uma segunda linha de pensamento, representada por autores como Sérgio Ferraz, Edimur Ferreira de Faria, Rita Tourinho e Georges Abboud, sustenta, de forma expressa, o cabimento da revisão judicial do mérito do ato administrativo, por linhas argumentativas variadas.

47. Os dados apresentados demonstram que a teoria da insindicabilidade do mérito administrativo segue amplamente predominante na jurisprudência do Superior Tribunal de

Justiça. Além disso, foi possível observar uma variação considerável no uso do argumento conforme a matéria objeto de julgamento.

48. A grande dificuldade apresenta-se na fundamentação das decisões. A inclusão de determinada matéria no *mérito administrativo* alivia o órgão jurisdicional de qualquer ônus argumentativo, posto que se parte da premissa de que tal campo é insindicável pelo Judiciário. O problema é que a definição do que entra no conceito de mérito administrativo varia muito mais conforme o tema objeto de julgamento no processo do que por características essencialmente distintivas da questão controvertida.

49. Ao menos na seara do direito administrativo sancionador, mais especificamente no campo do direito disciplinar, o posicionamento jurisprudencial amplamente dominante não se explica a partir das relações tendenciais expostas no começo deste trabalho.

50. Enxergar no mérito um elemento estritamente político e por isso impor restrições à revisibilidade judicial é negligenciar, de certa forma, que a decisão administrativa possa envolver, além de questões políticas, aspectos eminentemente jurídicos. As teorias de Gustavo Binenbojm e Germana de Oliveira Moraes, por exemplo, aparentemente conseguem captar esta multidimensionalidade do ato administrativo, ao assumir que, não obstante o mérito relacione-se a questões de cunho eminentemente político ou administrativo-gerencial, o ato em si pode conter elementos jurídicos, tanto que aptos a causar lesão a direitos dos administrados. Se assim o for, caberá a revisão judicial da decisão administrativa. Além disso, propõe esquemas decisórios “funcionalmente-dinâmicos” que consideram, ou ao menos buscam considerar, todos os fatores que envolvem o ato *sub judice*, desde o esquema normativo sobre o qual se baseia a decisão até as capacidades institucionais dos envolvidos.

51. A tese da imunidade do mérito como fator definidor de competências revisionais parte de uma “análise institucional comparativa” rudimentar para propor uma solução apriorística absolutamente estanque e genérica para todos os casos, sem que, no entanto, consiga estabelecer parâmetros minimamente universalizáveis. Não há sequer consenso doutrinário sobre o que representa o mérito, sobre o que significa “juízo de conveniência e oportunidade”. As definições, no mais das vezes, socorrem-se de expressões vagas e genéricas que definitivamente não facilitam muito a vida do operador do direito na prática, abrindo margem para interpretações absolutamente díspares.

52. Sustentar que em determinadas matérias deva ser privilegiada a legitimidade gerencial do ato administrativo conferindo-lhe maior peso, em detrimento da legitimidade jurídica e política, não é, necessariamente, contrário ao ordenamento jurídico. É possível que em determinadas situações esta escala de ponderação seja plenamente legítima. O ponto de

reflexão que se levanta neste trabalho é o quanto esta ponderação deve ser mais evidenciada, bem como a forma com que a teoria da insindicabilidade do mérito é utilizada justamente para obstar que esta ponderação seja trazida à tona e se torne objeto de críticas e avaliações pela comunidade jurídica em geral.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discrecionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial* - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- ACKERMAN, Bruce. *The New Separation of Powers*. Harvard Law Review, vol. 113, n. 3. 2000.
- ALEXANDER, Larry and SCHAUER, Frederick. *Defending Judicial Supremacy: A Reply*. *Constitutional Commentary*. Vol. 17:455. 2000.
- ANDRADE, Erica Patricia Moreira de Freitas. *Fundamentos para o controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário: os atos discricionários e os conceitos jurídicos indeterminados*. In: FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). *Controle da Administração Pública Direta e Indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do Tribunal de Contas, controle pelo Judiciário e controle social*. p. 105-130, Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*, 2 ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. Revista de Direito administrativo, v.237 p. 1-6. Rio de Janeiro. 2004.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. *Motivação e controle do ato administrativo*. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 1992.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: Uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.
- ARAÚJO, Valter Shuenquener. *Direito Administrativo Sancionador no Brasil: uma contribuição para a efetividade dos direitos fundamentais*. In *Constituição da República 30 anos depois: uma análise prática da eficiência dos direitos fundamentais. Estudos em homenagem ao Ministro Luiz Fux*. ARABI, Abhner Youssif Mota, MALUF, Fernando, MACHADO NETO, Marcello Lavenere (Coord.). Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 437.
- ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *O argumento das “capacidades institucionais” entre a banalidade, a redundância e o absurdo*. Revista de Direito da PUC – Direito Estado e Sociedade nº 38,p. 6-50. Rio de Janeiro. Jan/jun 2011.
- ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. *Pragmatismo como [meta]teoria normativa da decisão judicial: caracterização, estratégias e implicações*. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Benefícios Fiscais Inválidos e a Legítima Expectativa dos Contribuintes*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº 13, abr./maio, 2002.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAPTISTA, Patricia, KELLER, Clara Iglesias. *Por que, quando e como regular novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 273, p. 123-163, set./dez. 2016.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos fundamentais e direito à justificativa: devido procedimento na elaboração normativa*, 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2017. Edição do Kindle

BARROSO, Luís Roberto. *A constitucionalização do direito e suas repercussões no âmbito administrativo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista De Direito Administrativo, n. 240, p. 1-42. Rio de Janeiro. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. 5ª reimpressão. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2018.

BINENBOJM, Gustavo. *A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: Um Inventário de Avanços e Retrocessos*. In *A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*. SOUZA NETO, Claudio Pereira de e SARMENTO, Daniel (Coord.) Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

BINENBOJM, Gustavo. *Poder de polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Edição do Kindle.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar. 2006

BINENBOJM, Gustavo e CYRINO, André Rodrigues. *Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica*, p. 759, in SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris. 2009.

BOLONHA, Carlos, RANGEL, Henrique, CORRÊA, Carlos. *Hiperpresidencialismo na América Latina*. Revista da Faculdade de Direito – UFPR. Curitiba, vol. 60, n. 2, maio/ago. 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais. A quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2017.

BREYER, Stephen. "Judicial Review of Questions of Law and Policy." *Administrative Law Review*, vol. 38, no. 4, 1986.

CANÇADO, Maria de Lourdes Flecha de Lima Xavier *Os conceitos jurídicos indeterminados e a discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

CARDOZO, José Eduardo Martins. *A Discricionariedade e o Estado de Direito* in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte: Ed Lumen Juris. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35ª ed. São Paulo: Atlas. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo. Volume 7, Controle da administração pública e responsabilidade do Estado* [livro eletrônico] 3ª. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Do Poder Discricionário*. Revista de Direito Administrativo. v. 101, p. 1-23. Rio de Janeiro. 1970.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*, São Paulo: Ed. RT, 1979.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Ato Administrativo – a tridimensão da discricionariedade*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 119:33-39, jan/mar. 1975.

CYRINO, André. *Como se fazem as leis? Democracia, Grupos de Interesse e Controle de Constitucionalidade*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Belo Horizonte, n. 113, jul./dez. 2016.

CYRINO, André. *Delegações Legislativas, regulamentos e administração pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2018

CYRINO, André. *Legalidade administrativa de carne e osso: uma reflexão diante do processo político brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, v. 274, p. 175-208. Rio de Janeiro. Jan./abr. 2017.

CYRINO; André; NUNES, Daniel Capecchi. *A Constituição, as instituições e as delegações legislativas: um caso de mutação*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n. 70, p. 175-198, out./dez. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i70.487.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 19ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENTERRIA, Eduardo García de. *Curso de Derecho Administrativo*. vol. I. 6ª ed. Madrid: Civitas, 1999.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de mérito no direito administrativo*, Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. v. 23. p. 1-16. 1951.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7ª ed. atualizada por Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FARBER, Daniel A. e FRICKEY, Philip P., *Law and public choice: a critical introduction*. The University of Chicago Press, 1991.

FARIA, Edimur Ferreira de (Coord.). *Controle da Administração Pública Direta e Indireta e das concessões: autocontrole, controle parlamentar, com o auxílio do Tribunal de Contas, controle pelo Judiciário e controle social*. p. 105-130, Belo Horizonte: Fórum, 2018.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito do ato administrativo pelo Judiciário*, prefácio de José Tarcízio de Almeida Melo. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRAZ, Sérgio. *Controle jurisdicional do mérito do ato administrativo. Perspectivas do direito público: estudos em homenagem a Miguel Seabra Fagundes* (Coord. Cármen Lúcia Antunes Rocha). Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FERRAZ, Sergio. *Extinção dos atos administrativos. Algumas reflexões*. Revista de Direito Administrativo. v.231. p. 47-66. Rio de Janeiro.2003.

FERRAZ, Sergio. *Instrumentos de defesa do administrado*. Revista de Direito Administrativo. v.165. p. 11-22. Rio de Janeiro.1986.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

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

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed., rev. e amp, São Paulo: Malheiros, 2013.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GALLUPO, Marcelo Campos. *Da idéia à defesa: monografias e teses jurídicas – atualizado conforme as normas 6023/2002, 10520/2002, 14724/2002, 6024/2003 e 6027/2003*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.

GARCIA, Emerson. *O direito comunitário e o controle do poder discricionário pela justiça administrativa*. In *Discricionariedade administrativa*, coord. Emerson Garcia, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Conceitos Indeterminados e discricionariedade administrativa*. Cadernos de direito constitucional e ciência política. São Paulo. ano 3, n. 12, p. 84.115. jul-set. 1995.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Desvio de Poder em Atos Administrativos*. In: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo et al (Coord.). *Direito e Administração Pública. Estudos em homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. São Paulo: Atlas. 2013.

GUERRA, Sérgio. *Controle Judicial dos Atos Regulatórios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade: uma Nova Teoria sobre as Escolhas Administrativas*. 6ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa e DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros, 2016.

JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022.

JORDÃO, Eduardo. *Passado, presente e futuro: ensaio sobre a história do controle judicial da administração pública no Brasil*. In JORDÃO, Eduardo. *Estudos Antirromânticos sobre Controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022

JORDÃO, Eduardo. *The three dimensions of administrative law*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Fórum. 2018. Edição do Kindle.

KOATZ, Rafael Lorenzo-Fernandez. *A proibição do non liquet e o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional*. Revista de Direito Administrativo, v. 270, p. 171–205. Rio de Janeiro. 2015.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2ª ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

LEAL, Vitor Nunes. *Atos discricionários e funções quase-judiciais da administração*. Revista de Direito Administrativo, v 2. Rio de Janeiro. 1945.

LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário da administração – abuso dêsse poder – mandado de segurança*. Revista de Direito Administrativo, v. 14. p. 52-82. Rio de Janeiro. 1948.

LEAL, Vitor Nunes. *Poder discricionário e ação de administração*. Revista de Direito Administrativo, v.14, p. 53-81. Rio de Janeiro. out./dez. 1948.

LIMA, Rui Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. 7ª ed. São Paulo. Malheiros. 1962.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; FREITAS, Rafael Vêras de. *Uber, WhatsApp, Netflix: os novos quadrantes da publicatio e da assimetria regulatória*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 75-108, out./dez. 2016.

MASHAW, Jerry L. *Greed, chaos and governance*. New Haven, Yale University Press, 1997.

MASHAW, Jerry L. *Judicial Review of Administrative action: reflections on balancing political, managerial and legal accountability*. Revista Direito GV, Especial - Novembro, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 22ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3ª ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2017.

MEDAUAR, Odete. *Parâmetros de controle da discricionariedade*, in: GARCIA, Emerson (Coord.) *Discrecionalidade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.

MEDAUAR, Odete. *Poder discricionário da Administração*. Revista dos Tribunais, v. 75, n. 610, ago. 1986.

MEDAUAR, Odete. *Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 35ª. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 109, de 15.3.2021 e Lei 14.133, de 1.4.2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), São Paulo: Malheiros, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade Administrativa*, Revista Trimestral de Direito Publico, n. 60.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. 12ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O controle judicial dos atos administrativos*. Revista de Direito Administrativo, v. 152. p. 1-15. Rio de Janeiro. 1983.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MERKL, Adolfo. *Teoría general del derecho administrativo*, 1908:96. apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. São Paulo: Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Administrativo*, 3ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo, *Mutações do Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NINO, Carlos Santiago. *Hyperpresidentialism and Constitutional Reform in Argentina, in Institutional design in new democracies: Eastern Europe and Latin America*, LIJPHART, Arend e WAISMAN, Carlos H., Westview Press, 1996.

OLIVEIRA, Luciano. *Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito*. In: *Sua excelência o comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Atividade Normativa da Administração Pública - Estudo do processo administrativo normativo*. Tese de doutorado apresentada ao Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2014.

PEREZ, Marcos Augusto. *Testes de legalidade: métodos para o amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

QUEIRO, Afonso Rodrigues. *A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo*. Revista de Direito Administrativo, n. 6. p. 41-78. Rio de Janeiro. 1946.

RISK, Richard C. B. "In Memoriam: John Willis." University of Toronto Law Journal, vol. 47, no. 3, Summer 1997.

ROSE-ACKERMAN, Susan e JORDÃO, Eduardo. *Judicial review of executive policymaking in advanced democracies: Beyond rights review*. Administrative Law Review, v. 66, n. 1, Washington College of Law. 2014.

SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976, p. 224, apud DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SILVA, Almiro do Couto. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*. Revista de Direito Administrativo, vl.179, p. 51-67. 1990.

STRUCHINER, Noel. *Posturas interpretativas e modelagem institucional: A dignidade (contingente) do formalismo jurídico*, in SARMENTO, Daniel. *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*, Revista de Direito Público, nº 75. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais. Jul/set.1985.

SUNDFELD, Carlos Ari, CÂMARA, Jacintho de Arruda. *Controle judicial dos atos administrativos*, ano 4, n. 16, Belo Horizonte. Out./dez 2002.

SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *The New Coke: On the Plural Aims of Administrative Law*. Supreme Court Review, 2015.

SUNSTEIN, Cass, VERMEULE, Adrian. *Interpretations and institutions*. Michigan Law Review, Vol. 101, n.4. p. 885-951. Feb, 2003.

TÁCITO, Caio. *A Administração e o controle de legalidade*. Revista de Direito Administrativo, v 37, p. 1-11. Rio de Janeiro. 1954.

TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TÁCITO, Caio. *O abuso do poder administrativo no Brasil*. Departamento Administrativo do Serviço Público e Instituto Brasileiro de Ciências Administrativas: Rio de Janeiro, 1959.

TACITO, Caio. *O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais*. Revista de Direito Administrativo, 242. p.: 63-73. Out/Dez 2005.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*, in GARCIA, Emerson (Coord.) *Discricionariedade Administrativa*. 2ª ed. Belo Horizonte. Ed Lumen Juris. 2013.

WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, César Augusto Guimarães. (Org.). *O direito administrativo na atualidade: estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017, v. 1

WALDRON, Jeremy. *The Core of the case Against Judicial Review*. The Yale law Journal, 115:1346. 2006.

WILLIS, John. *Three Approaches to Administrative Law: The Judicial, The Conceptual, and the Functional*, 1 U. The University of Toronto Law Journal Toronto L.J. 53. 1935.