

ENÉAS DE OLIVEIRA DANTAS JUNIOR



**DISCRICIONARIEDADE
CONTROLE JURISDICIONAL
E
O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**



Criação Editora



DISCRICIONARIEDADE, CONTROLE JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

**AUTOR
ENÉAS DE OLIVEIRA DANTAS JUNIOR**

**ISBN
978-85-8413-264-5**

**EDITORA CRIAÇÃO
CONSELHO EDITORIAL**

**ANA MARIA DE MENEZES
CHRISTINA BIELINSKI RAMALHO
FÁBIO ALVES DOS SANTOS
JORGE CARVALHO DO NASCIMENTO
JOSÉ AFONSO DO NASCIMENTO
JOSÉ EDUARDO FRANCO
JOSÉ RODORVAL RAMALHO
JUSTINO ALVES LIMA
LUIZ EDUARDO OLIVEIRA
MARTIN HADSELL DO NASCIMENTO
RITA DE CÁCIA SANTOS SOUZA**



**DISCRICIONARIEDADE
CONTROLE JURISDICIONAL
E
O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE**

ENÉAS DE OLIVEIRA DANTAS JUNIOR



Criação Editora
Aracaju | 2022

Copyright 2022 by Enéas de Oliveira Dantas Junior

Grafia atualizada segundo acordo ortográfico da Língua Portuguesa, em vigor no Brasil desde 2009.

Projeto gráfico
Adilma Menezes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Tuxped Serviços Editoriais (São Paulo, SP)
Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Pedro Anizio Gomes - CRB-8 8846

D192d Dantas Junior, Enéas de Oliveira.
Discricionariedade controle jurisdicional e o princípio da razoabilidade. Enéas de Oliveira Dantas Junior -- 1. ed. -- Aracaju, SE: Criação Editora, 2022.
104 p.
Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8413-264-5

1. Direito Administrativo. 2. Doutrina. 3. Jurisprudência.
I. Título. II. Assunto. III. Enéas de Oliveira Dantas Junior

CDD 341.3
CDU 342

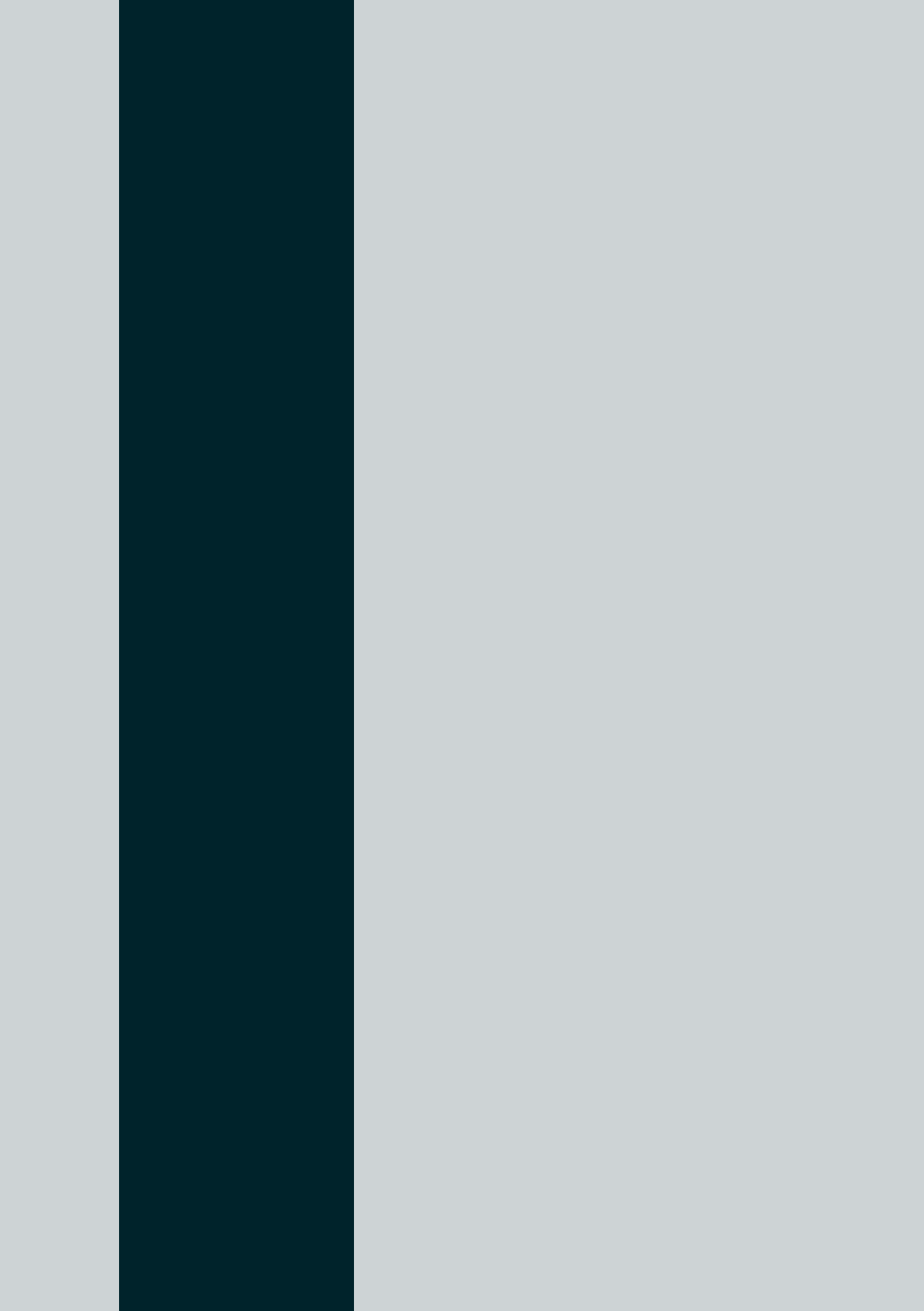
ÍNDICE PARA CATÁLOGO SISTEMÁTICO

1. Direito Administrativo.
2. Direito Constitucional e Administrativo.

DANTAS JUNIOR, Enéas de Oliveira. **Discricionariedade controle jurisdicional e o princípio da razoabilidade.** 1. ed. Aracaju, SE: Criação Editora, 2022. E-Book (PDF). ISBN 978-85-8413-264-5.



Intensamente aos
meus familiares, pelo
apoio incomensurável;
aos meus amigos, pelo
companheirismo e
bons momentos; aos
meus professores, pelos
ensinamentos; e à força
divina, pela constante
presença em minha vida.



“Afirmar, no início que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los. Não preciso aduzir aqui que, para protegê-los, não basta proclamá-los. O problema real que temos que enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos. É inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada desconhecida; e, além do mais, numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza, mas tem os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres, mas têm os olhos vendados”.

Norberto Bobbio

Sumário

11	1 OS MODELOS DE ESTADO E OS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
11	1.1 A Repercussão dos Perfis Estatais na Administração Pública: Considerações Preliminares
15	1.2 O Modelo Absolutista
19	1.3 O Modelo Liberal
26	1.4 O Modelo Social
31	1.5 O Modelo Democrático de Direito
36	2 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL
36	2.1 Os atos administrativos e seu controle
42	2.2 A Discricionariedade Administrativa e a Vinculação
49	2.3 A Administração Pública e o Controle Judicial
53	2.4 Limites à discricionariedade e extensão do controle judicial
60	2.5 O princípio da separação de poderes do Estado e o controle judicial dos Atos Administrativos
63	2.6 Os direitos fundamentais e o controle judicial dos atos administrativos
67	3 O CONTROLE JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE
67	3.1 Limites do controle jurisdicional e o princípio da Juridicidade
78	3.2 O mérito administrativo e o mínimo existencial
80	3.3 Vínculos do Controle Jurisdicional
85	3.4 O princípio da razoabilidade como fundamento do controle jurisdicional
100	REFERÊNCIAS



1 OS MODELOS DE ESTADO E OS REFLEXOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

1.1 A repercussão dos perfis Estatais na Administração Pública: Considerações preliminares

Tendo em vista a proposta oferecida nesta obra com o fim de analisar as contendas acerca do controle jurisdicional dos atos discricionários, é indispensável, *a priori* fazer uma abordagem quanto aos momentos históricos que pautaram a Administração Pública e que refletem até hoje, na maneira pelo qual o exercício e o controle do poder tem sido efetivado.

É um fenômeno que acompanha a humanidade desde as suas origens, assim, o conceito de domínio, de governo e de poder, é tido como pré-políticos, uma vez que concernentes a esfera privada e não ao setor público.

Dessa forma, importante salientar que esse poder pré-político evoluiu da esfera particular para a esfera publicista, no intuito de atender ao bem comum da sociedade, conforme pensamento de Hannah Arendt,¹ isso implica no reconhecimento de que os “indivíduos privados têm interesses materiais e espirituais em comum, e só podem conservar a sua privativi-

¹ ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.p.44.

dade e cuidar dos seus próprios negócios quando um deles se encarrega de zelar por esses interesses comuns”, permitindo desse modo, a existência de um poder político ligado de forma direta à organização e funcionamento da sociedade, bem como no que tange as relações de governo.

Acrescenta o doutrinador Michel Temer² que não se menciona “Estado sem poder. Este é emanção da soberania. É nota tipificadora do Estado. (...) Não há sociedade sem organização. Daí a parêmia secular: *ubi societas, ibi jus, ibi societas.*”

Nessa linha, os diversos focos relativos a possibilidade de exercício do controle sobre a atividade administrativa, seja qual for a perspectiva a ser analisada constituem, em verdade, um problema que leva a várias polêmicas e abre discussões jurídicas e políticas acerca das relações de poder ao longo da história. Elemento este que poetas, dramaturgos e romancistas usaram como suporte para a construção de obras imortais.

Maquiavel, Montesquieu, Locke, Michel Foucault, Bertrand, Russell, entre inúmeros, tiveram a preocupação de discutir os atributos do poder, mostrando as maneiras de obtê-lo e questionando a sua legitimidade.

O desenvolvimento social com a formação do Estado e os modelos adotados são objetos essenciais que não se podem deixar de considerar, para, assim, delinear a forma pela qual o poder político passou a ser objeto de controle.

Ensina Celso Ribeiro Bastos³ que “Estado significa um organismo próprio dotado de funções próprias, ou seja, o modo de ser da sociedade politicamente organizada é uma das formas de manifestação do poder”.

Dessarte, não olhar para o passado, para a História que reflete os nossos dias atuais, significa realizar estudos limitados e carentes de substrato fático.

² TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20^a Ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.117.

³ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.35.

Não obstante, é indispensável o reconhecimento de uma ordem para que se tenha uma organização social, a qual venha a impor para aqueles que efetivarão as decisões afetas ao interesse público, alguns limites, estes estabelecidos de forma prévia, com fim de evitar, desta forma, o arbítrio e a fonte de diversas ilegalidades.

Necessário se faz, desta forma, a contextualização atinente às mudanças dos paradigmas estatais na Administração Pública, os quais, conforme José Joaquim Gomes Canotilho⁴ podem ser considerados como, “consensos científicos enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo”.

Na condução do estudo quanto aos modelos adotados ao longo da história poderão ser observadas modificações de forma gradual na medida em que for sendo reveladas, principalmente na forma em que foram impostas determinadas restrições ao administrador público, viabilizando, assim, a real possibilidade de controle sobre seus atos.

Nesse sentido, é imperioso que o poder controle o próprio poder, limitando a ação administrativa, assim, dizia Montesquieu⁵ que “a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites.”

O Estado compreendido como o resultado de uma longa evolução na maneira de organização do poder é a real evidência de que os modelos de Estado adotados influenciaram na limitação do poder político durante toda a história.

Logo, a análise quanto às transformações que passou a sociedade política e a mudança de paradigmas, é que se leva a noção de que os modelos de Estado produziram grandes reflexos na Administração Pública, idealizando as bases pela qual o direito, e o exercício do poder

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995. p.06.

⁵ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995. p.118.

se concretiza, sendo que cada modificação induz a necessidade de sua atualização frente aos novos anseios sociais.

De forma particular os modelos brasileiros não foram marcados por uma transição progressiva e gradual de forma a ensejar uma estabilização dos modelos, conforme pensamento de Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto⁶, no sentido de que a história constitucional do Brasil “é marcada por passagens truncadas, com avanços e recuos mútuos e complementares dos modelos liberal, social e democrático.”.

Frise-se que cada modelo influenciou no aprimoramento de toda a sistemática da atualidade, uma vez que, as alterações ocorridas na mentalidade da sociedade fazem com que surja a necessidade de novos instrumentos de legitimação, a impor maior atuação popular nas decisões, contendo assim, os limites para uma administração pública racionalizada.

A evolução dos direitos fundamentais leva a necessidade do respeito pelo administrador público dessa essência primordial do ordenamento jurídico, ou seja, a estrita observância dos direitos fundamentais, com foco na dignidade humana, a fim de legitimar o poder e seu exercício.

Assim, a conquista dos direitos fundamentais criou uma nova postura aos atos praticados pela Administração Pública, considerando que a sociedade antecede o Estado e este é resultado daquela, na qual parte a legitimidade ou não para o exercício do poder, visando, deste modo, o controle vinculado à satisfação dos interesses da sociedade, diante de uma sujeição absoluta do poder político a estes direitos fundamentais.

Quanto à discricionariedade administrativa, um dos pontos mais discutidos acerca do exercício e limitação do poder político, que será tratada com maiores delongas adiante, por ser o objeto do presente trabalho, verifica-se que aquela será entendida como uma esfera de liber-

⁶ OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. *Ciência e Direito Constitucional: O caminho do Estado Democrático de Direito*. In: NUNES, Antonio Jose Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [Orgs.] **Diálogos Constitucionais**: Brasil/Portugal. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.p.287.

dade a cargo do administrador, cabendo a este preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa⁷.

Na história, foi relacionado de forma diversificada com o contexto social originando modelos estatais de maior ou menor intervenção, à luz do pensamento de Odete Medauar⁸, “cada um dos adjetivos conferidos historicamente ao substantivo Estado comporta ao menos uma perspectiva teórica acerca da função, da composição e dos fins a ele colimados.”.

Com efeito, lançam-se em especial neste capítulo as mudanças de paradigmas quanto ao controle da Administração Pública, inclusive, a disciplina jurídica na esfera do Direito Administrativo e os valores que irão caracterizar os modelos estatais.

1.2 O Modelo Absolutista

Com base no lapso entre os séculos XVI e XVII, nos quais imperou na história o modelo de Estado Absolutista, assim rotulado, uma vez que, os soberanos concentravam poderes políticos absolutos em suas mãos, período em que o regramento social se encontrava nas mãos do soberano, cabendo a este a integral disciplina dos meios de vida.

Dessa forma, o poder político era concentrado na figura do soberano, monarca ou príncipe, sendo que a conduta administrativa não estava sujeita a um controle eficaz ou a uma real limitação.

Trata-se de um momento histórico, assim, conforme Thomas Hobbes, a pessoa do administrador “competia, portanto, ser Juiz, e prescrever as Regras para distinguir entre o Bem e o Mal, regras estas que são leis; em consequência, nele que reside o Poder Legislativo.”⁹

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.p.916.

⁸ MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.79.

⁹ HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D´Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

Nesse sentido, cabia ao administrador o exercício das funções estatais, quais sejam, as de executar, legislar e julgar. Logo, a legitimação do poder estava intrinsecamente ligada ao conceito de dominação.

Tendo em vista o principado da dominação como base das monarquias absolutistas, sendo no que se aperfeiçoou a primeira fase do Estado Moderno, também conhecido como Estado de Polícia, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁰ que é,

um período da história em que o direito público ficou na penumbra, pois se esgotava em um único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios como o da *Regis voluntas suprema Lex* (a vontade do rei é a lei suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do no wrong* (o rei não pode errar).

Sob a perspectiva discricionária, a tutela da atuação administrativa não era pautada sobre qualquer mecanismo de controle quanto aos critérios de oportunidade e conveniência do administrador, por esta razão, segundo Sérgio Augustin¹¹

a vontade do soberano perfazia a vontade do Estado, sem que estivesse sujeita a qualquer espécie de controle. A investidura no Poder Estatal, naquele período, era posta como uma dádiva de Deus, restando afastada qualquer possibilidade de erro. Sem a possibilidade de errar, os atos estatais não eram passíveis de controle.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariiedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.p.16.

¹¹ AUGUSTÍN, Sérgio. **O controle jurisdicional dos atos de governo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2002.p.02

Ademais, explicita Romeu Felipe Bacellar Filho¹²,

os monarcas nunca poderiam ser responsabilizados por qualquer atitude cometida em nome do poder que detinham como soberanos, postulado este que oferecia sustentação a Teoria da Irresponsabilidade, vigente à época, baseada no postulado de que *the king do no wrong* (o rei não erra) ou ainda, *le roi ne peut mal faire* (o rei não pode fazer mal).

Por tais razões, a constituição do Estado Moderno e a adoção de uma ordem com a elaboração de leis, vão substituindo de forma lenta os atos arbitrários praticados pelo soberano, e nesta transição, se verifica um aperfeiçoamento no processo de legitimação, ou dominação de poder. Nesta linha, ensina Paulo Marcio Cruz¹³, uma vez que ocorre,

um processo de diferenciação estrutural e especialização funcional, significando a ruptura da ordem política tradicional, baseada na legitimação dos governantes por vinculação a poderes superiores à sua própria Sociedade, tais como deuses ou destino. Com o desenvolvimento do Estado a legitimação passa a se basear no consenso de massas e na responsabilidade ante elas de seus governantes.

Ressalte-se que no modelo absolutista existia uma confusão entre os atributos públicos e privados do soberano, bem como em relação ao seu patrimônio, imperando neste período o famoso patrimonialismo, em que não há distinção entre o patrimônio público e o privado.

Corroborando com o que fora acima mencionado, ainda no Período Medieval fora elaborada a doutrina da coroa, consistente em pro-

¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.p.01

¹³ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.p.78

duzir atos de cunho jurídico-político diversos e acima do próprio Rei. Assim, leciona Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹⁴,

a coroa passava a ser uma pessoa jurídica diferente da pessoa física do Rei o qual era somente um representante seu. Portanto, com este artifício tornava-se possível separar os bens próprios do príncipe dos bens da Coroa sendo que estes se configuravam como um dote, ou seja, um patrimônio separado que o Rei podia administrar mas não alienar e nem dispor.

Superada essa fase inicial, em que se traçava permitir uma diferenciação entre as questões relativas ao Estado e as do Rei, o marco fundamental fora a partir do iluminismo, baseado nos ideais em desfavor da autoridade, surgindo assim, a Teoria do Fisco, que de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁵,

o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao fisco, que teria personalidade de direito privado, diversa da personalidade do Estado, associação política, pessoa jurídica de direito público, com poderes de mando, de império. O primeiro submetia-se ao direito privado e, em consequência, aos tribunais; o segundo regia-se por normas editadas pelo príncipe, fora da apreciação dos tribunais.

Nessa linha, evidencia-se a separação das questões atinentes ao Estado e dos assuntos exclusivos do soberano, visualizando, desta maneira, um abrandamento do sistema vigente à época, sem que houvesse nenhuma limitação pré-estabelecida pela lei, uma vez que, a Administração Pública não estava submetida a nenhum tipo de norma que não

14 CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2006.p.38

15 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.18

oriunda do próprio rei. Com efeito, todo e qualquer “direito” conferido aos administrados eram tidos como concessões do soberano.

Sendo assim, de acordo com João Ribeiro Junior¹⁶, se tem de forma morosa,

um processo mais geral de formalização do próprio Estado para o qual se tornava cada vez menos necessária a personificação na figura do monarca e sempre mais indispensável a conotação abstrata dentro de esquemas logicamente sem objeção e convencionais, o principal dos quais era exatamente a lei, a norma jurídica.

Isso porque, fora nesse momento em que se constatou um modelo de organização social que veio a instituir um cenário de representação oficial do poder, na tentativa de estruturar um Estado cujo poder venha a ser impessoal e legalmente com uma nova esfera de direitos, obrigações e deveres para os administrados.

É evidente a crescente desvinculação da Administração Pública nesse momento com a figura do soberano, desenvolvendo e aprimorando um modelo estatal, conforme os propósitos legais, a fim de instituir o poder por meio de um sistema jurídico isonômico e uno.

1.3 O Modelo Liberal

Relevantes modificações aconteceram da passagem do Modelo Absolutista para o Estado Liberal, este também chamado de Estado de Direito, fundamentado nos ideais iluministas, que propagavam a necessidade de se garantir maior liberdade e tratamento isonômico para os administrados, devendo, assim, o Estado intervir minimamente na vida dos cidadãos, para, deste modo, apenas agir na garantia das liberdades individuais e políticas.

¹⁶ RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Acadêmica, 1995.p.178

Nesse contexto, de acordo com José Damião de Lima Trindade¹⁷,

se a idéia de privilégio não pode ser acolhida pela razão, há que se construir uma sociedade constituída por indivíduos livres e iguais, cidadãos (não súditos), todos sujeitos de direitos, submetidos a leis comuns para todos, clamando a nação, a soberania para si, não mais para um monarca detentor do poder absoluto.

Marco importante foi a Revolução Francesa na batalha contra os governos autoritários, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, visando, deste modo, garantir o desenvolvimento da burguesia com a limitação do poder do soberano pelo império da lei, esta fruto da vontade do povo.

Segundo o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹⁸,

na segunda etapa do Estado Moderno, instaurou-se o chamado Estado de Direito, estruturado sobre os princípios da legalidade, igualdade e separação dos poderes, todos objetivando assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado. É da mesma época o constitucionalismo, que vê na Constituição um instrumento de garantia da liberdade do homem, na medida em que impõe limites às prerrogativas dos governantes.

A principal característica do Estado de Direito é que suas bases se fundamentam nos pensamentos de Rousseau e Montesquieu, o primeiro quanto a concepção de igualdade para que todos recebessem tratamento igualitário, no qual todo e qualquer poder emana do povo, este legítimo detentor. O segundo com a teoria da separação das funções do Estado, em que aquele que tem o poder tende a abusar deste. Por tais

¹⁷ TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direito Humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2002.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.21

razões, aquele que executa, não pode ser o mesmo que venha a produzir as normas.

As revoluções inglesa, norte americana e francesa, dos séculos XVII e XVIII, influenciaram o desenvolvimento do Modelo Liberal, tendo em vista que o capitalismo e as forças sociais burguesas consolidaram seu poderio econômico, social e político, substituindo a Monarquia absolutista, pelo Estado Liberal.

Com efeito, o princípio da legalidade que norteia o Estado de Direito passa a orientar a atividade da Administração Pública como parâmetro da ação estatal, vinculando ao real cumprimento da vontade geral, expressa pela lei, assim, Celso Antonio Bandeira de Melo¹⁹, chama a atenção que, “isto permite dizer, sem nenhum receio de equívoco, que a atividade administrativa é fundamental e essencialmente uma atividade sublegal, infralegal”.

Em torno do princípio da legalidade surge o Direito Administrativo, o qual objetiva regular, por meio da lei, as atividades estatais, elaborando assim, normas de direito público que conferem algumas prerrogativas e deveres à Administração Pública.

Conforme o art. 5º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 que prescreve: “A lei não proíbe senão as ações nocivas à sociedade. Tudo o que não é vedado pela lei não pode ser impedido e ninguém pode ser forçado a fazer o que ela não ordena”. No mesmo foco, o art. 3º da Constituição Francesa de 1791 afirma que, “não há na França autoridade superior à da lei. O rei não reina mais senão por ela e só em nome da lei pode exigir obediência”.

Nesse contexto, partindo desta premissa, verifica-se que o aparelhamento estatal abandona a figura do soberano, e passa a ter como fundamento a legitimação do poder político por meio da lei, esta que

¹⁹ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.p.13.

impõe os limites na atuação do poder, deixando de lado o modelo patrimonialista, em direção ao modelo burocrático.

Em relação ao modelo burocrático, Adriana da Costa Ricardo Schier²⁰, explica que,

é a maneira pela qual se deu a racionalização do poder público na esfera institucional. Traduz-se, assim, através de uma organização que tem por fundamento a superioridade puramente técnica sobre todos os demais tipos de organização. Nesta estrutura, então, predomina a legitimação legal.

O princípio da legalidade passa a fornecer o fundamento de legitimidade e de validade de toda a atividade administrativa, não tão somente, mas também pela proclamação de direitos e garantias de liberdades do cidadão estabelecendo limites aos governantes.

A concepção do Estado de Direito, como Estado Constitucional, parte da Constituição, esta compreendida como um instrumento de governo, organização e limitação do poder político, em que se juridifica o Estado.

Dalmo de Abreu Dallari²¹, declara que

os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. Com o fim da sociedade política aponta-se a conservação de direitos naturais e imprescritíveis ao homem. [...] Nenhuma limitação pode ser imposta ao indivíduo, a não ser por meio da lei, que é expressão da vontade geral.

Com efeito, pode-se concluir, à luz do pensamento de Celso Ribeiro Bastos²², que,

²⁰ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.91.

²¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 150.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**.p.54

assim, passa o Estado a ter suas tarefas limitadas basicamente à manutenção da ordem, à proteção da liberdade e da propriedade individual. É a ideia de um Estado mínimo que de forma alguma interviesse na vida dos indivíduos, a não ser para o cumprimento de suas funções básicas.

Nessa fase, o individualismo era predominante, razão pela qual, o conteúdo administrativo era bastante limitado, o Estado deveria intervir de forma mínima na vida dos administrados, pois a preocupação maior girava em torno de garantir a liberdade dos cidadãos, sendo que a intervenção na esfera privada do indivíduo somente poderia ocorrer para garantia da ordem pública e em caráter excepcional.

Nessa ótica, o princípio da legalidade reconhecia a viabilidade de que o Administrador Público fizesse tudo o que a lei não proibisse, assim, a discricionariedade era a regra da atuação administrativa, vista até então como um poder político, não cogitando, neste momento, a hipótese de controle judicial dos atos da Administração.

Desse modo, a Administração Pública somente se sujeitava ao controle judicial quando da prática de atos expressamente previstos em lei, uma vez que a discricionariedade no Estado Liberal era livre de qualquer vinculação à lei. Destarte, na prática de atos discricionários não proibidos pelo sistema normativo, mas dotados de certa arbitrariedade, a Administração estava isenta de qualquer controle jurisdicional.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, caracterizava a chamada “doutrina da vinculação negativa da Administração, já que por ela, a lei apenas impõe barreiras externas à liberdade de autodeterminação da Administração Pública”.

Nesse patamar, tendo em vista que a adoção do modelo burocrático instituiu uma nova forma de controle da atividade administrativa de forma prévia, submetendo o administrador aos rigores da lei. Vis-

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.27

lumbra-se, portanto, a possibilidade de controle em relação aos procedimentos, meios e resultados.

Nessa linha, como fruto do procedimento juridicamente organizado, é substituído os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos variáveis de estabelecimentos de consenso, viabilizando, desta forma, o controle jurisdicional.

O perfil do Estado liberal e suas influências sobre a Administração Pública, como base para o Estado Constitucional, de acordo com Rogério Gesta Leal²⁴, evidencia-se,

- a) na legalidade da Administração Pública, estabelecendo-se os recursos e mecanismos de controle correspondentes;
- b) reconhecimento e garantia dos Direitos Humanos que passam a figurar como Direitos Fundamentais uma vez que se incorporam em muitos textos constitucionais;
- c) controle de constitucionalidade das leis como garantia frente ao despotismo do Legislativo.

Desse modo, como fundamental contribuição do Estado Liberal e como marco para a fase inicial das noções de controle da Administração Pública, leciona Celso Antonio Bandeira de Melo²⁵, “para o mundo das normas, para o mundo jurídico, uma concepção política a traduz em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle de Poder”.

A rigor, de forma clara, visualiza-se a real emergência do Direito Administrativo, regulando o exercício da função pública e servindo de proteção aos interesses e aos direitos dos administrados.

Com base nesse contexto, ocorre uma conquista política da sociedade em oposição aos ideais absolutistas, incluindo de forma gradual, nos modelos de Estado, a noção de garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, em detrimento do uso sem limites do Poder.

²⁴ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.p.67

²⁵ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.p.48.

Sobre isso, Daniel Sarmento²⁶, explica que,

com o passar do tempo, tornou-se claro que a simples abstenção estatal não seria suficiente para assegurar a dignidade da vida humana. A exploração do homem pelo homem, realizada sob o pálio do constitucionalismo liberal, atingiria o paroxismo, despertando a necessidade de rendimento das funções estatais. A miséria e a desigualdade social campeavam, e imperativos ético e pragmáticos passaram a impor uma atuação mais marcante do poder público na arena econômico-social.

Evidente, dessa maneira, a imperiosa necessidade do Estado olhar com atenção para o ideário social, ante as práticas não intervencionistas cuja consequência acentuou as diferenças sociais e econômicas, visto que sintetizava a ação administrativa de maneira formal e unicamente ao indispensável para a manutenção da ordem social.

Nota-se, conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet²⁷, que,

o impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

Assim, o Estado novamente passa por uma modificação, em que busca adaptar a sua estrutura ao contexto social, tornando mais curto o liame entre as esferas públicas e privadas, por meio do modelo de Estado Social.

²⁶ SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Éticos Jurídicos ao Realignamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.p. 154.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p.55

1.4 O Modelo Social

Com a problemática social em ascensão, a mudança do paradigma estatal, foi uma necessidade. Deste modo, se verifica em decorrência das reações surgidas em face do Estado de Direito, buscando, assim, a idealização de um Estado capaz de corrigir os desequilíbrios e as disparidades econômicas e sociais ocasionadas pelo modelo não intervencionista.

Fora consolidado, deste modo, o modelo de Estado Social, como efetiva resposta às carências substanciais das classes emergentes menos favorecidas.

Com efeito, o Estado chama para si o dever de implementar, à luz do pensamento de Rogério Gesta Leal²⁸,

uma tutela política mais eficaz, de natureza mais coletiva e indeterminada no âmbito das satisfações econômicas básicas de sua população, e uma gradativa intervenção ou direção na vida econômica dos setores produtivos, com o objetivo explícito de reajustar e mitigar os conflitos nas estruturas sociais respectivas.

Por tais razões, a atribuição de intervir na ordem econômica e social a fim de buscar a igualdade foi se desenvolvendo por meio de ações positivas, atenuando o lado formal e não se preocupando apenas com a liberdade do indivíduo, mas com toda a esfera social e coletiva, garantindo assim uma igualdade substancial.

Segundo Paulo Márcio Cruz²⁹,

o Estado Social intervém na economia e na sociedade com o fim de estimular o desenvolvimento e proporcionar, com mecanismos reguladores e de Seguridade Social, condições de vida mínimas à grande maioria da população.

²⁸ LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**.p.69.

²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**.p.84

O preceito de igualdade tratado nesse paradigma estatal deve ser compreendido tal como proclamado pelos ideais da Revolução Francesa, no sentido de uma ação positiva do Estado, conhecido como Constitucionalismo Social, visando acima de tudo, compensar às desigualdades com a concessão de direitos sociais e prestação de serviços em favor dos cidadãos.

Depois da revolução industrial do século XIX e dos movimentos sindicais, os direitos sociais passaram a ter tamanha relevância, sendo destacados como direitos fundamentais de segunda dimensão.

A preocupação com a satisfação dos direitos fundamentais em favor dos indivíduos levou a incorporação destes direitos nas Constituições, não se afastando do modelo adotado anteriormente, sendo denominados direitos que conforme Ingo Wolfgang Sarlet³⁰,

caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹, todos esses direitos ocasionaram, “o acréscimo de funções a cargo do Estado – que se transformou em Estado prestador de serviços, em Estado empresário, em Estado investidor”. Tendo como finalidade suprir os interesses sociais, de forma que o crescimento da responsabilidade do Estado fortaleceu consequentemente o Poder Executivo.

O fortalecimento do Executivo, o qual tem a prerrogativa de editar alguns atos normativos, estes indispensáveis, diante das alterações fáticas impossíveis de serem tuteladas em sua totalidade por leis, as quais submetidas ao processo legislativo, em que a principal característica está relacionada a morosidade burocrática.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. p.55

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p.37.

Em consequência disso, ocorre a limitação dos direitos particulares em prol do interesse da coletividade, assim, se no Estado Liberal essa limitação acontecia apenas de forma excepcional, nesse presente modelo em estudo, a regra é da predominância do interesse público sobre o interesse privado.

Logo, no que concerne a ação administrativa pautada na discricionariedade, entende, Maria Sylvia Zanella Di Pietro³², que,

as dificuldades em entender onde termina a legalidade e começa a discricionariedade administrativa levam o Poder Judiciário, até por comodismo a deter-se diante do mal definido mérito da atuação administrativa permitindo que prevaleça o arbítrio administrativo onde deveria haver discricionariedade nos limites estabelecidos em lei.

Por força da essência do Estado do Bem-estar Social, o controle judicial passa a ser implementado contra os atos arbitrários praticados pelo Administrador Público, passando, desta forma, a conter uma vinculação, uma vez que o gestor público está destinado a concretizar os interesses coletivos, devendo, assim, o ato ser analisado sob os aspectos da legalidade, partindo do pressuposto da finalidade pública primária, esta, portanto, uma exigência de ordem jurídica, ou seja, legal e não moral.

A inclusão da finalidade social ao novo modelo Estatal faz com que, nas palavras de Marcelo Cattoni de Oliveira³³, o direito passe a ser interpretado “como sistema de regras e princípios otimizáveis, consubstanciadores de valores fundamentais (...), bem como de programas de fins realizáveis no, “limite do possível””. Destarte, essa noção de justiça social, parte do pressuposto à luz das relações de trabalho, na proteção da

³² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.38.

³³ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.p.59

parte economicamente hipossuficiente, ocasionando, por conseguinte, uma revisão dos elementos que sustentaram os ideais da ordem liberal.

Nessa ótica, conforme Marcelo Cattoni de Oliveira³⁴,

sob o paradigma do Estado Social, assim como os direitos fundamentais, o princípio da separação de poderes é reinterpretado. Nesse contexto caberia falar em funções do Estado e não em separação de poderes, já que não haveria propriamente uma atribuição de diferentes competências a órgãos distintos, mas sim a de funções a órgãos distintos que as exercem cooperativamente na unidade da soberania estatal.

Vislumbra-se que o Poder Judiciário atua, nesse momento, de forma mais ativa e com maior poder, para a garantia em favor dos cidadãos dos direitos fundamentais de âmbito social.

Ocorre que, para atender as demandas sociais o Estado precisa obter recursos para custear as ações ou políticas públicas, verbas estas que serão provenientes da instituição e recolhimento de tributos.

Nesse caso, é clara a necessidade de ampliação da estrutura estatal para empreender as técnicas indispensáveis ao cumprimento desses ideais, que visam acima de tudo, garantir os direitos sociais nesse paradigma estatal, tendo em vista que o Estado assume para si uma diversidade de funções dirigentes.

Com efeito, sabe-se que os interesses sociais são vastos e que os recursos disponíveis para atender a esses anseios são finitos, assim, conforme Américo Bedê Freire Junior³⁵ se inicia a crise do Estado Social, que “passa a ser perceptível a partir do momento em que se nota uma gradual predominância da razão mercadológica (nova *Lex Mercatoria*) em detrimento das garantias sociais”.

³⁴ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**.p.60

³⁵ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.26.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶ afirma que as atividades angariadas pelo Estado, “cresceu de tal modo que, ao abranger atividades de natureza social e econômica, antes reservadas aos particulares, levou a uma crise na noção de serviço público.”

A estrutura precária e a insuficiência de recursos por parte do Estado para custeio de todas essas atividades foram a causa base, a qual culminou numa crise do modelo em estudo, ante a perda da efetividade de todos os direitos sociais proclamados, aliado a ausência de vontade por parte dos governantes em minimizar as diferenças sociais.

Na esfera teórica os direitos fundamentais sociais representam um modelo exemplo, que por excelência visam garantir direitos mínimos aos cidadãos em razão da dignidade humana. Logo, na prática, a impossibilidade de cumprimento de forma real desses direitos é um inimigo afeto a estrutura estatal, considerando a evolução e o organicismo estatal complexo.

Quanto a isso, importante destacar a lição de Thiago Lima Breus³⁷, pois a “redução da ineficiência e do desperdício, em todo o mundo passaram a ser realizados por programas de privatização das empresas estatais, buscando reduzir o âmbito do Estado.”

Expõe Thiago Lima Breus³⁸, acerca das privatizações, alegando que,

encontra seu lado mais sombrio quando se passa a entender que, o Estado deixa de realizar prestações voltadas para o atendimento dos socialmente excluídos sob o pretexto de que os direitos dão substrato a essas prestações positivas sobrecarregam a economia e tornam o Estado ineficiente e paternalista.

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.34.

³⁷ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.p.76.

³⁸ BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea.p.77.

Assim, uma modificação quanto aos valores sociais fora imposta por meio do neoliberalismo frente a nova vertente global, uma vez que, no Estado Social o cidadão era respeitado em sua individualidade, e com o novo modelo liberal, esse reconhecimento está atado aos critérios de consumo para adquirir esse status diante da sociedade e do Estado.

Por fim, as questões inerentes ao âmbito social passam a ser tuteladas pela iniciativa privada, revelando a crise mencionada acima, deixando, portanto, evidente a necessidade de buscar novos moldes para a Administração Pública, esta que está em constante aprimoramento e evolução.

1.5 O Modelo Democrático de Direito

Tendo em vista a impossibilidade de concretizar, efetivamente, os anseios do Modelo Social, o Estado adentra em uma nova era, qual seja, a da participação popular substanciada pelos ideais democráticos, na busca pela satisfação dos direitos fundamentais.

A carência por uma nova estrutura estatal é decorrência da crise em que se deparou o Estado Social, por meio das limitações das políticas sociais e dos entraves entre o capitalismo e o socialismo.

Ademais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, expressamente afirma no art. 1º, “*caput*”, que a República se constitui em Estado Democrático de Direito, com normas que disciplinam o direito dos administrados na participação junto a tomada de decisões do Estado e no controle do Poder.

Com a Carta Magna de 1988, a participação popular nas decisões políticas é uma realidade, seja no âmbito governamental, seja no universo administrativo, ocorrendo, assim, uma intensa modificação do modelo positivista clássico, partindo da noção de Estado Constitucional Democrático, incorporando, por conseguinte os direitos fundamentais ao ordenamento jurídico estatal, sendo compreendido como um novo olhar acerca do direito.

Dessa forma, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁹,

das consequências negativas produzidas pelo positivismo formalista (Estado Legal) e o insucesso do chamado Estado Social na conquista dos valores tão apregoados pelo liberalismo que acabaram por provocar reações no plano jurídico constitucional, em que se procuraram introduzir novas concepções pretensamente mais aptas para produzir justiça social.

Nesse momento, o Estado não se vincula apenas a legislação em sentido formal, mas aos ideais de justiça ligados à Constituição, precisamente no que concerne à efetivação da justiça social. O Estado Democrático de Direito abrange a participação popular e a justiça material, elementos estes que são caracterizados como desdobramentos do Estado Democrático e do Estado de Direito.

A nova perspectiva gira em torno da incorporação dos valores de igualdade substancial, de solidariedade e de justiça social, aos institutos de direito privado como a propriedade, o contrato e a família, garantindo, nos termos da Constituição, a liberdade e autonomia da vontade, ambos sob à ótica social.

Contudo, Lênio Luiz Streck⁴⁰ afirma que,

o Estado Democrático de Direito é o novo modelo que remete a um tipo de Estado em que se pretende precisamente a transformação em profundidade do modo de produção capitalista e sua substituição progressiva por uma organização social de características flexivelmente sociais, para dar passagem, por vias pacíficas e de liberdade formal e real, a uma sociedade onde se possam implantar superiores níveis reais de igualdades e liberdades.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.40.

⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**: uma exporação hermenêutica da construção do Direito. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.p.40.

A implantação dos preceitos democráticos está ligada intrinsecamente a concreta realização dos direitos fundamentais, em que a atividade administrativa assegure o atendimento das demandas públicas da maioria da população, por meio das formas de representação e participação, consagradas pelo texto constitucional.

Nota-se que em relação à atuação administrativa, acrescenta Marçal Justen Filho⁴¹, que

o percurso do direito administrativo retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia. Atualmente, não mais se admite a ideia de “ato discricionário”, reconhecendo-se que apenas alguns aspectos do ato administrativo envolvem margem de liberdade de escolha para o agente público. Os controles à atividade administrativa são cada vez mais amplos. É inquestionável que toda liberdade atribuída ao agente estatal tem de ser exercitada de modo compatível com os princípios jurídicos fundamentais.

Com efeito, os atos discricionários da Administração Pública não estão limitados apenas à lei, mas também quanto aos diversos princípios presentes no ordenamento jurídico, mais precisamente no texto constitucional. Logo, toda a discricionariedade praticada em desfavor de tais princípios é perfeitamente passível de anulação perante o Judiciário.

O novo modelo estatal apresenta uma Administração Pública voltada a harmonizar as liberdades individuais com a promoção dos direitos sociais, e ainda, efetivar a participação popular no controle do Poder Público e nas decisões políticas, contando com diversos instrumentos presentes na Carta Magna de 1988, a fim de permitir essa atuação popular com maior intensidade.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.p.13

Destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁴² que

no preâmbulo da Constituição manifestam os representantes do povo, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte, a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, colocando como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça.

A normatividade dos princípios e a correlação existente entre valores e regras, neste modelo em construção, é o principal fator que propiciou o desenvolvimento da teoria de direitos fundamentais, pautada na dignidade humana, em que pese no Brasil esses direitos concebidos constitucionalmente ainda não se mostrarem efetivos, devido a fatores administrativos e políticos em volta do Poder, os quais muitas vezes se apresentam como óbices para a verdadeira concretização desses direitos.

Dessa maneira, conceber expressamente na Constituição direitos não significa dizer que estes serão garantidos com plena efetividade, por isso, é primordial a criação de instrumentos que permitam a realização do conteúdo substancial proposto pelo texto constitucional, suficientes para suprir os anseios da sociedade, vinculando o Estado de forma rigorosa à sua realização.

Trata-se da incidência do neoconstitucionalismo, dando uma nova interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, a fim de que o Judiciário efetue o controle além dos dissídios individuais, mas precisamente barrando ações ou omissões contrárias à Constituição Federal e determinando as medidas cabíveis para proteção dos direitos funda-

⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. p. 45.

mentais e dos objetivos da República Federativa do Brasil, que segundo Carmem Lúcia Antunes Rocha⁴³,

verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – construir, erradicar, reduzir, promover – são de ação, vale dizer designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional.

Nessa linha, partindo da premissa do Estado Constitucional e levando em consideração os paradigmas estatais abordados, na sequência se pretende analisar a viabilidade do controle jurisdicional acerca dos atos discricionários praticados pela Administração Pública hodierna à luz do princípio da razoabilidade.

⁴³ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n. 131, jul.set., 1996.p.283-295.

2 O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS NO ESTADO CONSTITUCIONAL

2.1 Os atos administrativos e seu controle

Com a exposição dos modelos estatais no capítulo anterior e a abordagem destes paradigmas quanto à gradual influência na limitação do poder, no exercício da atividade administrativa, ficou evidente que a participação popular unida à preocupação de que os direitos assegurados constitucionalmente fossem realmente efetivados, afastou o simbolismo da carta política e propiciou a eficácia destes direitos fundamentais, diante da força normativa da Constituição.

Ademais, a função administrativa visa atender aos anseios fundamentais do corpo social, para tanto, o Poder Político é o verdadeiro instrumento, a fim de concretizar de forma real as disposições da Carta Magna.

A materialidade desse Poder, evidencia-se no âmbito da Administração Pública em torno dos atos administrativos, estes estritamente jurídicos, cujo efeitos vinculam-se diretamente à lei, com base no princípio da legalidade que norteia a administração pública, não se confundindo, desta forma, com os atos da administração, em que o regime privado e os atos de mera execução são característicos destes atos. Daí, nem toda manifestação da Administração Pública é considerada ato ad-

ministrativo, e em contrapartida, nem todo ato praticado por aquela é ato administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Melo¹, ato administrativo, é a:

declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Para a maioria da doutrina não existe um consenso acerca do conceito de ato administrativo, devendo, para tanto, existir para sua caracterização uma manifestação de vontade que emane de um agente público com prerrogativas concedidas pela Administração Pública, bem como de que o conteúdo deste ato venha a permitir a produção de efeitos jurídicos, cuja finalidade maior seja essencialmente pública, regida *a priori* pelo regime de direito público.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho², o ato administrativo é a,

exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus delegatários, nessa condição, que, sob regime de direito público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Diante dessa concepção, na qual os atos administrativos vinculados a satisfação das necessidades públicas é a verdadeira essência por meio da qual se concretiza a função administrativa, é que surge a no-

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14^a ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.341.

² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 92.

ção de controle, considerando o disposto no art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, que reza “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”.

O exercício do poder, como sendo um dever, é uma concepção expressa que consta na Carta Política de 1988, de modo que o controle a esse exercício seja manejado de forma adequada, razoável e racional.

Se o Estado representa a sociedade e suas aspirações, a atividade do administrador, somente é legítima na proporção em que atenda aos interesses dos cidadãos, quanto a isso explica Marçal Justen Filho³, que,

o agente estatal é um servo do povo, e seus atos apenas se legitimam quando compatíveis com o direito. Toda a disciplina da atividade administrativa tem de ser permeada pela concepção democrática, que sujeita o administrador à fiscalização popular e à comprovação da realização democrática dos direitos fundamentais.

Trata-se, desse modo, de um processo de limitação do poder, a fim de que as condutas administrativas, somente serão legítimas diante da total conformidade com a lei e com os propósitos democráticos a que se submete a República Federativa do Brasil.

Dessarte, quando tratamos de controle político estamos diante da necessidade de estabilização entre os poderes, mantendo o equilíbrio por meio do sistema clássico dos freios e contrapesos. Em contrapartida, o controle administrativo, não tem relação com o âmbito político, mas com as instituições administrativas, no pilar do direito administrativo disciplinado pelas normas de direito público.

Nessa linha, entende Hely Lopes Meirelles⁴, que o controle da administração pública surge como, “a faculdade de vigilância, orientação

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. p. 734.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 624.

e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional do outro”, não afastando sobremaneira, o fundamental controle popular realizado pelos administrados.

Para o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho⁵, podemos,

denominar de controle da administração pública o conjunto de mecanismos jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas de Poder.

Ademais, a abrangência do controle alcança toda a atividade administrativa de forma ampla, não se restringindo apenas ao âmbito interno da administração, uma vez que, dispõe de mecanismos jurídicos de atuação, qual seja, o controle judicial, abarcando, desta maneira, seja de forma revisional, ou fiscalizatória, o exercício administrativo.

A função de controle tem intrínseca relação com o instituto da garantia jurídica, porque viabiliza assegurar aos administrados e à própria Administração à concretização dos seus objetivos, não deturpando os direitos subjetivos dos cidadãos, nem as metas administrativas. A natureza jurídica do controle é a de princípio fundamental da Administração, caracterizada pela indispensabilidade, não podendo, para tanto, nenhum órgão administrativo recusar ser fiscalizado, pelo fato de que este controle deve ser exercido em todos os níveis e em todos os órgãos.

Leciona Diógenes Gasparini⁶, tratando de controle que é a, “vigilância e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação”. E continua o doutrinador, quanto a extensão do controle, que, “no primeiro caso tem-se o heterocontrole: no segundo autocontrole, ou, respectivamente, controle externo e controle interno.”

⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. p. 863.

⁶ GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 532.

No que tange a finalidade, seja no controle interno, bem como no controle externo, entende Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁷,

a assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

A ampliação quanto às questões sujeitas a serem objeto de controle, tende a sepultar o autoritarismo, os desmandos e arbítrios, exigindo, para tanto, uma estrutura administrativa organizada de pessoas e bens, expressando sua atuação por meio da prática de atos administrativos.

Segundo Odete Medauar⁸, tais atos administrativos, são entendidos como

um dos modos de expressão das decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração Pública, que produz efeitos jurídicos, em especial no sentido de reconhecer, modificar, extinguir, direitos ou impor restrições e obrigações com observância da legalidade.

Atos esses que devem pautar-se na estrita observância e atendimento dos princípios correlatos à Administração Pública, com a incumbência de garantir a efetivação do interesse público primário, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello⁹, na medida em que tais atos correspondem a uma

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.598

⁸ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.p.148.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.p.339-340.

declaração do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento e sujeitar a controle por um órgão jurisdicional.

Os atos oriundos da manifestação estatal não se restringem apenas ao âmbito interno do próprio Estado, mas principalmente nas suas relações com os administrados, objetivando garantir os direitos fundamentais assegurados pela nossa ordem constitucional.

O controle é uma previsão abstrata, assim, depende dos meios concretos e disponíveis para possibilitar o real cumprimento de suas finalidades.

Vivemos num Estado Democrático Constitucional, de modo que, conforme Carmem Lucia Antunes Rocha¹⁰,

sem o controle eficiente, rápido e eficaz, os princípios constitucionais garantidores dos direitos fundamentais de todas as pessoas ficam despojados de força impositiva e de eficácia plena em sua aplicação, pelo que não basta enunciá-los e dotá-los de normatividade, sendo essencial que sejam eles controlados em sua observância.

É a real exigência de que os atos administrativos se realizem com base na finalidade pública, com a totalidade e ponderação dos princípios fundamentais, inclusive, o da vedação à inoperância, bem como quanto à forma prescrita em lei, devendo para tanto, optar pela razoabilidade sem formalismos exagerados. Além disso, com observância à indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos que norteiam a motivação, recaindo num objeto lícito, possível e determinável.

Importante diferenciação se destaca quanto às espécies de atos administrativos inerentes às categorias da vinculação e da disciona-

¹⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.p.140.

riedade, que será objeto do próximo tópico, a fim de viabilizar a possibilidade de controle a ser realizado sobre os atos administrativos, inclusive, na identificação dos limites a que estes atos estão sujeitos, analisando sua evolução no Estado Moderno e fixando a amplitude de seu conteúdo.

2.2 A Discricionariedade Administrativa e a Vinculação

A rigor, tratando-se de atos administrativos passíveis de controle, a Lei prevê e impõe que em determinadas situações fáticas, quanto à conduta do agente público, a descrição e disciplina desta ação, se dá por meio de critérios objetivos, os quais indicam o caminho único a ser trilhado, sem qualquer margem de liberdade decisória. Atos estes chamados de vinculados, enquanto, em outras situações, permite a própria lei que seja conferido um juízo de conveniência e oportunidade na seleção dos meios, por meio do exercício de um juízo subjetivo do administrador público.

Corolário do princípio da legalidade e decorrência nata do próprio Estado de Direito, o ato vinculado, é aquele em que a Administração, sobre os ditames da lei, passa a agir de tal ou qual forma, mediante determinados critérios estabelecidos pela norma, barrando o cometimento de abusos e arbitrariedades. Assim, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello¹¹,

por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Para melhor compreensão, a ideia de vinculação deve estar ligada diretamente à lei, na qual o administrador deve proceder dentro de cer-

11 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**.p.410.

to prazo e de certo modo, e, por outro lado a ideia de discricionariedade somente poderá ser pensada nos limites autorizados pela lei.

Ademais, sob ótica diversa, temos o ato administrativo discricionário, no qual a legislação deixa livre a apreciação do motivo e/ou do objeto do ato, se atendo para a conveniência e oportunidade do gestor, bem como quanto o conteúdo do ato, sendo uma faculdade outorgada ao Administrador Público de tomar a decisão ou deixar de tomá-la dentro da esfera demarcada pela norma. O que difere do arbítrio, sendo este entendido como a liberdade de tomada de decisões sem qualquer limite ou observância legal, conforme destaca Celso Antônio Bandeira de Melo¹²,

não se admite atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo que careça de tal supedâneo (ou que contrarie lei existente) seria pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois, discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.

Outrossim, essa liberdade discricionária não é dotada de amplitude, uma vez que, o ato deve se coadunar com a norma e com os princípios constitucionais, e, acima de tudo, deverá buscar a realização do interesse público, não podendo de tal forma o administrador editar atos dessa natureza que visem o atendimento do interesse unicamente privado e pessoal.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho¹³, a,

valoração de conveniência e oportunidade é que reflete o que modernamente se denomina de reserva do possível, ou seja, o conjunto de elementos que tornam possível esta ou aquela ação governamental e, por via de conseqüência, o que se revela inviável de ser executado pela Administração em certo momento e dentro de determinadas condições.

¹² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**.p.13.

¹³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.115.

Essa valoração pode ser exercida tanto na discricionariedade quanto na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, estes compreendidos numa imprecisão de sentido, que permite ao intérprete ou aplicador da norma atribuir certo significado, mutável, de acordo com o sentido axiológico dado.

Logo, a discricionariedade espelha a situação fática, em que o Administrador Público opta por uma dentre várias condutas possíveis e lícitas, ou seja, é a oportunidade de realizar a subsunção do fato à hipótese normativa, mediante liberdade de escolha, considerando precipua-mente o fim a que se destina a norma.

Em verdade, vem acontecendo uma confusão de institutos, uma vez que, tanto a discricionariedade e os conceitos jurídicos indeterminados são inerentes a atividade não vinculada do Estado, pelo fato de inexistir parâmetro objetivo de atuação. O primeiro fixa a ideia de petrificação da norma, é consequente, em que os efeitos são configurados pelo próprio Administrador Público. Já o segundo está para o plano de previsão da norma, é antecedente, assim, a lei já determina os efeitos que devem emanar do fato.

Eis o relevante pensamento de José dos Santos Carvalho Filho¹⁴, que,

levando-se em conta justamente a ausência de *standards* de objetividade tanto na discricionariedade quanto na aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, surgem como mecanismos de controle os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, pelos quais se poderá evitar excesso de poder e adequação da conduta ao fim a que a norma se destina.

Nesse sentido, vislumbra-se que a imprecisão dos institutos supracitados não afasta a possibilidade de controle, devendo este ser pautado nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de equilibrar diante da hipótese concreta, os meios e os fins da conduta, sem

¹⁴ FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**.p.165.

exacerbação, sob pena de ferir o princípio republicano da separação dos Poderes.

A subjetividade do administrador é balizada pelo liame definido pela lei, assim, de acordo com Carmem Lucia Antunes Rocha¹⁵,

a racionalidade e a razoabilidade administrativa, que se tornaram matéria jurídica, fizeram com que a subjetividade, que inicialmente se pretendia vislumbrar e aceitar como característica da discricionariedade, cedesse lugar a elementos que objetivassem a prática dos comportamentos públicos, e estes, então, pudessem ser controlados social e institucionalmente.

Completa Juarez Freitas¹⁶, quanto ao controle dos atos discricionários, que,

controlar o ato administrativo como estando em maior ou menor intensidade vinculado não apenas a legalidade, senão que a totalidade dos princípios regentes das relações jurídico administrativa mormente os de vulto constitucional .

A partir disso, verifica-se que quanto aos atos vinculados a realização do controle será evidenciada da análise dos atributos necessários a formação do ato administrativo, quais seja, a competência, finalidade, forma, motivo e objeto, bem como a sua perfeita adequação à Lei.

Sobre os requisitos necessários, explica Marçal Justen Filho¹⁷, que,

o sujeito do ato administrativo é quem produz, que pode ser identificado como o agente. O conteúdo é aquilo que por ele é determinado ou estabelecido. A forma é o modo de exteriorização do

¹⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**.p.117.

¹⁶ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.p.213

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**.p.195.

ato. O motivo é a causa jurídica eleita pelo agente para produzir o ato. A finalidade é o resultado ou o interesse que se busca satisfazer por meio do ato.

O que ocorre é que a ação administrativa, embora discricionária, não é totalmente livre, e sob alguns aspectos, primordialmente a competência, forma e finalidade, a lei impõe limites. As opções, em aberto, permitidas pela própria lei é fundamental para a definição dos elementos indispensáveis para a prática do ato administrativo, em especial o motivo e o objeto.

Da análise, de forma ampla, tem-se quanto à finalidade do ato, um direcionamento legal para que todo e qualquer ato editado pela Administração tenha finalidade e destinação pública. A atuação do sujeito também somente pode ser pautada conforme a lei e em favor dos anseios sociais. No que tange a forma, a doutrina diverge alegando que para determinados atos a forma pode ou não ser discricionária, a mercê do que prevê a Lei, predominando, assim, o entendimento de que caso à Lei imponha ao administrador público a obrigatoriedade de agir conforme determinada forma, assim deverá agir, caso contrário, o ato poderá ser praticado pela forma que melhor lhe convenha.

Assim, quanto a esses elementos é perfeitamente possível o controle, uma vez que decorrem de uma vinculação legal. Em contrapartida, quanto ao objeto e ao motivo do ato, incide a discricionariedade. Presume-se, assim, legítima a prática do ato, conforme a competência, forma e finalidade legais, sendo vedada, em tese, e *a priori*, a interferência no mérito administrativo, este compreendido como uma avaliação da conveniência e da oportunidade quanto ao motivo e ao objeto, fluentes da prática do ato discricionário, preordenando o ato ao interesse público.

Quanto ao efetivo controle, explica Luiz Henrique Urquhart Cademartori¹⁸, que,

¹⁸ CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**.p.133.

diante de situações do mundo real, sempre será possível reconhecer objetivamente se uma dada situação é “urgente”, “necessária”, “conveniente” ou oportuna, por exemplo. Caberá, então, ao Poder Judiciário, interpretar e aplicar a lei enunciativa de tais conceitos a serem invocados na expedição do ato, avaliando se este atendeu ou não os preceitos legais.

Isto significa que, não existe uma zona indeterminada de livre atuação do administrador público, mesmo em se tratando do motivo e do objeto do ato, assim, os critérios de conveniência e oportunidade devem pautar-se nos limites da razoabilidade.

O mérito administrativo pode até não ser diretamente controlável *a priori*, mas o demérito, sempre será sempre, quando o agente age fora dos critérios de razoabilidade e legalidade.

Em caso de frustração aos padrões da razoabilidade, Juarez Freitas¹⁹, afirma que a,

autoridade administrativa, em realidade, jamais desfruta de liberdade pura de escolha ou de conformação a ponto de agir em desvinculação com os princípios constitucionais, ainda que a sua atuação guarde – eis ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita do que à concretização dos atos vinculados.

Daí a necessidade que se tem em relação aos atos discricionários serem objeto de controle, não para usurpar as funções do agente público ou tolher sua competência, mas diante dos critérios de razoabilidade, coibir os desvios e abusos de poder com motivações infundadas e inócuas ações.

O controle de forma ampla deve ser realizado seja nos atos discricionários, como nos atos vinculados, conforme Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁰, que

¹⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**.p.219.

²⁰ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**.p. 119.

se antes, o exercício da discricionariedade não deixava que houvesse o controle e num momento posterior, permitiu-se o controle sobre ele, sem se permitir contudo, que o julgador pudesse dizer que determinada conduta administrativa não era justa, atualmente se diz que o agente controlador sempre não pode substituir o comportamento administrativo controlado por um outro que emane da sua apreciação. Pode, entretanto, afirmar que aquela não pode prevalecer por não ser a conduta justa devendo ele adotar uma outra, vale dizer, o agente controlador (administrativo e jurisdicional) tem como único e último limite, no exercício do controle, a substituição da apreciação do administrador pela sua. Ele pode até mesmo desfazer o ato praticado e impugnado se em desavença ou contradição com o quanto juridicamente previsto e o que administrativamente demonstrado.

Somente existe discricionariedade quando esta é vinculada a realização dos ideais do Estado Democrático de Direito, seja por meio dos princípios nucleares do ordenamento jurídico ou no atendimento supremo dos direitos fundamentais.

Dessa maneira, quando maior a incidência de vinculação do ato administrativo, maior a viabilidade de exercer o controle de legalidade, uma vez que a subjetividade é restrita, e diante da discricionariedade, o controle será realizado haja vista o interesse público final, na efetivação dos direitos fundamentais.

Com base nisso, é que no Estado Constitucional o conceito de discricionariedade passa a ser compreendido como “discricionariedade vinculada”, sobre isso, Karl Engisch²¹, afirma que,

é vinculada no sentido de que o exercício do poder de escolha deve ir endereçado a um escopo e resultado da decisão que é o único ajustado, em rigorosa conformidade com todas as diretrizes jurídicas e, particularmente, legais, que são de tomar em conta ao mesmo tem-

²¹ ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.p.220.

po em que se procede a uma cuidadosa pesquisa e a uma cuidadosa consideração de todas as circunstâncias do caso concreto.

Desse modo, o controle dos atos administrativos, atualmente, tende a ser mais intenso, voltado para os valores, estes, bens jurídicos protegidos presentes em nossa Carta Magna de 1988, e que de acordo com Eduardo Appio²²,

muito embora os atos administrativos discricionários permitam o exercício de um ato de vontade, deixando ao agente a possibilidade de optar, validamente, por uma dentro as múltiplas opções existentes, existe uma vinculação finalística aos valores e princípios constitucionais, com especial ênfase aos contidos no art. 37, *caput*, da CF/88.

Os valores idealizados em nossa Carta Política é o vínculo constitucional que se estende a ação discricionária, a fim de que o controle vise a consolidar os parâmetros estipulados naquela e a concretizar por meio da Administração Pública, os direitos fundamentais dos administrados.

2.3 A Administração Pública e o Controle Judicial

Corolário do princípio da legalidade, o controle judicial é exercido sobre todos os atos administrativos e efetivado pelo Poder Judiciário, com a função constitucional de apreciador da legalidade e da constitucionalidade de atos e normas jurídicas, em decorrência do princípio da inafastabilidade da jurisdição, também chamado, princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ou princípio do direito de ação, de modo, a fiscalizar a atividade exercida pelos Poderes Executivo e Legislativo, pelo Ministério Público e pelo próprio Poder Judiciário, numa perspectiva garantidora dos direitos fundamentais constitucionais.

²² APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.p.118

O Poder Judiciário é a função estatal pela qual os administrados passaram a buscar uma real segurança, para a realização e efetivação dos direitos assegurados constitucionalmente. Isto em decorrência da amplitude do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional. Logo, sendo um Poder independente, surge daí sua legitimação para fiscalizar o cumprimento das disposições constitucionais pelos demais Poderes, sem vínculo algum que implique nesse exercício fiscalizador, o qual decorre de sua autonomia e independência.

Isso porque, sobre toda ação ou omissão que cause lesão ou ameaça a direito, é que se traduz a necessidade de controle jurisdicional, bem como legitimando esse mesmo controle sobre a ação administrativa.

Leciona Celso Antônio Bandeira de Mello²³, quanto ao exercício do controle judicial, que,

tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desbordem das possibilidades abertas pela moldura normativa – nos casos em que verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verificar se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa as finalidades da lei.

O exercício de controle dos atos administrativos é normalmente exercido em desfavor dos atos vinculados, em sede de juízo de legalidade ou de constitucionalidade, a fim de invalidar atos anuláveis ou nulos que atentem contra o sistema normativo vigente, sendo aplicado também quando aos atos discricionários, objeto do presente estudo.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho²⁴,

²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**.p.27.

²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.49.

o controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador.

Tem quem sustente a posição de que o julgamento que venha a modificar uma decisão administrativa é o mesmo que substituir um poder sobre o outro, e outros doutrinadores que em posição diversa, entendem que um maior ativismo judicial deverá incidir num controle intenso e substitutivo da conduta do administrador sujeita a controle.

O controle judicial deve estar subordinado à verificação da legalidade e constitucionalidade dos atos praticados em toda a esfera estatal, de forma que tais atos, somente serão legítimos na correta subsunção com a satisfação do interesse público, que de acordo com Carmem Lúcia Antunes Rocha²⁵, “o que legitima a Administração Pública – como de resto, qualquer das atuações do Estado Democrático de Direito – é a realização efetiva do interesse público”.

Portanto, de acordo com Luiz Werneck Vianna²⁶, “o Judiciário se constitui no único lugar de defesa do cidadão.”. Logo, no Brasil, grande parte da doutrina entende que a justiciabilidade da Administração, mesmo examinando a discricionariedade, não pode adentrar, sob nenhuma hipótese no mérito administrativo, uma vez que, segundo esse posicionamento, situa-se na faixa da discricionariedade administrativa onde é “vedada” apreciação judicial.

²⁵ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**.p.19.

²⁶ VIANNA, Luiz Werneck. [et al]. **Corpo e Alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.p.15.

Explica José dos Santos Carvalho Filho²⁷,

no que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, se o ato é praticado por agente incompetente: ou com forma diversa da que a lei exige: ou com desvio de finalidade: ou com o objeto dissonante do motivo etc.

É primordial a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em razão da ineficiência e fracasso da Administração, pautando-se nos limites impostos pela razoabilidade. Tal ação provoca efeitos de satisfação social, porém a doutrina discute a admissibilidade e os limites dessa intervenção.

Tendo em vista os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como valores fundamentais que visa consubstanciar o controle da discricionariedade, devem ser considerados para enfrentar situações que, embora aparentem estar revestidas de legalidade, em verdade retratam puro abuso de poder.

Na concreta ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, justifica-se a rigor e de imediato a invalidação do ato, considerando às nuances do caso concreto, frise-se.

Não obstante, com a Constituição Federal de 1988, os atos administrativos serão passíveis de controle judicial sempre que deixarem de atender aos direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna.

²⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. p.49.

2.4 Limites à discricionariedade e extensão do controle judicial

A discricionariedade é vista como meio para o exercício da função administrativa, em que o mérito do ato administrativo é o sentido político, formado pelos aspectos da oportunidade e da conveniência, com fito no interesse público, destaque-se.

Nesse sentido, como decorrência do Estado Democrático de Direito, no qual os administrados estão sob o manto da lei, é inconcebível a atuação do administrador com plena e total liberdade, sem quaisquer limites, quando da edição do ato administrativo que se encontra em total desacordo com os preceitos inscritos no texto constitucional.

Sob essa ótica instrumental, entende Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁸, que,

apresentar a discricionariedade como uma técnica desenvolvida para permitir que a ação administrativa defina com precisão suficiente um conteúdo de oportunidade e de conveniência que possa a vir a constituir-se no mérito adequado e suficiente à satisfação de um interesse público específico, estabelecido na norma legal como finalidade. Em outros termos: a discricionariedade é uma técnica e o mérito, o resultado.

Por tais razões, não há que se falar em mérito administrativo diante da afronta direta à Constituição Federal e aos princípios nela contidos, cuja esfera de liberdade conferida pela lei não implica em autorização para a prática de atos que desrespeitem os direitos individuais, desvirtuando, desse modo, a finalidade pública.

O motivo e objeto, estes elementos do ato administrativo podem ser vinculados ou discricionários, estes analisados à margem do mérito

²⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.46-47.

administrativo, dimensionado aos critérios da oportunidade e da conveniência, no exercício da discricionariedade.

Concebe-se como limitação ao exercício do controle jurisdicional da Administração Pública o princípio da juridicidade, este que exige não apenas respeito aos aspectos de legalidade formal, mas prioritariamente que se considere os princípios constitucionais quando da apreciação dos atos administrativos.

Ademais, os critérios da oportunidade e da conveniência são parâmetros que impõe limites à discricionariedade administrativa, vejamos que, quanto à oportunidade, o limite se relaciona com a integração do motivo do ato que deverá, de forma correta, ser valorado pela Administração Pública. Já no que concerne à conveniência, o limite se encontra com a integração do objeto do ato, que deve ser selecionado pelo administrador de maneira certa dentro dos limites impostos pela legislação. Nesta linha, a atividade que extrapole os limites mencionados acarreta, de tal maneira, a nulidade do ato por vício de finalidade.

Com efeito, não podemos afirmar que o controle judicial, no âmbito discricionário, à luz dos princípios basilares do ordenamento jurídico pátrio, estaria ferindo o princípio da separação das funções do Estado, uma vez que a atividade do Juiz se restringirá a declarar a invalidade do ato, não competindo a este dizer ou escolher qual ato deverá ser praticado, cabendo, assim, a administração editar novo ato que se coadune e substitua aquele eivado de vício.

Dessarte, para nortear a valoração do motivo do ato e a escolha do objeto, dois princípios se mostram fundamentais para tanto, quais sejam, os princípios da realidade e da razoabilidade. O primeiro se baseia quanto ao suporte fático tendente a reger a convivência entre os cidadãos, não podendo os atos administrativos se fundarem em motivos fantasiosos, ou na busca de objeto intangível, sob pena de carência quanto a finalidade pública.

No que diz respeito à razoabilidade, esta é a real satisfação do interesse público, na qual não importa a mera edição do ato, deve existir

sempre um mínimo de razoabilidade na seleção dos elementos de conveniência e oportunidade com vista ao atendimento do interesse público. Assim, a razoabilidade atua como um limite à discricionariedade no sentido de atribuir uma valoração dos motivos do ato, bem como no que concerne à escolha do objeto, em que ambos devem ser adequados e compatíveis com a finalidade pública a que se destinam.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto²⁹, “Na adequabilidade examina-se a pertinência categorial dos motivos com todo o ato; na compatibilidade, a relação específica dos motivos com o objeto do ato”. Assim, o motivo deve guardar uma proporcionalidade com o objeto do ato, de forma qualitativa ou quantitativa, entre os fins que se busca e os meios empregados.

Em relação às limitações ao poder discricionário, explica José dos Santos Carvalho Filho³⁰, que,

um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial.

Assim, se o agente não permite a verificação dos elementos de fato ou de direito que basearam sua decisão em determinada situação fática, haverá, neste sentido, a evidente suspeita de desvio de finalidade e exercício falho do poder discricionário.

Quanto às teorias elaboradas para fixar limites à discricionariedade, e permitir maior possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro³¹, que,

²⁹ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Controle a Discricionariedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.p.68

³⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.47.

³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.p.218.

uma das teorias é a relativa ao desvio de poder, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Nesse sentido, ensina José dos Santos Carvalho Filho³², que,

tais fatores constituem meios de evitar o indevido uso da discricionariedade administrativa e ainda possibilitam a revisão da conduta no âmbito da própria Administração ou na via judicial.

Ademais, completa Maria Sylvia Zanella Di Pietro³³, quanto à teoria dos motivos determinantes, em que,

a administração indica os motivos que levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu. Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato.

Outrossim, voltando aos princípios da realidade e da razoabilidade, a incidência destes, pode ser visualizada tanto no plano fático como no plano jurídico, em que os motivos devem ser reais e suficientes para sua prática, bem como compatíveis, proporcionais e adequados com o objeto desejado. Assim, o objeto do ato deve guardar uma sintonia lógica entre a modificação que se pretende de forma imediata incluir no universo ju-

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.47.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.p.218.

rídico, com o interesse público. Logo, mesmo que atenda aos requisitos legais, o ato deve ser eficiente e satisfazer de forma enfática os anseios sociais para o qual foi editado, restando ao Judiciário a fiel fiscalização deste atributo, sem prejuízo do controle interno da administração.

Portanto, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁴,

essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

A relevância na determinação dos limites à discricionariedade administrativa se dá de modo a viabilizar até onde deve ir o controle jurisdicional.

Com efeito, o princípio da razoabilidade é de suma importância para a valoração subjetiva que deve ser realizada pelo Administrador Público, dentro dos limites proporcionais em consonância com o senso comum e com a norma, diante da necessidade de adequação da atividade estatal com os princípios positivados no ordenamento jurídico.

No que tange a extensão do controle judicial, o art. 5º, XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988³⁵, reza que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, abstraímos daí o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Logo, sendo um princípio com característica nuclear de um sistema jurídico, sua violação acarreta maiores danos do que uma ofensa

³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.p.219.

³⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 31 de out 2011.

a um mandamento obrigatório (regra), constituindo-se um verdadeiro atentado ao ordenamento jurídico, como um todo, ruindo dessa forma os pilares que sustentam e dão suporte às regras.

Nesse sentido, defende Maria Sylvia Zanella Di Pietro³⁶, no que concerne ao controle judicial dos atos vinculados,

não existe restrição, pois, sendo todos elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação ao controle dos atos discricionários, o Judiciário deverá respeitar o mérito administrativo, nos limites legais em que é assegurado à Administração Pública, desde que esse mérito não venha a ferir direitos individuais.

Nos casos em que a Administração Pública fundamentando seus atos no exercício da discricionariedade, cujo mérito inicialmente não seria passível de controle judicial, atente contra o interesse público, estamos diante do flagrante desvio de finalidade, em decorrência do descumprimento dos limites da discricionariedade administrativa, estando, desta forma, o Judiciário autorizado a invalidar tais atos.

Os princípios da realidade e da razoabilidade conforme vistos anteriormente, incidem sobre o motivo e o objeto do ato administrativo, nos quais a integração é proporcionada pela análise da oportunidade e da conveniência, delimitando os limites à discricionariedade administrativa e dimensionando o mérito administrativo.

Portanto, quando a Administração Pública editar atos que venham a ferir direitos individuais, atuando contra o Estado Democrático de Direito, o princípio da inafastabilidade da jurisdição deverá prevalecer em face do princípio da separação das funções estatais, num exercício

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**.p.219.

efetivo de ponderação de princípios e de valorização dos preceitos constitucionais.

É de tamanha gravidade a prática de ato inválido, que se reveste da discricionariedade para ser legítimo, uma vez que, a dificuldade é tamanha na percepção aferível, de plano, da nulidade.

Celso Antônio Bandeira de Mello³⁷, explica que,

em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites da liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.

O controle judicial não exclui a discricionariedade, uma vez que não ultrapassa de forma alguma os limites objetivos estipulados pela norma, mantendo o campo de subjetividade do administrador público e primando pelos ideais do Estado Democrático de Direito.

A utilização de forma efetiva dos princípios da realidade e da razoabilidade é que permite ao Judiciário exercer um controle que permita analisar se o mérito do ato administrativo fora integrado e exercido considerando a finalidade pública.

Quanto a isso, defende Diogo de Figueiredo Moreira Neto³⁸, que,

o silogismo judiciário pode ser precisamente montado, com a premissa maior na finalidade da norma e a premissa menor no mérito do ato, de modo a evidenciarem-se o *pertinet* ou as imperitências: o respeito ou a exorbitância dos limites à discricionariedade. Observe-se que, nesta tarefa, o instituto da discricionariedade não fica comprometido mas, ao contrario, valorizado, na

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.p.833-834.

³⁸ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**.p.84.

medida em que sua proteção não mais se vincula a uma praxe acomodada da doutrina e dos tribunais, mas a um sistema racional e permanentemente aprimorável.

A importância da eliminação do abuso de poder e dos desvios de finalidade na atividade discricionária do administrador público visa uma tendência positiva, para que o interesse público guarde a maior sintonia possível com a finalidade legal, aperfeiçoando de tal forma a discricionariedade administrativa em benefício do corpo social, este que legitima todos os Poderes de nossa República.

Por fim, para que o controle judicial seja eficaz e atue de forma enfática a invalidar, de forma excepcional, os atos que extrapolem os limites da discricionariedade, o Poder Judiciário deverá realizar uma apreciação principiológica dos atos administrativos diante todo o arcabouço jurídico vigente em nossa ordem constitucional.

2.5 O princípio da separação de poderes do Estado e o controle judicial dos Atos Administrativos.

Ao iniciar o estudo acerca do controle judicial, o tema *a priori* parece chocar com os termos do art. 2º da Constituição Federal, conhecido como o princípio da separação de poderes do Estado, pelo qual, “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”.

Logo, ante a necessidade de um ativismo com uma postura mais intensa e comissiva do Poder Judiciário, isso tende a ocasionar tensões com as demais funções do Poder, não podendo se confundir com a supremacia de uma função sobre outra, mas partindo do pressuposto de supremacia da Constituição Federal, é que o controle jurisdicional encontra guarida.

Advogar a alegação de que a colisão de funções entre os Poderes é o fundamento maior para impedir o controle jurisdicional, não deve ser levado em consideração, uma vez que o Judiciário não deverá se es-

quivar de realizar a melhor aplicação à Constituição Federal, exercendo o controle de constitucionalidade por meio dos instrumentos processuais disponíveis.

Entretanto, a Constituição expõe a forma pela qual os Poderes da República devem funcionar, assim, a Carta Magna, é norma que fornece força à atividade estatal no exercício de suas funções típicas e no limite de suas atuações.

Nesse sentido, a supremacia constitucional evidencia de forma prática a viabilidade de se declarar nulas e inconstitucionais as normas que contrariem às disposições constitucionais.

De acordo com Regina Maria Macedo Nery Ferrari³⁹,

a teoria da separação de poderes de Montesquieu hoje se realiza segundo modos, graus e critérios que variam muito de um Estado para outro. O valor de dita teoria está no sistema de independência entre os órgãos do Poder e de inter-relacionamento de suas atividades.

De qualquer forma, existe em verdade uma reciprocidade no controle a ser exercido diante das três funções do Estado, com a finalidade de impor limites e evitar os possíveis e eventuais abusos por qualquer dos Poderes, sendo efetivado, assim, um controle recíproco.

Com efeito, o Poder Judiciário é dotado de uma responsabilidade maior quanto ao controle, uma vez que compete ao Magistrado impedir atos comissivos ou omissivos que venham a contrariar à Carta Política e ao ordenamento jurídico em vigor.

Diante disso, surgiram duas teorias, a substancialista e a procedimentalista, que buscam explicar o enfrentamento das questões relativas às tensões entre as funções estatais e de que modo o Judiciário deve atuar.

³⁹ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.p.203.

Segundo a teoria substancialista o Judiciário deverá atuar de forma a defender e satisfazer os direitos fundamentais dos cidadãos, com plena eficácia, exercendo uma função ativa, não rompendo essa intervenção política com as vias da democracia, mas qualificando o exercício da jurisdição constitucional.

Para a tese substancialista, explica Lenio Luiz Streck⁴⁰, que,

o Poder Judiciário pode contribuir para o aumento da capacidade de incorporação do sistema político, garantindo a grupos marginais e destituídos dos meios para acessar os poderes políticos, uma oportunidade para a vocalização das suas expectativas e direito no processo judicial.

Em contrapartida, os que defendem a tese procedimentalista, não admitem a intervenção do Judiciário na esfera política, não podendo ser substituída esta esfera pelo mundo jurídico, sob pena de eventual ocorrência de autoritarismo, de um possível “governo de juízes” e de um deslocamento grave das funções democráticas.

As referidas teorias, reconhecem a necessidade de atuação do Judiciário de forma a efetivar os preceitos constantes na Constituição Federal, porém, a corrente substancialista é a que melhor se coaduna com o teórico garantista, conforme Alexandre Morais da Rosa⁴¹,

os vínculos no Estado Democrático de Direito, de viés garantista, são de tal forma substanciais/materiais que impedem a preponderância da concepção de democracia vinculada à vontade da maioria, em franca opressão a minoria, articulando a esfera do indecível.

⁴⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise**.p.47.

⁴¹ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.p.87.

Outrossim, não existe nenhuma ofensa ao princípio da separação dos poderes a incumbência constitucional conferida aos juízes no dever de proteção aos princípios e direitos fundamentais, quando da atividade controladora dos demais poderes no âmbito de suas tarefas definidas no texto constitucional, somente reforçando o valor da jurisdição constitucional.

Se a Constituição Federal vincula a todos, as decisões judiciais devem guardar intensa consonância com os preceitos inscritos na Carta Magna, estando, assim, as sentenças sujeitas a reformas por meio dos recursos cabíveis, não podendo de forma alguma se afastar do contido materialmente naquela. Deste modo, o Magistrado confere a melhor interpretação possível, estando submetido a determinados vínculos, na sua atividade de controle dos atos administrativos, a fim de garantir de forma plena os direitos fundamentais dos jurisdicionados.

A Constituição Federal de 1988, pautada no princípio da separação dos poderes do Estado, com disposição expressa no texto, conforme exposto acima, centrou seus preceitos no âmbito dos direitos fundamentais, os quais, em sequência, constituem vínculos, a partir dos quais todo o sistema deve ser orientado, bem como no que tange ao controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública, como corolário do neoconstitucionalismo.

2.6 Os direitos fundamentais e o controle judicial dos atos administrativos

A influência determinante dos direitos fundamentais é o ponto de partida para o estudo do controle judicial sobre os atos discricionários, uma vez que deriva do intenso vínculo existente entre eles, como decorrência da dignidade humana, princípio este que a Constituição atribui valor democrático supremo no âmbito do ordenamento jurídico pátrio.

Logo, protegida está a dignidade humana, na proporção em que os direitos fundamentais estão resguardados, e incumbido está o Poder

Judiciário, de defender estes direitos, que conforme Norberto Bobbio⁴², “os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava pela sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”.

Daí porque, faz-se mister, desde logo, analisar a historicidade dos direitos fundamentais que dão origem às diversas dimensões desses direitos, em que a liberdade surgiu, primeiramente, como ideia central de um Estado liberal; e em seguida o aperfeiçoamento para uma segunda dimensão pautada no Estado Social e na proteção ao hipossuficiente e aos vulneráveis.

Ademais, com a evolução do pensamento social os direitos de terceira dimensão compreendem os chamados direitos difusos, incluindo, portanto, os direitos ao patrimônio da humanidade, a exemplo do meio ambiente e do patrimônio artístico, histórico e cultural, nos quais o Estado se consagra como verdadeiro efetivador destes direitos fundamentais, no campo individual e coletivo.

Com efeito, verifica-se que em decorrência da liberdade religiosa, impulsionada pelo humanismo, nasceu uma nova mentalidade social que evoluiu ao longo dos tempos e conferiu ao Estado o papel fundamental de promotor e garantidor destes direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais são dotados de eficácia e aplicabilidade plena e imediata nos termos da Constituição Federal de 1988, que impõe aos órgãos estatais a tarefa de ampliar a aplicabilidade dos direitos fundamentais, desta forma, em que pese a consagração no texto constitucional, sua efetiva concretização, ainda não é equivalente a sua estrutura teórica, no campo fático.

Diante disto, explica Ingo Wolfgang Sarlet⁴³, que,

⁴² BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.p.32.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.p. 262.

da mesma forma em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia. [...] O Judiciário não apenas se encontra na obrigação de assegurar a plena eficácia dos direitos fundamentais, mas também autorizado a remover eventual lacuna oriunda da falta de concretização.

Trata-se de reconhecer, com base na supremacia constitucional, a supremacia dos Direitos Fundamentais, em que a Administração Pública deve ater-se, em suas atribuições, a todos os mandamentos constitucionais, visando, assim, nortear o exercício da atividade estatal, uma vez que, segundo José Afonso da Silva⁴⁴, a Constituição está, “no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade, e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos.”

Nessa linha, todas as esferas de Poder, devem buscar a concreta realização de forma substancial do conteúdo da Constituição, esta que hoje não se restringe apenas a ser um instrumento normativo de organização política do Estado, mas força viva de condução do caminho social.

Ademais, os direitos fundamentais podem ser analisados sob duas facetas diferentes, uma como direitos subjetivos, nos quais, cabe ao titular deste direito fundamental buscar junto ao Poder Judiciário a tutela dos seus interesses juridicamente protegidos; e outra como direitos objetivos, estes segundo Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁵, que

com o reconhecimento dos deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos não so-

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.p. 45

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**.p.158.

mente contra os poderes públicos, mas também contra agressões providas de particulares e até mesmo de outros Estados. Esta incumbência, por sua vez, desemboca na obrigação de o Estado adotar medidas positivas da mais diversa natureza [...] com o objetivo precípua de proteger de forma efetiva o exercício dos direitos fundamentais.

Com base nisso, sempre que houver ameaça ou lesão a um direito fundamental sob a face subjetivista, cabe ao Judiciário, caso instado, atuar de forma enfática, bem como sob a face objetiva, na qual caberá ao Estado promover a proteção de tais direitos fundamentais, por meio de medidas compatíveis e adequadas, sem olvidar do controle judicial, em relação às ações e omissões que se estabeleçam de forma contrária aos direitos fundamentais, sem que haja, portanto violação ao princípio da separação de poderes do Estado.

Tem-se assim, que no paradigma de Estado Constitucional, ficará a cargo do Estado a proteção dos direitos fundamentais, a fim de garantir a dignidade humana e a efetivação desses direitos, criando, portanto, condições hábeis para o exercício do respectivo controle, legitimando, desta forma, o Poder Judiciário.

3 O CONTROLE JURISDICIONAL E O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

3.1 Limites do controle jurisdicional e o princípio da Juridicidade

No desenvolvimento do exercício da jurisdição constitucional é primordial analisar quais os limites que se encontram sujeitos o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública, com o objetivo de evitar que este controle venha a servir como fundamento para ações voluntárias e subjetivas ou até inconstitucionais.

Nesse contexto, não podem os Magistrados, sob a roupagem de interpretar e efetivar a Constituição Federal, utilizar, deste modo, seus ideais individuais, ou seja, do puro subjetivismo disfarçado de interpretação constitucional.

Nesse sentido, Eduardo Appio¹, ensina que a “adoção de um modelo ilimitado de jurisdição dos direitos sociais e de implementação das políticas econômicas pelo Poder Judiciário, além de inconstitucional, traria consequências políticas importantes.”.

Note-se que mesmo numa análise garantista que leva em consideração a máxima eficácia e efetivação dos direitos fundamentais, é

¹ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**.p.119.

importante destacar os limites que deverão ser impostos no âmbito do exercício do controle jurisdicional.

O desenvolvimento dos ideais de politização da justiça, com o chamado ativismo judicial, enseja a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, tendo em vista a ineficácia da Administração Pública. Entretanto, tal intervenção vem causando polêmica e grande discussão doutrinária no que concerne aos limites dessa intervenção e à sua admissibilidade, uma vez que, em determinados casos concretos são admitidos e em outros não, carecendo, assim, de critérios objetivos para afirmar até que ponto será legal essa interferência.

Com efeito, decisões administrativas que não obstem a finalidade pública e que se atenham à discricionariedade vinculada, não devem ser passíveis de apreciação pelo Judiciário, quanto aos critérios de conveniência e oportunidade, uma vez que, não apresentam nenhum defeito, não devendo o Poder Judiciário, alegando o constitucionalismo da efetividade, adentrar nas razões que motivaram o Administrador a decidir, ou seja, no mérito administrativo.

Por outro lado, atos administrativos editados sob o evidente abuso de poder e desvio de finalidade pública, ferindo, assim, a supremacia do interesse público, devem ser rechaçados. Por tais razões, de forma legítima o Poder Judiciário deverá atuar de forma razoável e proporcional, a fim de garantir os direitos fundamentais, as liberdades individuais e o Estado Democrático de Direito.

Essa manifestação do Judiciário não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes, porém é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração, diante de uma ilegalidade ou inconstitucionalidade flagrante.

Nessa linha, com a evolução da sociedade e do Direito, o conceito de legalidade passou por uma redefinição, não se restringindo apenas à observância da lei, mas primordialmente à força normativa dos princípios extraídos do ordenamento jurídico.

Ademais, o princípio da juridicidade, numa visão moderna do Direito, não trata apenas da conformidade dos atos administrativos com as leis, regulamentos, portarias e decretos; mas com os princípios contidos no sistema jurídico vigente como um todo, seja de forma explícita ou implícita.

A positivação dos princípios norteadores da Administração Pública no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, decorre da incidência do princípio da juridicidade, impondo que o Administrador deverá pautar sua atuação com observância a estes princípios explícitos (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), bem como daqueles implícitos que vinculam a atividade administrativa, em especial, o princípio da razoabilidade, pelo qual é necessário analisar quais atos do Poder Público refletem um valor justo.

De acordo com Germana de Oliveira Moraes², a noção de juridicidade,

além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (a desses atos) observe – não contrarie – os princípios gerais de Direito previstos explícita ou implicitamente na Constituição. [...] a consequente substituição, no Direito Administrativo, do princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, demanda, por um lado, uma redefinição da discricionariedade, e por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins de controle jurisdicional da Administração Pública.

Com base nisso, e conforme tudo o que já fora explanado ao longo do presente obra é que se vislumbra o reconhecimento pela doutrina moderna, quanto à necessidade marcante de que a atividade administrativa não seja pautada apenas pela legalidade formal, mas considere principalmente os princípios, por um valor mais amplo que é a Justiça,

² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.p.24

esta materializada como a finalidade de todo o sistema normativo, o qual busca a pacificação dos conflitos e a paz social.

Em relação aos princípios jurídicos e ao controle de juridicidade, ensina Rafael Carvalho Rezende Oliveira³:

Por fim, a teoria dos princípios jurídicos exige a compatibilidade dos atos administrativos com os princípios consagrados no ordenamento jurídico. A referida teoria ganhou relevância com o reconhecimento da normatividade dos princípios, no contexto da constitucionalização do Direito Administrativo e do Pós-Positivismo, abrindo a possibilidade do controle ampliado e dotado de maior efetividade do ato administrativo.⁴³ A partir do reconhecimento do papel central da Constituição e da normatividade dos princípios constitucionais, a legalidade deixa de ser o único parâmetro para verificação da validade da atuação administrativa. Trata-se do princípio da juridicidade que não aceita a concepção da Administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio Direito, o que inclui as regras e princípios previstos na Constituição.⁴⁴ O STF editou a Sumula Vinculante 13 para vedar o nepotismo na Administração Pública com fundamento nos princípios da impessoalidade, moralidade e eficiência. O STJ, por sua vez, utiliza-se rotineiramente dos princípios da razoabilidade e da isonomia (impessoalidade) para saber se algumas das exigências contidas em editais de concursos públicos são válidas ou não.⁴⁵ A juridicidade, como se vê, amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo Judiciário. E isso não para permitir a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, porque importaria em inadmissível violação ao princípio da separação de poderes, mas para garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo à violação, por via transversa, da ordem jurídica pelo administrador. Contudo, com o intuito de evitar uma simples troca da arbitrariedade administrativa pela judicial, é indispen-

³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.p.528-529.

sável a justificação da decisão judicial, como elemento essencial para sua legitimidade, pois só assim há possibilidade do controle “final” pelos “donos do poder” (o povo).⁴ É oportuno notar que o reconhecimento da existência do princípio da juridicidade é uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que há um nítido incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública na concretização das normas constitucionais, a juridicidade gera necessariamente restrições mais sensíveis à atuação do administrador e acarreta a ampliação do controle judicial dos atos administrativos, uma vez que a atuação administrativa, para ser considerada válida, deve compatibilizar-se com os princípios consagrados na Constituição da República (moralidade, eficiência, razoabilidade etc.).

Para concretizar essa Justiça material, Carmem Lúcia Antunes Rocha⁴, explica que,

o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de “legalidade administrativa” e, agora, mais propriamente rotulado de “juridicidade administrativa”, adquiriu elementos novos, democratizou-se. A juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social.

Nesse sentido, quanto à discricionariedade administrativa, os reflexos são evidentes, uma vez que ocorre uma real redução do conteúdo do mérito administrativo, elemento este *a priori* “livre” de apreciação por meio do controle jurisdicional, como regra, conforme majoritária doutrina e jurisprudência. Assim, diante da nova positivação dos princípios da Administração Pública, aqueles aspectos que antes eram pertinentes ao mérito, agora dizem respeito à juridicidade do ato.

⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**.p.79.

No que concerne aos limites da discricionariedade e do controle pelo Poder Judiciário, merece destaque às lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁵:

A distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce. Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei. Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal.

Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto. A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. Uma das teorias é a relativa

⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.p.501-504.

ao desvio de poder, formulada com esse objetivo; o desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

Outra é a teoria dos motivos determinantes, já mencionada: quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência. Por exemplo, quando a lei pune um funcionário pela prática de uma infração, o Judiciário pode examinar as provas constantes do processo administrativo, para verificar se o motivo (a infração) realmente existiu.

Se não existiu ou não for verdadeiro, anulará o ato. Começa a surgir no direito brasileiro forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de “conceitos legais indeterminados” (cf. Martin Bullinger, 1987).

Alega-se que, quando a Administração emprega esse tipo de conceito, nem sempre existe discricionariedade; esta não existirá se houver elementos objetivos, extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Neste caso, haverá apenas interpretação do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. Por exemplo, se a lei prevê o afastamento ex ofício do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos.

Se, para delimitação do conceito, houver necessidade de apreciação subjetiva, segundo conceitos de valor, haverá discricionarie-

dade. É o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço. No primeiro caso, o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração, porque ele não é discricionário.

No segundo, não pode examinar os critérios de valor em que se baseou a autoridade administrativa, porque estaria penetrando no exame da discricionariedade. Mesmo neste caso, alguns autores apelam para o princípio da razoabilidade para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei. Existem situações extremas em que não há dúvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, em que essa definição é imprecisa e dentro da qual a decisão será discricionária, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário (cf. Celso Antônio Bandeira de Mello, in RDP 65/27-38; Lúcia Valle Figueiredo, 1986:120-135; Regina Helena Costa, 1988:79-108). Por exemplo, o conceito de notável saber jurídico permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não a permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que o requisito constitucional não foi atendido. Dentro desses parâmetros é que caberá ao Poder Judiciário examinar a moralidade dos atos administrativos, com fundamento no artigo 37, caput, e artigo 5º, LXXIII, da Constituição, este último referente à ação popular.

Não cabe ao magistrado substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, desde que uns e outros sejam admissíveis como válidos dentro da sociedade; o que ele pode e deve invalidar são os atos que, pelos padrões do homem comum, atentam manifestamente contra a moralidade. Não é possível estabelecer regras objetivas para orientar a atitude do juiz. Normalmente, os atos imorais são acompanhados de grande clamor público, até hoje sem sensibilizar a Administração. Espera-se que o Judiciário se mostre sensível a esses reclamos. Essa tendência que se observa na doutrina, de ampliar o

alcance da apreciação do Poder Judiciário, não implica invasão na discricionariedade administrativa; o que se procura é colocar essa discricionariedade em seus devidos limites, para distingui-la da interpretação (apreciação que leva a uma única solução, sem interferência da vontade do intérprete) e impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente.

Destaco, inclusive, o entendimento do professor José dos Santos Carvalho Filho⁶:

Todos os atos administrativos podem submeter-se à apreciação judicial de sua legalidade, e esse é o natural corolário do princípio da legalidade. Em relação aos atos vinculados, não há dúvida de que o controle de legalidade a cargo do Judiciário terá muito mais efetividade. Com efeito, se todos os elementos do ato têm previsão na lei, bastará, para o controle da legalidade, o confronto entre o ato e a lei. Havendo adequação entre ambos, o ato será válido; se não houver, haverá vício de legalidade.²⁸ No que se refere aos atos discricionários, todavia, é mister distinguir dois aspectos. Podem eles sofrer controle judicial em relação a todos os elementos vinculados, ou seja, aqueles sobre os quais não tem o agente liberdade quanto à decisão a tomar. Assim, se o ato é praticado por agente incompetente; ou com forma diversa da que a lei exige; ou com desvio de finalidade; ou com o objeto dissidente do motivo etc. O controle judicial, entretanto, não pode ir ao extremo de admitir que o juiz se substitua ao administrador. Vale dizer: não pode o juiz entrar no terreno que a lei reservou aos agentes da Administração, perquirindo os critérios de conveniência e oportunidade que lhe inspiraram a conduta. A razão é simples: se o juiz se atém ao exame da legalidade dos atos, não poderá questionar critérios que a própria lei defere ao administrador. Assim, embora louvável a moderna inclinação doutrinária de ampliar o controle judicial dos atos discricionários, não

⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.

se poderá chegar ao extremo de permitir que o juiz examine a própria valoração administrativa, legítima em si e atribuída ao administrador. 29 Insista-se, pois, no exame do âmbito dentro do qual pode ser viável a atuação do administrador – situação que se configura como a reserva do possível, vale dizer, o conjunto de elementos a serem sopesados pela Administração necessários à conclusão da possibilidade ou não do cumprimento de certo objetivo.³⁰ Nesse passo, é oportuno ressaltar a bem constante discussão sobre o controle de políticas públicas, como resultado do desenvolvimento das ideias de “judicialização da política” (ou “politização da justiça”), segundo as quais se admite o que se tem denominado de “ativismo judicial”, propiciando a intervenção do Judiciário em áreas típicas de gestão administrativa, em virtude da reconhecida ineficiência da Administração. Embora tal ação provoque resultados de satisfação social, a doutrina se tem dividido quanto à sua admissibilidade e aos limites de semelhante intervenção. A verdade é que, sem embargo de ser esta admitida em algumas hipóteses, não o tem sido em outras, o que tem causado perplexidade entre os estudiosos pela ausência de parâmetros dotados de certa objetividade que possam indicar até onde será lícita tal interferência. A matéria é delicada e, como é de se esperar, ainda aguarda maior maturação no que concerne às soluções mais adequadas para solver o problema.³¹ É inegável, porém, a atual tendência em ampliar o ativismo judicial, mediante ingerência direta do Poder Judiciário. Semelhante tendência tem sido registrada em várias decisões judiciais pelas quais se impõem obrigações de fazer à Administração. Citem-se, a título de exemplo, decisões que ordenaram a manutenção de programas sociais tipicamente administrativos³² ou que determinaram a promoção de medidas ou de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais, deixando-se clara a impossibilidade de alegação da reserva do possível.³³ No aspecto pragmático, a sociedade aplaude tais decisões, mas, no aspecto jurídico e político, é imperioso, por cautela, que se conheçam os limites dentro dos quais pode legitimar-se essa judicialização, sem ofensa ao axioma constitucional da separação de poderes. Correta, pois, a observação de que o ativismo se configura como um risco social, conforme

a extensão que alcance.³⁴ Assinale-se, no que concerne a essa temática, que moderna doutrina, em análise científica sobre o tema, advoga a interpretação de que deve rechaçar-se o “ativismo judicial” disfarçado em “constitucionalismo da efetividade”, fincando estacas no sentido de que ao Judiciário, especialmente, cabe desempenhar seu efetivo papel, qual seja, o da guarda da Constituição, sem que, para tanto, tenha que invadir competências constitucionais que não lhe foram reservadas.³⁵ A propósito, já se afirmou, com razão, que a omissão de determinada política pública não permite que o Judiciário a execute, já que não é sua função; cabe-lhe, isto sim, efetivar de forma concreta eventuais direitos com amparo constitucional.³⁶ Conclui-se, desse modo, que o controle judicial alcançará todos os aspectos de legalidade dos atos administrativos, não podendo, todavia, estender-se à valoração da conduta que a lei conferiu ao administrador. Um exemplo mostra bem a hipótese: em virtude de o Município do Rio de Janeiro ter alterado paradas e itinerários de certas linhas de ônibus, foi proposta ação contra tal fato, e o STJ, apreciando a matéria, decidiu tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o Judiciário adentrar em suas razões de conveniência. Corretamente, portanto, a Egrégia Corte considerou inviável que razões meramente administrativas fossem objeto de apreciação pelo Judiciário.³⁷ Modernamente, como já tivemos a oportunidade de registrar, os doutrinadores têm considerado os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como valores que podem ensejar o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder. Referido controle, entretanto, só pode ser exercido à luz da hipótese concreta, a fim de que seja verificado se a Administração portou-se com equilíbrio no que toca aos meios e fins da conduta, ou o fator objetivo de motivação não ofende algum outro princípio, como, por exemplo, o da igualdade, ou ainda se a conduta era realmente necessária e gravosa sem excesso. Não é tarefa simples, porque a exacerbação ilegítima desse tipo de controle reflete ofensa ao princípio republicano da separação de Poderes, cujo axioma fundamental é o do equilíbrio entre eles ou, como

o denominam os constitucionalistas em geral, o princípio dos freios e contrapesos (checks and balances).

A bem da verdade, apesar de vozes contrárias, o que ocorre no contexto jurídico atual é uma ampliação da possibilidade de exercer o controle jurisdicional dos atos discricionários, na medida em que viabiliza ao Magistrado apreciar os aspectos que antes eram tidos como impenetráveis do ato administrativo, em especial, no que se restringe aos aspectos ilegais e inconstitucionais do ato discricionário.

3.2 O mérito administrativo e o mínimo existencial

Tendo em vista as normas de boa administração e os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública, o mérito administrativo compreende a valoração ponderativa de certas situações fáticas, considerando os critérios de conveniência e oportunidade, para uma atuação livre, legitimada pelo legislador, que se exprime na possível seleção de uma das opções fornecidas pela lei, por meio do exercício da discricionariedade.

Na medida em que a lei não abdica dos elementos da competência, da forma, nem da finalidade dos atos administrativos, em que o ordenamento jurídico confere caráter vinculado à administração pública para a edição dos atos; todavia, no que concerne à motivação e ao objeto há liberdade de decisão conferida pela própria legislação mediante dada situação fática.

Frise-se que essa liberdade não se confunde com arbitrariedade, nesta há evidência de um instrumento, ação ou omissão danoso(a) ao sistema jurídico ou mesmo finalidades estranhas ao interesse público. Já em relação à discricionariedade regrada, esta implica no acerto da subsunção do caso concreto às categorias prescritas em lei. O subjetivismo conferido ao administrador se legitima, de modo a proporcionar, em cada caso, uma seleção da providência adequada e razoável condizente com o interesse público.

Explica José dos Santos Carvalho Filho⁷, quanto ao mérito administrativo que

pode-se, então, considerar mérito administrativo a avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário.

Nesse sentido, é perfeitamente possível a valorização dos fatores que compõem o motivo e o objeto do ato administrativo, de forma que atendem à finalidade pública.

O mérito administrativo envolve interesses voltados a diversos aspectos políticos, nem sempre de fácil percepção e reconhecimento, o que dificulta o controle jurisdicional, que neste caso somente poderá ser realizado com base em critérios positivados, nos quais se deve primeiramente analisar a legalidade dos elementos vinculados do ato, e posteriormente proceder à apreciação dos demais aspectos à luz dos princípios contidos no ordenamento jurídico, em especial o princípio da razoabilidade.

Com efeito, o vício de mérito envolve a inoportunidade e inconveniência do ato, e tão logo no atinente à legalidade, tendo em vista que o uso injusto da discricionariedade não se diferencia da arbitrariedade, restando admissível a submissão à tutela jurisdicional, uma vez que contrário ao interesse social.

Nessa linha, adentrando no mérito ou não, os atos administrativos discricionários, devem recepcionar e terem por base todos os princípios do Direito quer restritos à Administração Pública ou gerais, sejam expressos ou implícitos, pois configurando ofensa à princípios constitucionais é afastada qualquer ideia de imunidade jurisdicional em relação ao mérito administrativo, sendo perfeitamente possível a avaliação jurisdicional, sem que haja ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.115.

Cumprir destacar, a importância do mínimo existencial, no intuito de justificar uma limitação ao exercício da atividade administrativa, uma vez que a fundamentalidade jurídica dos direitos sociais, naquilo que for imprescindível se reduz ao mínimo existencial.

Por esta razão, Ana Paula de Barcellos⁸, conceitua o mínimo existencial sendo as “condições materiais básicas para a existência, que corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana a que se deve reconhecer eficácia jurídica positiva”.

Nessa ótica, a Carta Política de 1988, enfatizou de forma especial a proteção à dignidade humana, atribuindo um status mínimo de satisfação das necessidades pessoais, atribuindo ao indivíduo um direito subjetivo em face do Estado, em casos de vedação ou diminuição da prestatividade dos serviços públicos, para garantir a execução e efetividade digna destes.

Por conta disso, toda a atividade administrativa deverá alcançar a satisfação dos interesses públicos primários, por meio dos pilares da dignidade humana, nos quais, entende-se, não apenas viável, mas como necessário, o efetivo controle jurisdicional dos atos administrativos à luz dos princípios constitucionais, pautando-se, essencialmente, na condução e foco à luz dos limites do razoável.

3.3 Vínculos do Controle Jurisdicional

É indispensável à análise quanto às diretrizes e parâmetros que objetivam substanciar o controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração Pública, com base nos instrumentos hábeis a estabelecer os vínculos aos quais se sujeitam à atividade do Estado.

Tais parâmetros são extraídos do texto constitucional, porém difíceis de serem, inicialmente, estabelecidos, uma vez que situado num

⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p.248.

escopo de verificação à luz da Constituição entre a atividade juridicamente vinculada e o que se situa na esfera exclusiva de decisão política do administrador público.

Segundo a professora Licínia Rossi⁹:

A faculdade discricionária distingue-se da faculdade vinculada (ou regrada) em razão da maior liberdade de ação que é conferida ao administrador. Importante frisar que o conceito de discricionariedade não se confunde com o de arbitrariedade. Aquela consiste em liberdade de atuar dentro dos limites da lei. Já a arbitrariedade é a atuação do agente público que extrapola e exorbita os limites legais. O ato arbitrário é considerado inválido, ilegal e ilegítimo, devendo ser expurgado do ordenamento jurídico. Também, não podemos esquecer que no ato discricionário o Poder Judiciário não pode substituir o discricionarismo do administrador pelo do magistrado. O que é possível é apenas a declaração de nulidades e de abusos quando o ato extrapolar os limites legais.

Contudo, com o estabelecimento destas diretrizes é perfeitamente possível ao Estado, definir e traçar os projetos que de forma prioritária tenham a finalidade de atender as demandas sociais sem ferir os direitos individuais dos cidadãos, principalmente em relação às políticas públicas.

Ademais, destaca-se a importância quanto aos direitos fundamentais e aos princípios constitucionais, sendo estes verdadeiros vínculos à Administração Pública no exercício de sua atividade, independente da vontade ou discricionariedade estatal, tendo em vista que a não observância pode acarretar dano à dignidade humana e ao mínimo existencial.

9 ROSSI, Licínia. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.p.204.

3.3.1 A razoabilidade

No que concerne as diretrizes que fundamentam o controle jurisdicional dos atos discricionários, o princípio da razoabilidade serve como parâmetro, a fim de que o Judiciário exerça essa tutela de forma razoável, buscando o meio termo, ou seja, o proporcional equilíbrio, com renúncia de atitudes lesivas ou práticas inconstitucionais, as quais podem beirar até a lembrança do absolutismo.

Veja-se que, numa abordagem sobre a razoabilidade, José dos Santos Carvalho Filho¹⁰, destaca que, “razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”.

O princípio da razoabilidade fora trazido pela doutrina moderna para viabilizar um controle jurisdicional de forma efetiva em relação à discricionariedade administrativa, de modo a evitar os atos maculados de arbitrariedade, em que somente poderá adentrar no mérito administrativo se este ultrapassar os limites impostos pela Lei e pelo arcabouço principiológico dado pela força normativa da Carta Política de 1988.

Nesse sentido, o princípio da razoabilidade comporta as espécies: adequação, necessidade ou exigibilidade e proporcionalidade em sentido estrito. Logo, o ato é razoável se editado de forma adequada, necessária e proporcional, sob pena de invalidação, uma vez que a adequação está voltada para a atividade-meio.

No que concerne a necessidade ou exigibilidade, estes se voltam para o ideal de menor gravidade, para a obtenção de determinada finalidade pública, e a proporcionalidade está ligada ao fato de que o bem sacrificado deve ser proporcional ao bem preservado, deste modo, as vantagens devem superar as desvantagens.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.36-37.

São esses os critérios que determinam quando à atuação do administrador público se encontra adequada ou não, devendo ser considerada não pelos padrões do administrador, mas sim pelos padrões legais e principiológicos de todo o ordenamento jurídico vigente, de forma a priorizar a unidade do sistema.

Diante disso, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹¹, que,

embora a norma legal deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado os limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.

A partir dessa análise, a razoabilidade se verifica partindo do pressuposto de senso comum, devendo, para tanto, a cada caso concreto apresentado ser verificado, servindo de diretriz para o exercício do controle jurisdiccional, este com a função de controlar os aspectos relativos à legalidade da conduta, ou seja, verificar se estão presentes os requisitos que a lei exige para a validade dos atos administrativos.

Cumprindo ainda, destacar o pensamento de José dos Santos Carvalho Filho¹², quando afirma que,

o princípio da razoabilidade tem que ser observado pela administração à medida que sua conduta se apresente dentro dos padrões normais de aceitabilidade. Se atuar fora desses padrões, algum vício estará, sem dúvida, contaminando o comportamento estatal. Significa dizer, por fim, que não pode existir violação ao

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.202.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**.p.37.

referido princípio quando a conduta administrativa é inteiramente revestida de licitude.

Dessa forma, a noção de que o princípio da razoabilidade se fundamenta nos princípios da legalidade e da finalidade, é fato, uma vez que a ofensa ao princípio da razoabilidade afeta o plano de validade dos atos.

Com efeito, tratando do princípio da proporcionalidade como derivação lógica do princípio da razoabilidade, explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro¹³, que

não se pode chegar ao ponto de admitir que qualquer medida adotada seja válida para conseguir determinada finalidade, ainda que esta esteja indicada com o uso de expressões indeterminadas. Haverá medidas que se adotadas serão manifestamente contrárias ao interesse público protegido pela lei; e haverá outras que serão manifestamente adequadas para a consecução daquele mesmo interesse público; e poderá haver outras tantas medidas que se situem em uma zona intermediária em que não haja a mesma adequação ou inadequação manifestas.

Por tais razões, destaca-se que o controle jurisdicional encontra importante fundamento e limite no princípio da razoabilidade, presente no ordenamento jurídico, seja explícita ou implicitamente, a fim de flexibilizar o princípio da legalidade, viabilizando uma maior disciplina e fiscalização da discricionariedade administrativa, de modo a coibir os eventuais arbítrios, e o consequente desvio de finalidade, afastando da seara jurídica aquele ato despedido de interesse público.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**.p.204.

3.4 O princípio da razoabilidade como fundamento do controle jurisdicional

Inicialmente, o princípio da razoabilidade atua como limite ao poder discricionário conferido ao administrador público, uma vez que exige adequação, compatibilidade e proporcionalidade, na escolha do conteúdo do ato, e na apreciação dos motivos que ensejarão à sua prática, objetivando, primordialmente, cumprir à finalidade pública.

Assim, sendo um princípio constitucional implícito, o princípio da razoabilidade está presente por todo o sistema normativo, constituindo-se de fundamento para a invalidação dos atos administrativos diante de casos de flagrante ilegalidade, ausência de motivação, desvio ou abuso de poder, inadequação e/ou inutilidade do ato praticado, por não atender de forma plena o interesse público. A desproporcionalidade, bem como a não conformidade com o senso comum, caracteriza, entre outras situações fáticas, a irrazoabilidade da medida.

É característica marcante dos princípios: a abstração. Assim, no âmbito de sua aplicação vê-se que não está restringida apenas às situações que infrinjam à lei, ampliando, desta forma, todos os casos concretos em que não se haja o atendimento da finalidade pública.

Com base nessa perspectiva, a Administração Pública não deve seguir apenas os preceitos positivados, mas principalmente, o conjunto de princípios que norteiam o sistema jurídico pátrio, especialmente, o da razoabilidade, como explica Uadi Lammêgo Bulos¹⁴,

o princípio da razoabilidade, proporcionalidade ou privação de excesso é o vetor por meio do qual o intérprete busca a adequação, a racionalidade, a idoneidade, a logicidade, o bom senso, a prudência e a moderação no ato de compreender os textos normativos, eliminando o arbítrio e o abuso de poder.

¹⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 528.

Não obstante, o princípio da razoabilidade visa à correlação entre os meios e os fins, com o objetivo de assegurar que a decisão da Administração fora conforme à lei, à Constituição e aos padrões morais de justiça e do mínimo ético, permitindo a invalidação pelo Judiciário de atos contrários a finalidade pública, em decorrência da supremacia do interesse público. Destarte, apresenta uma ligação com o elemento finalidade e com o atributo da tipicidade, na medida em que para cada fim almejado pela norma há um só ato capaz de atender inteiramente a esta finalidade de que tratamos.

Com isso, pautando-se o controle jurisdicional dos atos administrativos no princípio da razoabilidade, é em verdade o claro respeito ao princípio da legalidade, pois, assim, cumpre ao Poder Judiciário o papel de apreciar os atos e declarar a nulidade destes, quando eivados de vícios atentatórios à lei e aos princípios.

Ademais, a discricionariedade imune de controle jurisdicional, somente existirá mediante os casos em que não é possível definir, com exatidão, quais as alternativas que atenderia melhor e de forma ótima à finalidade da lei, em outras palavras, só quando da ausência de uma solução única para dada situação fática.

Logo, admite-se a calibração da discricionariedade conferida ao Administrador Público, tendo em vista que sua finalidade gira em torno unicamente pela busca do interesse público, e, verificando-se que a decisão do administrador não atinge essa finalidade, a liberdade transforma-se em ilegalidade. Assim, não existe impedimento para que o Poder Judiciário retire da ordem jurídica, determinado ato ilegal por vício de mérito atinente aos critérios de conveniência e oportunidade à luz da adoção do princípio da razoabilidade.

Isso porque, a Administração tem o dever de adotar as medidas cabíveis para optar pela escolha da melhor solução possível, fundamentado pela juridicidade administrativa, ou seja, observando as regras legais, bem como os princípios gerais do Direito e os específicos do Direito Administrativo à luz da Constituição Federal.

Segundo o professor Alexandre Mazza¹⁵:

Embora a concepção tradicional não admita revisão judicial sobre o mérito dos atos administrativos discricionários, observa-se uma tendência à aceitação do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a discricionariedade especialmente quanto a três aspectos fundamentais 136: a) razoabilidade/proporcionalidade da decisão; b) teoria dos motivos determinantes: se o ato atendeu aos pressupostos fáticos ensejadores da sua prática; c) ausência de desvio de finalidade: se o ato foi praticado visando atender ao interesse público geral. Importante frisar que ao Poder Judiciário não cabe substituir o administrador público. Assim, quando da anulação do ato discricionário, o juiz não deve resolver como o interesse público será atendido no caso concreto, mas devolver a questão ao administrador competente para que este adote nova decisão 137.

4.10.2 Grave inoportunidade e grave inconveniência Em brilhante aprofundamento no tema da discricionariedade, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirma que os juízos de conveniência e oportunidade têm conteúdos específicos bastante distintos 138. Segundo o autor, o juízo de oportunidade diz respeito ao momento e ao motivo ensejadores da prática do ato. Nesse sentido, a grave inoportunidade, quando da expedição de ato administrativo discricionário sem observância do momento e do motivo apropriados, violaria o princípio da razoabilidade. Quanto ao juízo de conveniência, relaciona-se diretamente com a escolha do conteúdo e a intensidade dos efeitos do ato jurídico praticado pela Administração. Assim, a desatenção a esses dois aspectos do ato acarretaria grave inconveniência, ferindo o princípio da proporcionalidade.

Desse modo, em determinados casos remanescerá uma liberalidade de escolha para o administrador público, como explica Raquel Cristina Ribeiro Novais¹⁶, que,

¹⁵ MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 484-485.

¹⁶ NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. **A Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade**. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad, 1996.p. 42

a indeterminação contida na norma é condição necessária mas não suficiente para emanção de um ato nominado de discricionário. Não basta a indeterminação. É necessário que, da aplicação da norma, informada pelo princípio da razoabilidade, resultem alternativas igualmente razoáveis sobre as quais o Administrador passa tecer um juízo de preferência informado pelos critérios da boa administração, presumidos pela ordem jurídica como por ele conhecidos.

Frise-se que, nessas hipóteses casuísticas, o controle jurisdicional em tela, inclui o mérito administrativo, tornando possível ao Magistrado adentrar profundamente, mas de forma excepcional, à verificação da legalidade e da juridicidade do ato administrativo. Sobre isto, ensina Germana de Oliveira Moraes¹⁷,

a partir da construção teórica, segundo a qual os princípios da realidade e da razoabilidade constituem os limites da oportunidade e de conveniência à discricionariedade, respectivamente, quanto à valoração dos motivos e quanto à escolha do objeto, conclui que o Poder Judiciário pode anular atos administrativos discricionários, fundados em inexistência, insuficiência, inadequabilidade, incompatibilidade e desproporcionalidade de motivo ou em impossibilidade, desconformidade e ineficiência do objeto

O sentimento ainda dominante na doutrina brasileira é de que o mérito administrativo é imune ao controle jurisdicional, porém, se assim fosse em sua totalidade, haveria evidência de absolutismo, o que é flagrantemente incompatível com o Estado Democrático de Direito e com o princípio republicano. Destarte, o mérito poderá sim sofrer dado controle, de forma excepcional. uma vez que, se verificará a conformidade dos critérios de conveniência e oportunidade à luz da Constituição Federal.

¹⁷ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004. p. 59.

Ante o exposto, ensina Luiz Roberto Barroso¹⁸, que,

a possibilidade de controle judicial do mérito do ato administrativo: O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes e tribunais aos aspectos da legalidade do ato (competência, forma e finalidade) e não do seu mérito (motivo e objeto), aí incluídas a conveniência e oportunidade de sua prática. Já não se passa mais assim. Não apenas os princípios constitucionais gerais já mencionados, mas também os específicos, como moralidade, eficiência e, sobretudo, a razoabilidade-proporcionalidade permitem o controle da discricionariedade administrativa (observando-se, naturalmente, a contenção e a prudência, para que não se substitua a discricionariedade do administrador pela do juiz).

Destaco, portanto, as lições do professor Rafael Carvalho Rezende Oliveira¹⁹:

Tradicionalmente, quanto ao parâmetro do controle sobre a atuação administrativa, o controle dos atos administrativos é dividido em duas espécies: a) controle de legalidade: adequação formal do ato administrativo com a legislação; e b) controle do mérito: verificação da conveniência e da oportunidade relativas ao motivo e ao objeto do ato administrativo. O controle jurisdicional sobre os atos oriundos dos demais Poderes (Executivo e Legislativo) restringe-se aos aspectos de legalidade (juridicidade), sendo vedado ao Poder Judiciário substituir-se ao administrador e ao legislador para definir, dentro da moldura normativa, qual a decisão mais conveniente ou oportuna para

¹⁸ BARROSO, Luiz Roberto. **Neonstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 12 de novembro de 2011. p.30-31.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 526-527.

o atendimento do interesse público, sob pena de afronta ao princípio constitucional da separação de poderes. Portanto, o Judiciário deve invalidar os atos ilegais da Administração, mas não pode revogá-los por razões de conveniência e oportunidade. 40 O controle judicial da discricionariedade administrativa evoluiu ao longo do tempo. Após o abandono da noção de imunidade judicial da discricionariedade, várias teorias procuraram explicar e legitimar o controle judicial da atuação estatal discricionária, com destaque para três teorias que serão estudadas a seguir: a) teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade; b) teoria dos motivos determinantes; e c) teoria dos princípios jurídicos (juridicidade). Teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade A teoria do desvio de poder (*détournement de pouvoir*) ou desvio de finalidade, oriunda do Conselho de Estado francês, 41 admite que o Judiciário invalide ato administrativo em desacordo com a finalidade da norma (ex.: a remoção *ex officio* de um servidor em razão de perseguição pessoal do seu chefe – a remoção não pode ter caráter punitivo; a cessão de imóvel desapropriado para empresa privada executora de atividade econômica lucrativa – a desapropriação só pode ter por finalidade a utilidade pública, a necessidade pública ou o interesse social). Teoria dos motivos determinantes De acordo com a teoria dos motivos determinantes, a validade do ato administrativo depende da correspondência entre os motivos nele expostos e a existência concreta dos fatos que ensejaram a sua edição. Mesmo naquelas situações excepcionais em que a lei não exige a motivação (exteriorização dos motivos), caso o agente exponha os motivos do ato, a sua validade dependerá da correspondência com a realidade (ex.: exoneração de agente ocupante de cargo em comissão motivada pelo reiterado descumprimento do horário de trabalho. Comprovado pelo agente que a motivação é falsa, o ato será invalidado). 42 Na hipótese de pluralidade de motivos justificadores da edição do ato, a eventual apresentação de motivo ilícito, que não contamine a substância do ato, não tem o condão de gerar a sua nulidade, tendo em vista a inexistência de prejuízo (*pas de nullité sans grief*).

Por fim, acerca da temática, ressalto a importante lição do professor Matheus Carvalho²⁰:

Conforme explicitado, ao administrador, como aplicador da lei, é conferido um poder de escolha. Dessa forma, a discricionariedade e o poder de analisar oportunidade e conveniência na atuação do ente estatal é poder administrativo e não jurisdicional. Nesse sentido, o Poder Judiciário não pode e não deve substituir a decisão dos administrados, não pode fazer análise de interesse público, não pode, enfim, julgar o mérito de um ato administrativo discricionário. Isso porque, o mérito é a área que coincide com o campo opinativo do administrador público, extrapolando aquela de atuação do Poder Judiciário.

Importante ressaltar que o Poder Judiciário somente pode analisar os atos administrativos no que tange aos aspectos da legalidade. Com efeito, ao Poder Judiciário não pode ser subtraída qualquer lesão ou ameaça a direito (artigo 5, XXXV, CF/88) e, por isso, ainda que o ato administrativo seja discricionário, ele fica sujeito a controle jurisdicional no que diz respeito à sua adequação com a lei, nunca na análise meritória. Sempre que o Poder Judiciário atua no controle de legalidade do ato, não haverá invasão do mérito administrativo, desde que o conceito de mérito fique entendido e respeitado na decisão judicial.

Importante observar ainda que o juiz pode controlar os limites do mérito administrativo, uma vez que são impostos pela lei. Por exemplo, quando se trata de conceitos jurídicos vagos, há uma zona de incerteza na qual administrador decide dentro do interesse público, mas se o agente extrapola essa margem de escolha, está exacerbando o poder discricionário conferido pela lei, dando azo à anulação deste ato. Ressalte-se, ainda, que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade surgem como instrumento de controle, evitando excesso de poder e condutas desarrazoadas pelo administrador. Logo, se a pretexto de interpretar a lei,

²⁰ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017,p.126.

o agente pratica ato desproporcional, compete ao judiciário, se provocado, anular esta atuação.

O controle judicial da discricionariedade pública será devidamente aprofundado ainda nesse capítulo, em item específico de aprofundamento da matéria.

Desse modo, registra-se a doutrina que entende pela impossibilidade de controle, a exemplo de Fernanda Marinela²¹:

Quanto à possibilidade de controle do mérito dos atos administrativos pelo Judiciário, encontram-se inúmeras orientações doutrinárias e jurisprudenciais. Entretanto, segue-se, aqui, a orientação de que este controle não é possível. Na verdade, ao Poder Judiciário cabe o controle da legalidade, devendo esta ser compreendida, em seu sentido amplo, incluindo-se a análise de obediência à lei propriamente dita, como também à Constituição e todos os seus princípios. (...) Desta forma, o Poder Judiciário poderá, inclusive, analisar a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão-somente quando esta for incompatível com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal.

Corroborando do mesmo posicionamento, Germana de Oliveira Moraes²²:

A discricionariedade contém um núcleo insindicável pelo Poder judiciário - o mérito, reduto no qual a complementação do motor e do objeto do ato administrativo se opera mediante recurso a critérios não positivados., Celso Antônio Bandeira de Mello¹⁹ também se manifesta contrário à invasão do mérito: "(...) é possível ao órgão controlador, em exame de legitimidade, portanto, sem invadir o mérito do ato, verificar se o plexo de circunstâncias fáticas afunilou ou não afunilou, e até que ponto afunilou o campo de liberdade administrativa.

²¹ MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Niterói, Editora Impetus, 6ª Ed. 2012.

²² MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo, Ed. Dialética. 2ª Ed. 2004.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), já se manifestou sobre o assunto em análise, assumindo a postura acima adotada pela doutrina, conforme ementa:

ADMINISTRATIVO. AGENTE DE TRIBUTOS ESTADUAIS. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. COMISSÃO DISCIPLINAR. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 149 DA LEI Nº 8.112/90. PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. “WRIT” IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. RECURSO DESPROVIDO. (...)

V - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo, a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Precedentes. VI - Descabida a argüição de nulidades quando o “writ” é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. VII - Recurso desprovido.

(STJ - RMS: 20481 MT 2005/0130075-0, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 17/08/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 11/09/2006 p. 316)

O Supremo Tribunal Federal (STF), também segue a mesma linha acima narrada, conforme ementa:

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. 1. O art. 5º, LV, da CF ampliou o direito de defesa dos litigantes, para assegurar, em processo judicial e administrativo, aos acusados em geral, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes. Precedentes. 2. Cumpre ao Poder Judiciário, sem que

tenha de apreciar necessariamente o mérito administrativo e examinar fatos e provas, exercer o controle jurisdicional do cumprimento desses princípios. 3. Recurso provido.

(STF - RMS: 24823 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/04/2006, Segunda Turma, Data de Publicação: DJ 19-05-2006 PP-00043 EMENT VOL-02233-01 PP-00017 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 113-117 RT v. 95, n. 852, 2006, p. 154-156)

No entanto, esclarece o professor Matheus Carvalho²³:

Entretanto, é de dizer-se que, ao mesmo tempo em que existe esse posicionamento doutrinário e jurisprudencial, cresce a inteligência de que é possível uma análise profunda pelo Poder Judiciário de atos expedidos no uso de competência discricionária, a partir dos princípios explícitos e implícitos do ordenamento jurídico, a fim de se evitar arbitrariedades, desde que o mérito administrativo não seja modificado. Nessa esteira, o entendimento de Juez Freitas²⁹ define que “Decerto, a vedada inquirição quanto à oportunidade e à conveniência não se confunde com o necessário exame da finalidade (invariavelmente vinculante), porém se avizinham a ponto de se dever afirmar, na busca de uma imprescindível delimitação técnica das fronteiras conceituais, que o controle haverá de ser o de ‘administrador negativo’, em analogia com o de ‘legislador negativo’, exercido no controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos. Porque, se é certo que o judiciário não pode dizer substitutiva e positivamente, como o julgador deveria ter julgado ou positivamente agido, deve emitir juízo principiológico e finalístico de como não deveria ter julgado ou agido, ao emitir juízos guiados por aquela discricção sempre vinculada aos princípios superiores da Administração Pública. Deve-se advertir, todavia, que a posição assumida por esta obra, inclusive para fins de concursos públicos, não é que se possa analisar o mérito administrativo do agente público, substituindo-o

²³ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p.145-146.

pelo do magistrado, mas de que há a possibilidade de o Judiciário verificar, à luz da legalidade e, portanto, das normas e dos princípios constitucionais inspiradores da função administrativa, a validade dos atos administrativos discricionários. Com isso, quer-se dizer que, diante da nova conjuntura do sistema positivo brasileiro, no qual os princípios passaram a assumir grande importância, o controle jurisdicional sobre os atos discricionários recebeu conotação ampla. Assim sendo, poderá o Judiciário apreciar de forma limitada o mérito administrativo, mas apenas no que se refere à sua adequação com o sistema normativo brasileiro, seus princípios informadores.

Dessa forma, os atos discricionários executados por essas atividades passaram a dever obediência não apenas às regras jurídicas, mas também aos princípios (implícitos e explícitos) orientadores do sistema positivo. Nesses termos, permite-se uma maior apreciação dos elementos do ato discricionário, a partir de uma noção principiológica.

Portanto, a importância atual dos princípios para a ordem jurídica brasileira, as concepções trazidas a respeito da teoria dos motivos determinantes, do desvio de poder, bem como a utilização de palavras com conceitos indeterminados para designar atos administrativos, convergem para a necessidade de um maior controle por parte do Judiciário sobre os atos administrativos discricionários. Como consequência prática direta de uma maior apreciação desses atos pelo magistrado, se tem o exame do mérito administrativo, de forma limitada, embora a maioria da doutrina entenda de forma contrária.

É de se dizer, diante disso, que a análise do mérito administrativo pelo Judiciário deriva do fato de que, quando se examinam os aspectos acima indicados do ato, na prática, acaba se fazendo um exame dos critérios de conveniência e oportunidade utilizados pelo administrador. Entretanto, deve-se enfatizar que não é dado ao Judiciário modificá-los, mas poderá apreciar o mérito administrativo, com vistas a constatar a sua compatibilização com o direito e a finalidade própria do ato. Trata-se, em verdade, de um controle amplo de legalidade efetivado sobre o mérito administrativo e, para tanto, haverá a necessidade de sua apreciação à

luz dos princípios e das normas jurídicas pertinentes. Conclui-se, pois, que a constatação explicitada pode ser extraída do exercício prático, no caso concreto, do controle jurisdicional.

Em outras palavras, não se admite a invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, mas é indispensável a análise dos limites desta discricionariedade, uma vez que tais limites correspondem, não ao mérito, mas sim à legalidade (em sentido amplo).

Com efeito, faz-se mister não só a apreciação jurisdicional quanto ao conteúdo formal do ato discricionário, no que concerne aos elementos vinculados do ato, mas também do mérito administrativo, uma vez que se realiza uma análise em relação à legalidade e constitucionalidade deste mérito, tendo em vista que são normas abstratas, incluído aqui o princípio da razoabilidade, o qual serve de base essencial para tal exame.

Em linhas gerais, o controle da Administração Pública, fundamentado no princípio da legalidade e no princípio da razoabilidade, objetiva a tutela das políticas administrativas, no intuito de assegurar o atendimento dos anseios sociais, e da finalidade pública, sem que a margem de liberdade de atuação do Administrador Público venha de encontro ao sistema normativo constitucional pátrio.

Assim, com a demonstração dos paradigmas de Estado que antecederam o modelo atual, por meio de uma exposição histórica e jurídico política, destaca-se a contribuição que cada modelo propiciou ao longo da história, tendo iniciado com o modelo absolutista, no qual o soberano era tratado como um ser divino e de forma progressiva, se constatou a necessidade de distinção entre as figuras do rei e do Estado.

Diante disso, com o advento do modelo liberal e como consequência das manifestações burguesas, passa-se a priorizar os ideais das massas em torno das decisões políticas, emergindo o rigor de observância quanto ao princípio da legalidade e da separação das funções do Estado, ante o organicismo estatal e da complexidade social, viabilizando, deste modo, o controle sobre os atos praticados pelo administrador público.

A postura do modelo liberal voltada para uma abstenção do Estado no âmbito individual dos administrados se mostrou insuficiente na medida em que as questões sociais foram clamando maior atenção por parte do Estado. Contudo, a inclusão de novos direitos aos indivíduos e a maior participação do Estado no cenário social foi o motivo que culminou no surgimento do modelo de Estado social, que também se mostrou ineficaz, uma vez que a ausência de recursos suficientes implicou na impossibilidade de atendimento das crescentes demandas sociais.

Nesse sentido, por meio da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e com o surgimento e aprimoramento de um Estado Democrático de Direito, passa-se a ter inserido em seu texto, a valorização da dignidade humana como princípio essencial e nuclear do ordenamento jurídico, bem como com a participação popular nas decisões fundamentais da República, por meio dos instrumentos jurídicos próprios.

Ademais, o poder, nessa ótica passou a ser tratado como verdadeiro instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, nos quais o reflexo no que concerne ao controle dos atos administrativos está intrinsecamente ligado à vinculação da concretização substancial dos direitos fundamentais, norteados, por tal maneira, o exercício da atividade administrativa para este fim.

Por conseguinte, abre-se margem, a fim de que o ato administrativo se sujeite a um controle que vá além da legalidade estrita, mas que se amplie a todos os princípios decorrentes do nosso Estado Constitucional, consagrados em nossa Carta Magna, com o objetivo de delimitar o campo de atuação do Administrador Público ao cumprimento da Constituição.

Logo, quando o administrador público edita atos administrativos pautando-se no poder discricionário conferido por Lei, e, no caso concreto, oficia fora dos parâmetros de democracia e da legalidade, tais atos estão sujeitos ao controle jurisdicional, uma vez que, será exercido ante a vinculação existente quanto ao interesse público, o qual corresponde de tal forma a efetivação substancial dos direitos fundamentais.

Nessa linha, se defende a ideia de um poder discricionário vinculado, ou seja, partindo de uma análise garantista, é proibido ao administrador a seleção da escolha por meio dos critérios de conveniência e oportunidade que se afaste das necessidades indispensáveis dos cidadãos, impondo de forma legal uma vinculação aos valores constitucionais, como fim maior da atividade administrativa.

Diante dessa perspectiva é que o Poder Judiciário, de forma legítima, exercerá o controle dos atos discricionários e vinculados, sempre que estiver diante de ameaça ou lesão a um direito fundamental, decorrência máxima do princípio da inafastabilidade da jurisdição, zelando pelo texto magno no exercício da jurisdição constitucional.

Por tais razões, quando o ato emanado pela Administração Pública não visar uma destinação focada nos interesses públicos, pautando sua atuação na ética, na boa-fé e na moralidade, o Judiciário está legitimado, excepcionalmente, para coibir, com base na razoabilidade, o ato lesivo e defender os direitos fundamentais dos cidadãos, concretizando-os.

Por isso, que a democracia substancial impõe a existência de vínculos, nos quais os direitos fundamentais irão nortear todo o sistema fruto do Estado Democrático de Direito, utilizando-se, deste modo, a Administração Pública, da razoabilidade, para efetivar de forma isonômica e justa os preceitos constitucionais.

Assim, mesmo com as alterações ocorridas no âmbito dos paradigmas estatais, e que culminaram com a consagração do Estado Constitucional, não se verificou a consagração fática e efetiva da superação do arbítrio de alguns gestores públicos, os quais insistem em fundamentar seus atos abusivos e contrários à finalidade pública, sob a proteção e roupagem do mérito administrativo.

Ressalta-se, ainda, que não está superada a dificuldade de ultrapassar as barreiras da democracia formal, uma vez que, ainda, é carente de efetiva participação popular no modelo atual, no qual os cidadãos se comportam muitas vezes de forma inerte, sendo necessário não apenas um controle efetivo, mas primordialmente de uma sociedade mais

consciente e participativa, vindo, em determinados casos, o Poder Judiciário ser instado a atuar para coibir inconstitucionalidades ou ilegalidades, advindas da discricionariedade administrativa.

Logo, o princípio da razoabilidade constitui um firme indicador tanto para o Poder Judiciário, quanto para a Administração Pública, na medida em que, em matéria de discricionariedade, os moldes do Direito e da política, não podem ser tratados de forma distante do que seja razoável, dentro de um modelo de Estado qualificado como Democrático de Direito.

Ademais, tendo em vista o princípio da inafastabilidade da jurisdição, e em busca da finalidade pública tutelada, é, portanto, plenamente aplicável, o controle jurisdicional dos atos discricionários da administração pública, pautado na razoabilidade, diante de um exercício principiológico, mesmo que de forma excepcional.

Ante o exposto, referido controle jurisdicional, não atenta contra a separação das funções do Estado, mas visa manter íntegro o foco de apreciação subjetiva do administrador público, no entanto, adentra apenas para coibir a atividade direcionada à prática de atos inconstitucionais ou ilegais, a exemplo dos viciados por desvio de finalidade, em decorrência do abuso administrativo e imoral. Nesta linha, o efetivo controle torna-se viável num aprimoramento do exercício discricionário da Administração Pública, em favor de todo o corpo social, respeitando os limites e os direitos fundamentais de cada cidadão e a liberdade de atuação, discricionária, dada, por lei, ao Administrador Público, desde que este cumpra os preceitos contidos na Constituição Federal.

REFERÊNCIAS

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

AUGUSTÍN, Sérgio. **O controle jurisdicional dos atos de governo**. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba: 2002.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luiz Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil). Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.º 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Teoria do Estado e Ciência Política**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 11ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas Públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. Curitiba: Juruá, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 34ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia e Estado Contemporâneo**. Florianópolis: Diploma Legal, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **A Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Direito Administrativo**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. _____. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. **O controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Trad. Rosina D'Angina. São Paulo: Ícone, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas J. **Discricionariedade Administrativa e Proteção Ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais: um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

LEAL, Rogério Gesta. **Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**, Niterói, Editora Impetus, 6ª Ed. 2012.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **O Direito Administrativo em evolução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 14ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. _____. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la Brède et de. **O Espírito das Leis**. Trad. Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Marins Rodrigues. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

_____. _____. São Paulo. Ed. Dialética. 2ª Ed. 2004.

_____. _____. 2ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Legitimidade e Discricionariedade**. Novas reflexões sobre os Limites e Contrle a Discricionariedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NOVAIS, Raquel Cristina Ribeiro. **A Razoabilidade e o Exercício da Discricionariedade**. Estudos de Direito Administrativo. São Paulo: Max Limonad, 1996.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. Ciência e Direito Constitucional: O caminho do Estado Democrático de Direito. In: NUNES, Antonio Jose Avelãs e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda [Orgs.] **Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RIBEIRO JUNIOR, João. **Curso de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Ação Afirmativa – O conteúdo Democrático do Princípio da Igualdade Jurídica. In: **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**. Brasília, n. 131, jul.set.,1996.

_____. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: A Bricolage de Significantes**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

ROSSI, Licínia. **Manual de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. Direitos Sociais e Globalização: Limites Éticos Jurídicos ao Realinhamento Constitucional. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A participação popular na administração pública: o direito de reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direitos constitucional positivo**. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exporação hermenêutica da construção do Direito**. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

VIANNA, Luiz Werneck. [et al]. **Corpo e Alma da magistratura brasileira**. Rio de Janeiro: Renavan, 1997.

O AUTOR

ENÉAS DE OLIVEIRA DANTAS JUNIOR

Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado com capacitação para o Ensino no Magistério Superior.

Pós-Graduado em Direito Processual Penal.

Graduado em Direito

Atualmente exerce a função de Assessor de Magistrado I no Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, no Gabinete do Juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher de Aracaju-SE.

Foi Assessor de Juiz no 1º Tribunal do Júri da Capital (5ª Vara Criminal de Aracaju-SE); na 1ª Vara Cível da Comarca de Estância-SE e na 2ª Vara Criminal da Comarca de Nossa Senhora do Socorro-SE.

Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe.

Aprovado nos concursos de Defensor Público do Estado de Alagoas (2018). Analista Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (2014). Técnico Judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe (2009) e Técnico Administrativo do Ministério Público do Estado de Sergipe (2009).