

Marcos Augusto Perez

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Métodos para uma jurisdição ampla das
decisões administrativas

Tese de Livre-Docência

SÃO PAULO -SP

2018



Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Marcos Augusto Perez

**O CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Métodos para uma jurisdição ampla das
decisões administrativas

Versão original

Tese para o concurso de livre-docência apresentada à Faculdade de Direito do Largo São Francisco da Universidade de São Paulo como parte das exigências para o concurso de Livre-Docência do Departamento de Direito do Estado – Área de Direito Administrativo, Edital ATC/FD/19/2018.

Linha de Pesquisa: Direito Administrativo e Sociedade.
Projeto de Pesquisa: Discricionariedade e Controle

SÃO PAULO

2018

Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da Faculdade de
Direito da Universidade de São Paulo

Perez, Marcos Augusto

O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa: métodos para uma
jurisdição ampla das decisões administrativas/Marcos Augusto Perez.

São Paulo: M. A. Perez, 2018.

360 p.;

Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, 2018.

Notas de rodapé.

Inclui bibliografia

1. direito administrativo 2. discricionariedade 3. controle jurisdicional 4. mérito 5. legalidade.



Aos meus amores Malu e Oswaldo



Agradecimentos

Muitos foram importantes apoiadores desta empreitada acadêmica, mas ninguém foi mais importante do que **Ana Isa Lepsch**, minha mulher, minha paciente companheira, por seu amor e sua contínua solidariedade.

Agradeço também a companhia constante e o forte estímulo de meus pais **Ascensão Dias Perez** e **Edoval Perez** e de minha querida irmã **Ane Elisa Perez**.

Agradeço aos meus caríssimos sócios no **Escritório Manesco, Ramires, Perez, Azevedo Marques**, pelo apoio constante em todas minhas frequentes ausências.

Importante também foi o arrimo dos colegas professores da área de direito administrativo, do Departamento de Direito do Estado, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, pelo permanente incentivo e pelo espírito aberto e crítico que possuem. Deixo uma nota especial aos meus caríssimos amigos **Floriano de Azevedo Marques Neto** e **Fernando Dias Menezes de Almeida** - exemplos que tento seguir - e a meu parceiro de todas as horas **Rodrigo Pagani de Souza**.

Deixo um grande obrigado a toda a equipe da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mas agradeço especialmente as funcionárias **Rosângela Pupo** e **Maria Lucia Beffa** que sempre me dispensaram enorme atenção - mesmo quando eu solicitava aqueles livros do século XIX - e auxiliaram muitíssimo na pesquisa que realizei.

Dois ex-alunos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, **Maria Laura Felix de Souza** e **Leonardo Thomaz Pignatari**, tornaram-se meus assistentes e me ajudaram muito, em diferentes momentos, na realização de pesquisas, na transcrição e tradução de inúmeros textos e nas inúmeras revisões do trabalho. Laura e Léo, vocês foram fundamentais, obrigado!

Por fim, um dos suportes mais importantes que recebi foi da minha estimada professora **Odete Medauar**, que generosamente leu, criticou, debateu e corrigiu os manuscritos que lhe entreguei, compartilhando comigo um pouco mais de sua infinita energia e alegria.



RESUMO: O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é um tema central para o direito administrativo contemporâneo, uma vez que está diretamente relacionado com a efetividade da Constituição e do Estado Democrático de Direito. Impulsionado pelas grandes transformações sociais, econômicas e políticas que acompanharam o desenvolvimento histórico do direito administrativo, desde o seu nascedouro até hoje, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa ganha importância e se altera: partindo, tempos atrás, de teorias que concediam um espaço maior para o exercício da liberdade de escolha das autoridades administrativas, para sistematizar-se, mais atualmente, em torno de métodos que preconizam uma revisão jurisdicional mais extensa e mais profunda dessas escolhas ou decisões administrativas. Nesse contexto deve ser afastada pelo direito brasileiro a aplicação da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário* e devem ser sistematizados novos métodos, que ampliem e aprofundem o exame da legalidade (em sentido amplo) das decisões administrativas e que procurem conciliar três princípios constitucionais fundamentais para o funcionamento do Estado Democrático de Direito: a vedação ao arbítrio, o amplo acesso à jurisdição e a separação de poderes.

Palavras-chave: direito administrativo, discricionariedade, controle jurisdicional, mérito, legalidade.

ABSTRACT: the judicial review of administrative discretion is a central issue for contemporary administrative law, since it is directly related to the effectiveness of the Constitution, Democracy and the Rule of Law. Driven by the great social, economic, and political transformations that accompanied the historical development of administrative law, from its beginning until today, the judicial review of administrative discretion has been gained importance and gradual modified itself: starting, long ago, from theories that gave a large space to the practice of the freedom of choice by the administrative authorities, to systematize themselves, more recently, around methods that advocate a more extensive and deeper judicial review of these administrative choices or decisions. In this context, the application of the theory of judicial immunity to the “mérito” of the discretionary administrative decision making should be rule out by Brazilian law, and new methods should be systematized to broadest and deepest judicial review (legality in broad terms) of administrative decisions and seek to reconcile three constitutional fundamental principles which are essential to the functioning of the Democracy and the Rule of Law: the prohibition of arbitrariness, the broad access to the jurisdiction and the separation of powers.

Keywords: administrative law, discretion, judicial review, scope of review, rule of law.



Sumário

Introdução	14
i. Algo diferente está acontecendo.....	14
ii. “No meio do caminho tinha uma pedra”	20
iii. Algumas questões formais.....	24
CAPÍTULO 1	
O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa como um tema global e suas tendências atuais.....	27
1.1. A discricionariedade administrativa revisitada.....	27
1.1.1. Revendo a teoria e os conceitos.....	30
1.1.2. Graus de discricionariedade.....	34
1.1.3. Conceitos correlatos: interpretação e conceitos jurídicos indeterminados	36
1.2. O mundo complexo da discricionariedade administrativa	41
1.2.1. Ampliação das funções econômicas e sociais da Administração.....	41
1.2.2. Problemas no funcionamento do Legislativo, sobrecarga da Administração e outros fatores que podem levar ao arbítrio..	43
1.2.3. O controle como reação ao arbítrio.....	45
1.2.4. <i>Stress</i> da separação de poderes e os riscos associados ao arbítrio jurisdicional.....	47
1.3. Um compromisso com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito	50
1.4. O controle jurisdicional da discricionariedade é um tema global?.....	54
1.4.1. Um panorama do tratamento do controle da discricionariedade em diferentes países	57
1.4.2. <i>Desvio de poder, princípios gerais do direito administrativo, erro manifesto e bilan</i> no direito administrativo francês.....	57
1.4.3 O abuso de poder, a ponderação de interesses e o processo administrativo no direito administrativo italiano	67
1.4.4. Procedimento administrativo, motivação e transparência no direito administrativo espanhol e português.....	73



1.4.5. Abuso de discricionariiedade, correta instrução do processo, imparcialidade e <i>hard look</i> no <i>common law</i> norte-americano e britânico	79
1.4.6. Divisando o controle jurisdicional da discricionariiedade administrativa em países latino-americanos	87
1.5. Não há uma única resposta	92

CAPÍTULO 2

A teoria da imunidade jurisdicional do mérito como aspecto central do controle (ou do não-controle) da discricionariiedade no direito administrativo brasileiro95

2.1. A teoria da imunidade jurisdicional do mérito e seu sucesso no Brasil	95
2.2. As origens da teoria	99
2.3. Uma incrível sobrevida.....	116
2.4. Redemocratização e reação	130
2.4.1. Ampliação da noção de legalidade	136
2.4.2. Desvio de poder ou finalidade	138
2.4.3. Dever de motivação	140
2.4.4. Princípios gerais do direito administrativo	142
2.4.5. Valorização do processo administrativo	146
2.5. Ativismo judicial <i>made in Brazil</i>	148
2.6. A “ <i>morte e a morte</i> ” da imunidade <i>do mérito</i>	153
2.7. Basta a legalidade! Basta a legalidade?	159

CAPÍTULO 3

A superação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo e a necessária adoção de novos métodos para o controle da discricionariiedade..... 162

3.1. As contradições do quadro atual e seus problemas	162
3.1.1. Princípios, generalidades e insegurança jurídica	171
3.1.2. Insuficiência e inadequação dos regulamentos.....	178
3.1.3. Autoritarismo atávico	181
3.1.4. Os desafios que se impõem	189

3.2. Quem realiza o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa?	191
3.3. Qual é o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa?	196
3.3.1. Legalidade e elementos do ato administrativo	198
3.3.2. Do ato ao processo e do processo ao ato	205
3.3.3. Motivos e motivação	211
3.3.4. Controles de eficiência e resultados e controle jurisdicional	223
3.3.5. Atos políticos ou de governo	229
3.4. Conclusão	245

CAPÍTULO 4

Métodos para o controle da discricionariedade	248
4.1. O como é mais importante!	248
4.2. Testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa	250
4.2.1 Os testes mais comuns de <i>competência, forma e objeto</i>	253
4.2.2. Os testes relacionados ao processo administrativo: existência do processo; instrução completa e adequada instrução imparcial	264
4.2.2.1. A efetiva instauração do processo	267
4.2.2.2. A instrução correta do processo	272
4.2.2.3. A instrução imparcial do processo	277
4.2.3. Os testes relacionados ao <i>motivo</i> : o erro manifesto; a consideração da prova produzida; as considerações equivocadas; o <i>bilan</i> , a ponderação e a proporcionalidade	284
4.2.4. Os testes para identificar o desvio de poder ou finalidade	297
4.3. Uma nota sobre a improbidade administrativa	304
4.4. <i>Ex lege</i> ou de <i>lege ferenda</i> ?	311
Conclusão	313
i. As primeiras questões colocadas	314
ii. A importância do controle jurisdicional da discricionariedade e seus desafios	315

iii.	O controle jurisdicional da discricionariedade como um tema global	317
iv.	A trajetória do direito brasileiro e a <i>teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário</i>	318
v.	As contradições do presente e a necessidade de superar a <i>teoria da imunidade do mérito</i>	320
vi.	Métodos ou técnicas de análise da legalidade das decisões discricionárias	321
vii.	Falta de sistematização e de profundidade no tratamento das técnicas de controle	322
viii.	Controle jurisdicional focado no processo administrativo ...	324
ix.	Testes de legalidade	325
x.	O que fazer?.....	326
	Bibliografia	328
	Legislação Referida.....	353
	Sítios Consultados	359

Introdução

i. Algo diferente está acontecendo

Já era noite em 9 de fevereiro de 2017, uma quinta-feira, quando cheguei em minha casa, jantei na companhia de Ana, Malu e Oswaldo – como quase sempre fazíamos – e instintivamente liguei a TV na CNN.

A rede de notícias norte-americana falava quase que interrompemente, há alguns dias, sobre um decreto¹ baixado pelo recém-emposado presidente Donald Trump, “*protegendo a nação da entrada terrorista estrangeira nos Estados Unidos*”.

O decreto efetivamente proibia, por noventa dias, a entrada no território norte-americano de indivíduos nacionais de sete países. O impacto da medida foi grande: milhares de vistos foram imediatamente cancelados; centenas de viajantes foram impedidos de embarcar em aviões com destino aos Estados Unidos ou tiveram sua entrada negada ao chegarem ao país; e alguns viajantes foram até mesmo detidos.

Naquela noite, de um verão brasileiro chuvoso, a CNN transmitia ao vivo o áudio da sessão que se realizava no Tribunal de Apelação do 9º Circuito Federal², para a discussão da legalidade do referido decreto presidencial.

Postei-me diante da TV e a falta das imagens do julgamento me remeteu à minha infância, em Ribeirão Preto, quando ouvia os jogos de futebol, aos domingos, pelas ondas curtas do rádio do carro de meu

1. *Executive Order* 13769, de 27 de janeiro de 2017.
2. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Motion for Stay of an Order of the United States District Court for the Western District of Washington. STATE OF WASHINGTON; STATE OF MINNESOTA (Plaintiffs-Appellees), v. DONALD J. TRUMP, President of the United States; U.S. DEPARTMENT OF HOMELAND SECURITY; REX W. TILLERSON, Secretary of State; JOHN F. KELLY, Secretary of the Department of Homeland Security; UNITED STATES OF AMERICA, (Defendants-Appellants).

pai. Passei então a ouvir com muita atenção a arguição feita pelos juízes William Canby, Richard Clifton e Michelle Friedland, e as respostas oferecidas pelos advogados das partes. Sempre me empolga a oralidade dos julgamentos norte-americanos, muito diferente do que ocorre nos tribunais brasileiros, nos quais prepondera a palavra escrita e os julgamentos, especialmente os realizados pelos colegiados dos tribunais, geralmente já estão decididos pelos desembargadores ou ministros antes dos debates orais entre os advogados das partes.

Mas os juízes, nesse caso, tiveram uma atuação intensa. Não paravam de questionar as partes: o objetivo do governo é desfavorecer os muçulmanos? Qual seria o resultado que se esperava obter com a decisão? Qual seria o interesse público que embasaria a decisão? Haveria fatos que justificariam a decisão? Por que foram escolhidos os sete países indicados no decreto? Haveria relatos de atentados terroristas cometidos em solo norte-americano pelos cidadãos desses sete países?

No final, os juízes decidiram pela derrota do governo, e a restrição à entrada de estrangeiros não pôde ser executada. No acórdão, os juízes deixaram claro o que os levou a decidir pela inconstitucionalidade do decreto presidencial:

“(...) os Estados ofereceram evidências de numerosas declarações do Presidente sobre sua intenção de implementar uma ‘proibição muçulmana’ (...). O Governo não apontou nenhuma evidência de que qualquer estrangeiro de qualquer um dos países mencionados no Decreto perpetrou um ataque terrorista nos Estados Unidos. Em vez de apresentar provas para explicar a necessidade da Decreto, o Governo assumiu a posição de que não devemos rever a sua decisão. (...) o Governo alega que sofreu uma lesão institucional, por meio da desconsideração da separação de poderes, que essa lesão é ‘irreparável’ (...). Embora o Governo aponte para o fato de o Congresso e o Executivo terem identificado os sete países mencionados no decreto como países que geravam de preocupação em 2015 e 2016, o Governo não ofereceu nenhuma evidência ou explicação sobre como as preocupações de segurança nacional justificaram as designações (...)”.

Como se vê, os motivos para a decisão presidencial foram considerados insuficientes diante da falta de evidências factuais que justificassem a medida. Constatou-se, ainda, falta de clareza da Administração (Governo) quanto aos efeitos concretos ou aos impactos que seriam gerados a partir da vigência da referida decisão. Por fim, detectaram-se indícios de desvio de finalidade, consubstanciados em declarações discriminatórias proferidas anteriormente por Donald Trump. Assim, uma decisão administrativa claramente discricionária, tomada no alvorecer do governo de Trump, caiu nas barras dos tribunais!

No momento em que escutei a arguição e, mais tarde, quando li as razões escritas pelos juízes do Tribunal de Apelação para o 9º Circuito Federal, tive a clara sensação de algo havia mudado nas relações entre a Administração e o Judiciário, de que algo também havia mudado nas relações entre o Estado e a sociedade e de que todos os meus estudos e reflexões a respeito do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa obtinham, a partir de então, uma inesperada relevância.

Na verdade, minha consciência de que, mundo afora, a jurisdição da discricionariedade administrativa vinha se transformando com intensidade já estava moldada de maneira suficientemente clara. O julgamento do decreto de Trump trouxe-me, entretanto, a certeza de que esse tema deveria ser enfrentado com maior atenção pelo direito administrativo.

Há muito, acostumáramo-nos a dizer, no direito administrativo brasileiro, que o *mérito* do ato administrativo era imune à jurisdição e que as decisões administrativas discricionárias não poderiam ser revisadas pelo Judiciário, senão excepcionalmente e, quando muito, no caso de conterem vícios relacionados à competência e à forma, nunca com relação a outros elementos, como o objeto, o motivo ou a finalidade, pois estes, de modo geral, teriam relação com o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelas autoridades públicas, exclusivo dessas autoridades e insuscetível à revisão jurisdicional.

Em fevereiro de 2017, esse discurso – que chamarei ao longo do presente estudo de *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário* – ainda era feito, com muita frequência, nos tribunais brasileiros. Ou seja, a ideia de que, ao executar suas atribuições, a Administração realizaria escolhas que não seriam

jurisdicionalmente aferíveis, ainda que tal ideia estivesse enfraquecida em alguns aspectos, ainda era parte do arsenal jurídico de muitos doutrinadores, bem como de advogados, procuradores públicos, promotores e juízes brasileiros.

Veio-me então, naquela noite, o pensamento de que, nos tribunais brasileiros, Trump poderia ter vencido. Em um tribunal brasileiro, a depender dos juízes que viessem a compor a turma julgadora, o decreto que proibira a entrada de estrangeiros, de cidadãos de países supostamente envolvidos com o terrorismo – decreto esse sem lastro em evidências concretas, demagógico e, até certo ponto, irresponsável, pois não considerava as graves consequências sociais e econômicas que poderiam advir de sua edição; uma decisão discricionária que foi simplesmente demolida pelo Tribunal de Apelação do 9º Circuito Federal –, poderia ter sido considerado válido pelo simples argumento de que ao Judiciário seria vedado examinar a conveniência e a oportunidade do que fora decidido pelas autoridades públicas.

Reitere-se que, caso transportássemos o caso para os tribunais brasileiros, Trump poderia ter vencido, a depender dos juízes que julgassem o caso. Sim, pois nem todos tribunais e juízes brasileiros têm aplicado de forma constante a teoria da imunidade jurisdicional do mérito. Em alguns casos ela é manejada, em outros não.

Praticamente um ano antes do julgado norte-americano sobre o decreto de Trump, o Supremo Tribunal Federal (STF) deu um exemplo desse fato ao impedir, sob a alegação de abuso ou desvio de poder, que a então presidente Dilma Rousseff nomeasse como ministro seu antecessor Luiz Inácio Lula da Silva. Com ou sem razão, essa decisão do STF passaria a ser o mais importante caso de sua história – senão o primeiro – dentre aqueles em que um ato da competência privativa do Presidente da República – para muitos um ato de governo, até mais imune à jurisdição do que um ato administrativo discricionário – seria analisado jurisdicionalmente e teria seus efeitos suspensos por suspeita de abuso ou desvio de poder.

Na oportunidade, o Min. Gilmar MENDES declarou:

“Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país;

na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular; a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público 'lato sensu'.

O princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da 'res publica'.

(...) Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

(...) Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com uma certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita”³.

Observe-se que a decisão monocrática de Gilmar MENDES, no caso, afastou-se totalmente da tese relativa à imunidade jurisdicional do mérito, como também faria, menos de um ano depois, o juiz Leonardo COUCEIRO, da 4ª Vara Federal de Niterói, ao impedir a posse, como Ministra do Trabalho, da Deputada Federal Cristiane Brasil Francisco. Nessa ocasião, declarou COUCEIRO:

3. Cf. MC em MS nº 34070/DF, Rel. Min. Gilmar MENDES, j. 18/03/2016, DJe 22/03/2016.

“É bem sabido que não compete ao Poder Judiciário o exame do mérito administrativo em respeito ao Princípio da Separação dos Poderes. Este mandamento, no entanto, não é absoluto em seu conteúdo e deverá o juiz agir sempre que a conduta praticada for ilegal, mais grave ainda, inconstitucional, em se tratando de lesão a preceito constitucional autoaplicável”⁴.

Nesse caso mais recente, observe-se, há uma explícita referência do juiz à teoria da imunidade de mérito, salientando-se, no entanto, sua inaplicabilidade ao caso concreto.

Ora, se compararmos mais a fundo o julgamento feito pelo Judiciário norte-americano no caso do decreto antiterrorismo de Donald Trump e o julgamento feito, no Brasil, dos casos relativos às nomeações presidenciais de Lula e Cristiane Brasil, notaremos – apesar das muitas diferenças existentes quanto ao modo de realização do controle jurisdicional - uma evidente ligação entre esses julgados: em todos eles o Judiciário superou as defensas tradicionalmente colocadas pela separação de poderes e passou a examinar aspectos relacionados à conveniência e à oportunidade dos atos administrativos discricionários.

Especialmente no Brasil, esse destemor jurisdicional traduz os efeitos de um ambiente jurídico novo, formado por uma postura mais ativa da sociedade e por uma visão jurídica mais ampla da legalidade pelo lado dos operadores jurídicos. Uma legalidade reforçada pela busca constante de efetividade da Constituição e pelas garantias e princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito. Legalidade, por outro lado, que é a todo tempo desafiada pelo crescimento do Estado e da capacidade jurídica e material que este possui de interferir na vida da sociedade e do mercado.

É nesse ambiente que se insere o presente estudo. Ambiente permeado de novidades, contradições, complexidades e algumas

4. Cf. Processo: 0001786-77.2018.4.02.5102 (2018.51.02.001786-0) – Autor: Joao Gilberto Araújo Pontes e outros; Réu: União Federal e outros - Seção Judiciária do Rio de Janeiro 4ª Vara Federal de Niterói, j. 8/01/2018.

perplexidades que, por sua vez, geram várias questões relevantes para o direito administrativo responder.

ii. “No meio do caminho tinha uma pedra”

Enfrentei academicamente o tema do controle jurisdicional da discricionariedade praticamente desde meu ingresso para os quadros da Universidade de São Paulo, em 2013. Por coincidência, o tema sorteado naquele ano, para a prova escrita do concurso público para o cargo de professor doutor de direito administrativo, foi o poder discricionário da Administração.

Depois disso, em 2014 e 2015, em parceria com o professor Rodrigo Pagani de Souza, ministrei na pós-graduação um curso que fora criado anos antes pela professora Odete Medauar, denominado Controles sobre a Administração Pública, curso que foi sucedido, a partir de 2016, por outro, interdisciplinar, em parceria com os professores Rodrigo Pagani de Souza e José Maurício Conti, denominado Controle da Gestão Pública à Luz dos Direitos Administrativo e Financeiro.

O ambiente crítico da pós-graduação, as longas discussões com os alunos e o contínuo estímulo a pesquisas levou-me, em nova parceria com o professor Rodrigo Pagani de Souza, a organizar e publicar, no início de 2017, um livro sobre o tema, contendo uma coletânea de artigos de alunos da pós-graduação e de outros professores da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulado Controle da Administração Pública.

O presente estudo é mais um marco, talvez o principal até agora, mas seguramente não o último, dessa caminhada iniciada em 2013.

As pesquisas que embasaram o presente estudo foram, em grande medida, desenvolvidas entre 2016 e 2017. O objetivo inicial foi buscar conhecer como o controle jurisdicional da discricionariedade se comportava no direito de outros países. Os achados foram numerosos e retrataram uma tendência global de gradativa ampliação da jurisdição da discricionariedade, distinta, é bem verdade, em termos de ritmo ou de estágio de evolução em cada ordenamento estudado.

O segundo objetivo foi o de radiografar, no direito brasileiro, o tratamento do tema. Como logo consegui identificar a teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário como uma pedra angular entre nós das reflexões teóricas em torno desse tema, entendi que era necessário fazer uma pesquisa mais profunda sobre as origens desse pensamento e, especialmente, sobre as causas da longevidade dessa teorização. Aqui os achados também foram significativos, pois levaram ao rompimento com ideias muito difundidas e repetidas, como a da influência italiana na conformação da teoria da imunidade do mérito. O histórico, especialmente ao possibilitar a comparação do trajeto percorrido pelo direito administrativo brasileiro com o do direito de outros países, acabou também por desvendar o atraso de nossas reflexões sobre o controle jurisdicional da discricionariedade e a necessidade de buscar-se uma sistematização menos fragmentada e mais aprofundada em muitos aspectos relacionados a esse tema.

Após uma longa reflexão sobre os achados da pesquisa, a conclusão a que se chega é uma das teses centrais do trabalho: a teoria da imunidade do mérito do ato discricionário deve ser abandonada, ela não serve mais ao direito administrativo brasileiro.

A partir daí as questões que busquei responder são todas relacionadas à necessidade de que se reveja a sistematização do tema entre nós: quem controla jurisdicionalmente a discricionariedade no Brasil? Qual é o objeto do controle? Como deve a discricionariedade ser controlada? Essas são questões fundamentais para que se consiga estabelecer novos métodos de controle da discricionariedade, métodos esses que, ao contrário do que ocorre com a velha teoria da imunidade do mérito, consigam realizar a conciliação dos valores extraídos dos princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito e da separação de poderes e que, basicamente, possibilitem a redução do quadro de insegurança jurídica em que vivemos.

A parte final do presente estudo dedica-se a sistematizar os referidos métodos, que são traduzidos como testes de legalidade. A aplicação desses testes – alguns usuais entre nós, como o teste de competência, outros não, como os testes de processo ou os relativos à qualificação jurídica dos fatos – possibilita tanto ao administrador público, no autocontrole de suas decisões, como aos órgãos jurisdicionais realizar

o controle da discricionariedade administrativa em bases racionais, jurídicas, tendo como eixo principal a legalidade ou a juridicidade das decisões e reduzindo a margem de arbítrio tanto das autoridades administrativas quanto das autoridades controladoras.

Todo esse trabalho foi, por uma grande coincidência, em sua parte final, emoldurado pela aprovação da Lei nº 13.655/2018, que alterou o Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB). A nova lei, sancionada já quando eram colocados os pontos finais neste trabalho, tentou responder aos mesmos impulsos que me moveram ao longo de todo o caminho trilhado: aumentar a visibilidade do exercício do poder discricionário; aumentar a racionalidade no exercício da discricionariedade; ampliar o espectro do controle da discricionariedade; e afastar a arbitrariedade no controle jurisdicional da discricionariedade. Em vários pontos, a abordagem realizada ao longo deste trabalho dialoga com os novos dispositivos da LINDB.

Assim sendo, o desenvolvimento do tema, a partir da metodologia eleita, tomou os seguintes rumos: no primeiro capítulo, intitulado O Controle Jurisdicional da Discricionariedade Administrativa como um Tema Global e suas Tendências Atuais, apresento um resumo das questões conceituais relacionadas à discricionariedade administrativa, seu exercício e seu controle, para, em seguida, tratar da relevância atual da discussão sobre discricionariedade administrativa e seu controle enquanto fenômenos jus-políticos e identificar as questões centrais relativas ao seu controle jurisdicional. O capítulo se encerra com um sumário das pesquisas realizadas sobre o direito estrangeiro e a identificação das linhas tendenciais globais a respeito do tema.

O segundo capítulo intitula-se A Teoria da Imunidade Jurisdicional do Mérito como Aspecto Central do Controle (ou do não-controle) da Discricionariedade no Direito Administrativo Brasileiro. Faz-se, então, um mergulho na teoria da imunidade do mérito no direito brasileiro em suas origens e em sua aplicação ao longo de todo o século XX. Exploro principalmente as visões contraditórias da doutrina, com reflexos na jurisprudência, e o temor de avançar-se para um regime de mais ampla sindicabilidade da discricionariedade administrativa. Encontro-me, afinal, com o direito administrativo brasileiro atual e concluo que

a teoria da imunidade do mérito não tem mais o que nos oferecer: ela deve ser enterrada, morta que já está.

O capítulo terceiro aprofunda a ideia de que a teoria da imunidade do mérito legou-nos um quadro de profunda insegurança jurídica e de alto risco institucional no que se relaciona ao exercício arbitrário da jurisdição. Busco, então, a adoção de novas técnicas para que o controle jurisdicional da discricionariedade responda a esse quadro de insegurança reafirmando e, ao mesmo tempo, reconciliando os postulados do amplo acesso à jurisdição, da legalidade, da segurança jurídica, da vedação do arbítrio, da democracia e da separação de poderes. Quem controla a discricionariedade administrativa e o que é objeto desse controle são as questões básicas respondidas nessa parte, na qual destaquei, de modo mais profundo, a necessidade de aderir-se às tendências globais relacionadas ao aumento de importância do controle processual e do controle motivacional das decisões administrativas. Trato, por fim, de dois tópicos tangentes ao tema principal do trabalho, mas não pouco importantes: os controles de eficiência e de resultados e o controle jurisdicional dos atos políticos ou de governo, logrando produzir conclusões sobre ambos.

O capítulo quarto trata dos métodos propriamente ditos de controle da discricionariedade, correspondendo ao desaguar de todas as reflexões anteriormente feitas. Defendo que é mais importante que o direito administrativo passe a disciplinar mais claramente o modo como o controle jurisdicional da discricionariedade deve ser executado, com o objetivo de evitar-se a jurisdição arbitrária, do que se estabelecer, nesse caso, limites ou zonas de exclusão para o exercício da jurisdição. Proponho nesse ponto a sistematização de testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: os testes usuais de competência, forma e objeto; testes relacionados ao processo administrativo: existência do processo, instrução completa e adequada e instrução imparcial; testes relacionados à estrutura motivacional do ato: o erro manifesto, a consideração da prova produzida, as considerações equivocadas, o bilan, a ponderação e a proporcionalidade; e, por fim, os testes para identificar o desvio de poder ou de finalidade. Mais uma vez, se fez necessária a discussão sobre uma questão tangencial: a improbidade administrativa, tamanha a importância que o controle da improbidade tem no direito administrativo brasileiro contemporâneo. O

capítulo se encerra respondendo a uma derradeira questão: os métodos e técnicas propostos podem ser prontamente aplicados ou para tanto é necessária a aprovação de novas leis? A resposta é pela possibilidade de, a partir do quadro jurídico vigente, aplicar-se os testes de legalidade propostos, ainda que seja saudável o aperfeiçoamento da legislação por meio da edição de normas jurídicas mais claras, concretas e objetivas a esse respeito.

Concluo, no arremate final do trabalho, que realmente chegamos a um ponto de não retorno com relação ao controle jurisdicional da discricionariedade. O Estado Democrático de Direito e a efetividade dos direitos fundamentais impõem um controle jurisdicional mais ativo em face de uma Administração que deveria, em tese, ser mais atuante. Administração e Jurisdição, em que pese mais ativas, devem rejeitar o arbítrio e, a partir dessa ideia basilar, buscar métodos jurídicos para o exercício da discricionariedade que sejam também aplicados como métodos de controle da discricionariedade. Em suma, a régua que mede a legalidade no exercício da discricionariedade administrativa deve também servir ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. As soluções apontadas neste estudo têm como desafio atingir o seguinte objetivo: sistematizar a partir do direito, da experiência concreta e da racionalidade o exercício legal da discricionariedade administrativa e, na mesma medida, o seu inevitável e muito desejável controle jurisdicional.

iii. Algumas questões formais

É inevitável que se façam algumas observações de cunho formal para a correta compreensão do presente estudo.

Como de costume, evitei ao máximo o uso de iniciais maiúsculas para destaques ou alegorias ao longo do texto. Conservei tal inicial, entretanto, na palavra Administração, utilizada ao longo de todo o trabalho como sinônimo de Administração Pública e nas expressões Estado, Poder Judiciário, Poder Executivo, Poder Legislativo, entre outras, reproduzidas de acordo com a grafia adotada pela Constituição Federal brasileira.

Ademais, utilizei indistintamente as expressões ato administrativo e decisão administrativa, ainda que essas expressões, a depender do enfoque com que se lhes analise, possam assumir conotações distintas. Não era o caso do presente estudo, assim, empreguei-as como sinônimas.

Referi-me aos autores, no curso do texto principal, sempre pelo sobrenome e, nas notas de rodapé, pelo seu nome completo. Nos dois casos, utilizei caixa-alta no sobrenome dos autores referidos a fim de destacá-los. Exceções foram os casos de RUY BARBOSA e CAIO TÁCITO referidos pelo nome e sobrenome no corpo do texto, pois é assim que são conhecidos nos meios jurídicos, fiz, desse modo, um certo tributo a esses importantes autores, uma vez que temi transformar o grande RUY BARBOSA no quase desconhecido BARBOSA e tornar CAIO TÁCITO um mero TÁCITO. Outra exceção foram os nomes de SEABRA FAGUNDES, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, entre outros. Primeiramente mantive no texto e nas referências o sobrenome completo SEABRA FAGUNDES, CAMPOS SALLES, entre outros, também por apreço ao modo como esses autores ou personagens históricos são mais conhecidos, por fim para diferenciar um autor do outro, no caso dos BANDEIRA DE MELLO, mantive o nome inteiro do autor tanto no texto, como nas notas.

Mantive os textos escritos em português antigo na grafia da época, preservando a escrita original.

Sempre que fui obrigado a decidir entre aplicar as regras da ABNT (Associação Brasileira de Normas Técnicas) e dar maior clareza às citações e referências bibliográficas feitas, optei pela maior clareza, evitando a utilização de parâmetros formais que dificultassem a correta identificação das citações e referências, bem como de seus autores e dos livros ou artigos dos quais foram retiradas.

Uniformizei a anotação da legislação brasileira, pela citação somente do ano de sua edição, e.g. Lei nº 9.784/1999. Para uma visão completa, contendo a data da respectiva edição ou promulgação, apresento ao final do trabalho uma lista da legislação nacional citada. Quanto à legislação estrangeira, conservei o modo de anotação constante dos documentos originais consultados.

Apresento também, uma lista com os sites consultados e referidos ao longo do texto, exceto os relativos a bibliografia digital, pois já indicados na própria relação bibliográfica.

CAPÍTULO 1

O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa como um tema global e suas tendências atuais

Sumário: 1.1. A discricionariedade administrativa revisitada; 1.1.1. Revendo a teoria e os conceitos; 1.1.2. Graus de discricionariedade; 1.1.3. Conceitos correlatos: interpretação e conceitos jurídicos indeterminados; 1.2. O mundo complexo da discricionariedade administrativa; 1.2.1. Ampliação das funções econômicas e sociais da Administração; 1.2.2. Problemas no funcionamento do Legislativo, sobrecarga da Administração e outros fatores que podem levar ao arbítrio; 1.2.3. O controle como reação ao arbítrio; 1.2.4. Stress da separação de poderes e os riscos associados ao arbítrio jurisdicional; 1.3. Um compromisso com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito; 1.4. O controle jurisdicional da discricionariedade é um tema global? 1.4.1. Um panorama do tratamento do controle da discricionariedade em diferentes países; 1.4.2. Desvio de poder, princípios gerais do direito administrativo, erro manifesto e bilan no direito administrativo francês; 1.4.3. O abuso de poder, a ponderação de interesses e o processo administrativo no direito administrativo italiano; 1.4.4. Procedimento administrativo, motivação e transparência no direito administrativo espanhol e português; 1.4.5. Abuso de discricionariedade, correta instrução do processo, imparcialidade e hard look no common law norte-americano e britânico; 1.4.6. Dividindo o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em países latino-americanos; 1.5. Não há uma única resposta.

1.1. A discricionariedade administrativa revisitada

Discricionariedade e vinculação são conceitos jurídicos voltados a definir sob uma grande angular os modos de atuação da

Administração Pública. São conceitos contrapostos e tratados pelo Direito Administrativo sob denominações ligeiramente diferentes: poder vinculado e poder discricionário, ato administrativo vinculado e ato administrativo discricionário, competência vinculada e discricionária ou, simplesmente, vinculação e discricionariedade. Todas essas expressões são correntes tanto na doutrina como na jurisprudência.

Há que se reconhecer, ademais, que discricionariedade e vinculação administrativas são noções que atravessam boa parte da história do direito administrativo. GERANDO, ORLANDO e URUGUAY⁵ já tratavam do tema no século XIX, e inúmeros autores aperfeiçoaram essas noções ao longo do século XX e, mais recentemente, no início do século XXI, por exemplo: HAURIOU, BONNARD, WALINE, GIANNINI, CASSETTA, FIORINI, GORDILLO e, no Brasil, CAIO TÁCITO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, MOREIRA NETO, DI PIETRO e MEDAUAR⁶.

Mas, se há razoável clareza com relação ao seu conceito e se existem tantos autores consagrados em todo o mundo que há muito tempo vêm tratando da discricionariedade administrativa, qual é a utilidade de revisita-la?

5. Cf. GÉRANDO, Joseph-Marie. *Institutes de Droit Administratif Français*. Paris: Chez Nêve, 1829, tomo 1, p. 99 e 105, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58130308?rk=42918;4>; ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principi di Diritto Amministrativo*. Florença: G. Barbèra Editore, 1891, p. 327 e seguintes e URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1862, tomo I, p.165-166.
6. Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Dalloz, 1933, 12ª Ed. (Reedição, Dalloz: 2002) p. 415; BONNARD, Roger. *Contrôle Juridictionnel de l'Administration*. Paris: Librairie Delagrave, 1934, p. 56; WALINE, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2014, 25ª Ed., p. 426; GIANNINI, Massimo Severo. *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1939; CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2015, p. 363; FIORINI, Bartolomé. *La Discrecionalidad en la Administracion Publica*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1948; GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. I, p. X-14; TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil. Conceito e Remédios*. Rio de Janeiro: DASP, 1959, p. 10; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ª Ed; MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, 2ª Ed.; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella.

A verdade é que a discricionariedade administrativa e, mais especificamente, o seu controle jurisdicional, tornaram-se não somente temas centrais, mas dos mais polêmicos do direito administrativo contemporâneo. Abriram, dessa forma, um campo imenso para novos trabalhos de pesquisa jurídica, a começar por identificar o que levou a discricionariedade e seu controle jurisdicional a se tornar novamente importantes objetos de investigação, depois do tanto que já se construiu sobre esses temas.

É preciso reconhecer que há uma série de fatores que contribuíram para isso, tais como: (1) a disseminação da discricionariedade como técnica legislativa geradora, por um lado, de uma sobrecarga da Administração em relação à capacidade de executar todas as funções a ela cometidas e, por outro, de um avanço do exercício arbitrário da função administrativa; (2) a consequente reação da sociedade e do mercado contra esse estado de coisas, que acaba por sobrecarregar também o sistema de controle jurisdicional da Administração, cada vez mais instado a reapreciar as decisões discricionárias das autoridades administrativas; (3) tudo isso, ademais, permeado pelo *stress* do princípio da separação de poderes, que, tensionado pelo princípio da força e da efetividade da Constituição, passa a contribuir, muitas vezes, para a geração de conflitos explícitos entre os próprios poderes tripartidos⁷.

Como se esses fatores não bastassem, o sistema constitucional, concebido como um *sistema aberto de regras e princípios*⁸, e a importância conferida nesse sistema aos direitos fundamentais – que nada mais são que princípios⁹ – acabam projetando a imagem, em certa medida contraditória, de uma Administração forte, eficiente e compromissada com a concretização dos direitos fundamentais – o que implicaria em maior

Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 2012, 3ª Ed., p. 90 e seguintes e MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

7. CASSESE chega a questionar a tripartição de poderes na atualidade, enxergando um Estado “*policêntrico*” em que há conflitos e “*concorrência entre instituições*”. Cf. CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Campinas: Saberes Editora, 2010, p. 34, 136 e seguintes.
8. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, 5ª Ed., p. 1146 e seguintes.
9. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoría de Los Principios, Competencias para la Pon-*

liberdade de atuar ou mais discricionariedade – e, ao mesmo tempo, garantidora das liberdades públicas ou, em outras palavras, obediente ao princípio da vedação do arbítrio – o que implicaria em maiores restrições à liberdade de escolha ou menos discricionariedade

Nesse quadro, recolocar em debate a discricionariedade administrativa sob o prisma de seu controle jurisdicional é uma tarefa necessariamente árdua, mas absolutamente atual e fundamental.

1.1.1. Revendo a teoria e os conceitos

Vinculação e discricionariedade, na verdade, decorrem da maior ou menor precisão ou do maior ou menor detalhamento dos textos legais¹⁰. Há que se reconhecer que são também conceitos que se referem reciprocamente, ou seja, completam-se, sendo quase impossível compreender o conteúdo de um sem falar do conteúdo do outro.

Há vinculação – ou ato vinculado, poder vinculado ou competência vinculada – da autoridade administrativa nas hipóteses em que a legislação não dá ao agente público margem de liberdade de escolha para a prática de determinado ato. Pode-se resumir as hipóteses de vinculação por meio da seguinte fórmula: na hipótese de “A” a autoridade deve fazer “B”.

É o caso, por exemplo, da empresa que apresenta proposta para participar de uma licitação regida pela Lei nº 8.666/1993 e deixa de apresentar prova de regularidade tributária perante a Fazenda Nacional, conforme exigido pelo art. 29, inciso III do referido diploma. Não há, no caso exemplificado, qualquer margem de liberdade ou de escolha para a autoridade que comanda o certame licitatório, ou seja, seu dever é inabilitar a empresa que não atendeu a citada regra, afastando-a da licitação.

decaición y Separación de Poderes. In: *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jean-R). Madri: Marcial Pons, 2011, p. 244.

10. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da Discricionariedade Administrativa*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 65.

O mesmo conceito de vinculação é retirado do art. 11 da Lei nº 11.445/2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Tal artigo determina como condições de validade dos contratos que “*tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico: I – a existência de plano de saneamento básico; II – a existência de estudo comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico; III – a existência de normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização; e IV – a realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato*”. Ou seja, na hipótese de celebração de um contrato de prestação de serviços públicos de saneamento, a autoridade administrativa responsável deve observar as condições precedentes fixadas nos incisos I a IV do art. 11 da Lei nº 11.445/2007. A autoridade não tem margem de escolha, está adstrita ou vinculada a esse dever.

Nas hipóteses de discricionariedade, ocorre um fenômeno distinto. Nesses casos, a legislação dá ao administrador ou à autoridade pública certo grau de liberdade, certa margem de escolha, deixando de vinculá-lo, portanto, de modo absoluto. Como já dito: “*Não há liberdade plena ou livre-arbítrio da autoridade pública no exercício da discricionariedade, há uma liberdade instrumental, isto é, uma liberdade de escolha entre opções que possam em tese atender a finalidade pública específica ou o interesse público específico inerente à prática de um determinado ato ou à tomada de uma determinada decisão*”¹¹. Tem-se, assim, que, “na hipótese de “A” a autoridade pode fazer “B”, “C” ou “D””, sendo que as opções “B”, “C” ou “D”, estando ou não previamente identificadas pelo legislador, devem estar em consonância com a legalidade em sentido amplo ou, dito de outro modo, com o interesse público a que visa o administrador público atingir no caso concreto.

A realização de consulta pública, na fase de instrução dos processos administrativos regulados pela Lei nº 9.784/1999 (Lei de Processo Administrativo), é um exemplo dessa hipótese. Nesse caso, segundo

11. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*Controle ...*). Op. Cit., p. 66.

o art. 31: “quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros (...)”¹². Ou seja, faculta-se à autoridade pública convocar ou não a consulta, mas não há liberdade plena para que se tome essa decisão. A decisão administrativa de realizar ou não a consulta deve ser juridicamente respaldada e, para tanto, deve conter finalidade e motivos (de fato e de direito) que a justifiquem, além de ser aderente aos princípios gerais de direito administrativo, como a razoabilidade e a proporcionalidade, entre outros requisitos que estruturarão tal decisão sob o ângulo abrangente da legalidade ou da juridicidade.

A edição de atos normativos, de planos ou de políticas públicas pela Administração Pública também são exemplos frequentes e extremamente relevantes de atuação discricionária. Nesses casos, delega-se a uma autoridade pública, a um órgão ou a uma agência a edição de atos de repercussão geral, desde que observadas diretrizes gerais fixadas em lei. Como essas diretrizes são normas geralmente de caráter pouco preciso, amparadas em conceitos indeterminados¹³ ou decorrentes de meras molduras legais¹⁴ para a atuação do administrador, este acaba tendo uma relativamente ampla margem de liberdade para editar normas que adequem essas diretrizes à realidade social e econômica de cada momento

12. Praticamente a mesma norma (porém de aplicação nacional) é repetida pelo art. 1º, da Lei nº 13.655/2018, que acresceu o art. 29 à Lei de Introdução do Direito Brasileiro, ao dizer: “Em qualquer órgão ou Poder, a edição de atos normativos por autoridade administrativa, salvo os de mera organização interna, **poderá ser precedida de consulta pública para manifestação de interessados, preferencialmente por meio eletrônico, a qual será considerada na decisão**” - grifei.

13. A teoria dos *conceitos jurídicos indeterminados*, fundada pela doutrina alemã, encontra-se desenvolvida hoje pelo direito de praticamente todos os países da Comunidade Europeia. *Conceitos jurídicos indeterminados* são aqueles cujo conteúdo e extensão são imprecisos, incertos, polissêmicos ou vagos, deixando uma margem de liberdade ao aplicador da norma. Não há uma coincidência perfeita entre a noção de discricionariedade e a dos “*conceitos jurídicos indeterminados*”, mas os temas são nitidamente afins e relacionados, conforme se aprofundará na sequência do presente estudo. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 90 e seguintes; e AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014, 2ª Ed., vol. II, p. 116 e seguintes.

14. *Lei-quadro* é uma expressão e uma técnica legislativa cunhadas pelo direito francês para se referir a leis que trazem normas de conteúdo bastante genérico, grandes orien-

histórico, cada localidade do país, cada setor econômico ou de cada serviço ou atividade pública ou de interesse público objeto de políticas, planos ou regulação.

Essa abordagem, com tons variados, é frequente em todos os sistemas jurídicos e em diferentes países. Para FRIER e PETIT, por exemplo:

“O poder discricionário não aparece, no entanto, em contradição com os mecanismos do Estado de direito, como uma espécie de poder arbitrário. Bem ao contrário, ele é ao mesmo tempo limitado e necessário para assegurar uma boa execução das leis. (...). É, então, a escolha da medida, o conteúdo propriamente da medida que a autoridade deve ou pretende tomar é, eventualmente, deixado a sua discricção. (...) Competência totalmente vinculada ocorre quando a administração deve agir, em um sentido totalmente predeterminado”¹⁵.

Para CASSAGNE, outro exemplo, no direito administrativo clássico, o poder discricionário: *“se concebida como oposta ao poder vinculado como se tratassem de formas puras”¹⁶.*

Ou, para BAILEY:

“Por poder discricionário chamamos a situação na qual um órgão tem poder de escolha, nas circunstâncias, para

tações, linhas diretivas, enfim, voltadas a um projeto de reforma, em face da qual o legislador deixa ao governante a decisão sobre quais medidas complementares, normativas ou não, devam ser tomadas nas situações concretas sem abandono, desvio ou excesso em relação aos limites ou molduras criadas pela lei. Cf. FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2015, p. 817-818.

15. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2013, p. 358-359.
16. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. *El Principio de Legalidade y el Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Buenos Aires: Editorial IBdeF, 2016, p 255.

fazer 'X' ou não fazer 'X' ou fazer 'Y' e/ou fazer 'Y' ou nada fazer”¹⁷.

Entre os muitos outros autores que tratam do tema no Brasil, faça-se referência a MEDAUAR:

“Há poder ‘vinculado’, também denominado competência vinculada, quando a autoridade, ante determinada circunstância, é obrigada a tomar decisão determinada, pois sua conduta é dita previamente pela norma jurídica. (...) Em essência, poder discricionário é a faculdade conferida à autoridade administrativa de, ante certa circunstância, escolher uma entre várias soluções possíveis”¹⁸.

1.1.2. Graus de discricionarietà

Por outro lado, se vinculação e discricionarietà são dois *standards* utilizados na construção de normas jurídicas, as estruturas normativas que resultam da produção legislativa muitas vezes relativizam essa distinção. Torna-se cada vez mais difícil encontrar na prática formas puras ou absolutas de vinculação e discricionarietà. Muitas vezes, a norma jurídica estabelece implícita ou explicitamente que o seu cumprimento depende de uma sequência de atos em que as noções de vinculação e discricionarietà se misturam, gerando a impressão de que, na verdade, há graus proporcionais de vinculação e discricionarietà. Como dizem CHRÉTIEN, CHIFFLOT e TOURBE:

“Na realidade, há toda uma gama de nuances e dificilmente é possível fazer uma classificação dos atos recortada entre o poder discricionário e a competência vinculada. Ainda mais porque a latitude de ação da

17. Cf. BAILEY, S. H., *Cases, Materials & Commentary on Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2005, 4ª Ed., p. 459.

18. Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 103-104.

Administração não depende apenas das condições fixadas pelos textos, mas também, mais amplamente, da interpretação que lhe dá o juiz e das técnicas de controle com as quais ele trabalha.”¹⁹.

Um exemplo aclara essa reflexão: imagine o lançamento de um tributo. Nesse caso, aparentemente a vinculação é total, pois o administrador tributário não tem margem de liberdade para decidir se, uma vez ocorrido o fato gerador, o tributo deve ou não ser lançado. Mas é possível que a lei não determine exatamente o momento em que o administrador deva lançar o tributo, fixando um prazo máximo para tanto, no intermédio do qual o administrador disporá de liberdade para efetuar o lançamento. Observa-se, portanto, que em um mesmo ato hipoteticamente previsto pela lei tem-se vinculação quanto ao dever de produção do ato em si e discricionariedade quanto ao momento de sua edição. Há, simultaneamente, vinculação quanto a determinados aspectos e discricionariedade quanto a outros aspectos relacionados à edição de um mesmo ato.

Mesmo no exemplo de vinculação anteriormente citado, na aplicação do art. 11 da Lei nº 11.445/2007, que fixa as condições de validade dos contratos de prestação de serviços públicos de saneamento, caso se aprofunde o olhar sobre a hipótese normativa, verificar-se-á que, de fato, há vinculação aos pré-requisitos fixados pelo referido art. 11, muito embora haja discricionariedade quanto ao conteúdo material desses pré-requisitos. Em outras palavras, a lei vincula o administrador à realização prévia de um “*plano de saneamento básico*” ou de “*regulação*”, mas lhe concede discricionariedade para determinar seu conteúdo. Ou seja, a mesma norma é fonte geradora de vinculação e de discricionariedade.

19. Cf. CHRÉTIEN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas e TOURBE, Maxime. *Droit Administratif*. Paris: Sirey, 2016, p. 744. Na mesma linha AMARAL, Diogo Freitas do. (*Curso...*). Op. Cit., p. 87; RICCI, Jean-Claude. *Droit Administratif*. Paris: Hachette, 1996, p. 18 e KRELL, Andreas. *Discricionariedade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 30-32, este referindo-se à teoria alemã dos “*graus discricionários*”.

No entanto, nada disso elimina a antiga classificação do agir administrativo como vinculado ou discricionário. Ainda que essas figuras tendam de fato a se mesclar em casos concretos, sempre será possível, como salienta MEDAUAR, ligá-las ao “*aspecto predominante no exercício do poder*”²⁰. Mesmo que assim não fosse, a classificação ainda contraporaria conceitualmente, se não comandos legais emanadores de pura vinculação ou discricionariedade, normas jurídicas cuja aplicação demandaria, em relação a alguns aspectos, vinculação e, em relação a outros, discricionariedade.

1.1.3. Conceitos correlatos: interpretação e conceitos jurídicos indeterminados

Alguns conceitos correlatos à discricionariedade ainda merecem um maior esclarecimento. Observe-se, que há uma discussão muito intensa na doutrina sobre a distinção entre a discricionariedade administrativa e a simples interpretação das normas jurídicas, discussão que toma mais corpo quando se soma à ideia da discricionariedade como mera interpretação dos chamados *conceitos jurídicos indeterminados*²¹.

A distinção entre interpretação e discricionariedade é realmente tormentosa, pois ambas são atividades intelectuais ou operações técnico-jurídicas que tornam aplicável uma norma abstrata a um caso concreto.

Lembre-se que a discricionariedade se forma a partir do modo de edição ou de redação dos textos legais. Há vezes em que a lei regula minuciosamente o comportamento da autoridade pública perante uma situação prevista e outras em que se transfere a escolha do modo de agir ao juízo de conveniência e oportunidade do órgão administrativo. Mas, nesse contexto, a interpretação também poderia ser considerada uma atividade de complementação da lei²², o que mais

20. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Direito...*). Op. Cit., p. 104.

21. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 83.

22. Cf. ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996, p. 197.

uma vez a confundiria em certo sentido com o exercício da discricionariedade pela Administração.

Mas há que se reconhecer que não há absoluta coincidência entre a atividade de interpretação legislativa e o exercício da discricionariedade. Primeiramente porque a interpretação é muito mais extensa em definição e aplicação do que a discricionariedade. Normas que instituem comportamento vinculado também são objeto de interpretação. Toda norma jurídica que faculte maior ou menor liberdade de ação à autoridade pública, qualquer que seja o seu conteúdo, é objeto de interpretação.

De toda sorte, mesmo o reconhecimento de que há claras distinções entre a atividade hermenêutica e a discricionariedade administrativa não elimina o fato de que a interpretação, em determinados casos, pode se assemelhar imensamente com a discricionariedade, pois eventual insegurança gerada pela norma pode implicar na necessidade de escolha pelo intérprete. Como diz ÁVILA²³, deve-se compreender o direito: “*como uma prática argumentativa*” e aceitar “*que a norma não envolve apenas um sentido, mas sentidos alternativos*”, o que induz à conclusão de que o intérprete da norma - seja a autoridade administrativa, seja o juiz - tem a possibilidade de escolha entre as diferentes soluções abraçadas pelo ordenamento, mesmo que, conforme o mesmo autor, esse caráter argumentativo do direito seja “*limitado por postulados hermenêuticos e aplicativos que diminuem, sobretudo, o âmbito decisional*”.

Porém, o fato de tal caráter argumentativo ser limitado, circunscrito e frisado não elimina a necessidade de escolha, colocando o intérprete em posição muito semelhante àquela em que acaba por ficar quando instado a deliberar discricionariamente.

Uma breve lembrança das intensas polêmicas entre os chamados *textualistas* e os *ativistas*²⁴ no direito constitucional norte-americano

23. Cf. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, 4ª Ed., p. 188-189.

24. Há vasta literatura jurídica sobre essa polêmica, mas vale indicar, entre muitos outros: DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, 9ª Ed., uma obra de referência no tema na qual o autor defende literalmente que “*devemos aceitar que a Suprema Corte tem a obrigação de construir*

exemplifica quão distintas podem ser as opções do intérprete no momento em que se defronta com a necessidade de aplicar a Constituição e as demais normas jurídicas, fato que, no limite, acaba por assemelhar em grande medida aos dilemas relacionados à interpretação jurisdicional de algumas normas relativas à abrangência do controle jurisdicional da discricionariedade.

Mesmo que muitas vezes a atividade discricionária da Administração se assemelhe à interpretação de conceitos jurídicos indeterminados, como interesse público, bem comum, razoabilidade, economicidade, valor histórico e cultural, ordem pública ou calamidade pública, ainda assim é necessário que se perceba que se tratam de institutos jurídicos que em parte se identificam e, também em parte, se diferenciam²⁵.

É verdade que haverá situações em que, embora a norma legal ou constitucional se utilize de um *conceito jurídico indeterminado* cuja interpretação seja essencial para sua efetividade, a norma não concede ao administrador qualquer margem de liberdade para decidir. Trata-se de mera atividade de interpretação, a partir da qual o comando legal deve ser executado estritamente, sem alternativas para o administrador. Por exemplo, no § 3º do art. 167, a Constituição Federal somente admite que a Administração abra créditos orçamentários extraordinários para “*atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública*”. Ora, em que pese utilizar-se de *conceitos jurídicos indeterminados*, tais como as expressões “*comoção interna*” e “*calamidade pública*” (que deverão ser objeto de interpretação para que se compreenda o perfeito alcance da norma), não resta dúvidas de que, no caso, não

decisões políticas importantes”, p. 69 e o interessante compêndio organizado por GUTMANN, em que vários professores, inclusive o próprio DWORKIN, se defrontam com as teses de SCALIA, com direito à defesa e resposta do próprio SCALIA: Cf. WOOD, Gordon; TRIBE, Laurence; GLENDON, Mary; DWORKIN, Ronald. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay by Antonin Scalia* (Org. GUTMANN, Amy). Princeton: 1997.

25. Apoia essa posição, por razões coincidentes ou distintas das adiante abordadas: ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. (Curso...). Op. Cit., p. 466 e seguintes; AMARAL, Diogo Freitas do. Op. Cit., vol. II, p. 119-126 e GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146-149.

há qualquer margem de liberdade para que o Administrador abra os referidos créditos fora das hipóteses listadas na regra constitucional. Não há discricionariedade, portanto, apesar de haver a necessidade de interpretação dos *conceitos indeterminados*.

Obviamente existirá um “*preenchimento valorativo*”²⁶ da norma por seu aplicador, o qual deverá estar atento às finalidades do sistema jurídico e a todos os demais valores que podem conduzi-lo à correta interpretação jurídica. Contudo, não haverá margem de escolha. Uma vez delimitado o sentido da norma e compreendido o texto normativo, o intérprete encontra-se vinculado a atuar de acordo com o comando estabelecido.

Haverá, porém, casos em que a utilização pela legislação dos *conceitos jurídicos indeterminados* tem a finalidade objetiva de criar um espaço de discricionariedade, possibilitando ao administrador definir, de forma geral, a partir da edição de regulamentos ou, em cada caso específico, como o comando legal deve ser concretizado. É o caso, por exemplo, do artigo 8º, incisos I e II, da Lei nº 12.587/2012, que trata da política nacional de mobilidade urbana. As referidas regras estabelecem diretrizes que deverão ser aplicadas pelos Municípios e Estados, em suas respectivas esferas de competência, na fixação da política tarifária para os serviços de transporte coletivo dentre os quais se encontram a “*promoção da equidade no acesso aos serviços*” e a “*eficiência*”, nitidamente dois *conceitos indeterminados*. Aqui, o modo de construção da regra e sua finalidade deixam claro que a intenção do legislador, ao utilizar-se de expressões genéricas ou de *conceitos indeterminados*, foi a de criar a possibilidade de escolha necessária para que, no que se refere à fixação de tarifas para os serviços de transporte coletivo, os entes federativos adaptassem as diretrizes gerais de equidade e eficiência à sua realidade socioeconômica.

Em um estudo recente, KRELL²⁷ aprofunda a análise das relações entre a discricionariedade administrativa e os *conceitos indeterminados*. Esse autor detalha que a teoria alemã dos *conceitos indeterminados* fora forjada inicialmente com o intuito de definir

26. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. (*Curso...*). Op. Cit., p. 120.

27. Cf. KRELL, Andreas. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 30-31.

uma fronteira supostamente clara entre a interpretação e a discricionariedade, confinando a jurisdição ao reexame de decisões que se baseassem na interpretação dos *conceitos indeterminados* e, de certo modo, imunizando a discricionariedade (teoria que comportaria evoluções posteriores, “*encontrando-se até hoje num complexo processo de transformação*”, para relativamente atenuar essa imunidade). Para o mesmo autor, essa teoria “*desenvolveu-se, em vários aspectos, de modo diferente das concepções jurídicas estrangeiras*”, tanto de outros países europeus como no direito norte-americano, os quais não fariam uma rígida distinção entre discricionariedade e interpretação de *conceitos jurídicos indeterminados*²⁸.

O fato é que, também aqui, sob o ângulo da definição dos *conceitos jurídicos indeterminados*, ainda que sem assimilação integral deles às hipóteses de discricionariedade, os maiores debates jurídicos se dão em torno da extensão do controle jurisdicional da aplicação concreta pela Administração das normas portadoras desses conceitos.

Assim, admitindo-se a conexão ou a correlação – ainda que não a identidade – entre a discricionariedade administrativa, as técnicas de interpretação e os *conceitos jurídicos indeterminados*, é importante fixar a posição de que boa parte dos problemas diagnosticados no curso do presente estudo e das soluções aqui propostas vale tanto para as situações relativas à discricionariedade administrativa propriamente dita como para todas as demais em que o ordenamento jurídico induz o administrador público a realizar escolhas e responder jurisdicionalmente por sua conduta, inclusive nos casos em que essa prerrogativa derive da prática da hermenêutica, em geral, ou da conexão desta com a tomada de posição diante de uma norma jurídica estruturada a partir de um *conceito jurídico indeterminado*.

28. As observações de KRELL são em boa medida ratificadas por MAURER, em que pese este administrativista subscrever a posição mais clássica da doutrina alemã no sentido da manutenção da distinção teórica entre o conceito jurídico indeterminado e discricionariedade. Cf. MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo*. Parte General. Madri: Marcial Pons, 2011, p. 186.

1.2. O mundo complexo da discricionariedade administrativa

O fato é que a Administração contemporânea está indissociavelmente ligada ao exercício constante da discricionariedade. *Pari passu* ao aumento do número de atividades desenvolvidas pela Administração – sem deixar de considerar a complexidade do ambiente social e econômico no qual essas atividades são executadas - houve um aumento natural das hipóteses de discricionariedade.

Cumpramos explorar um pouco mais as causas desse fenômeno e seus impactos na formação dos poderes discricionários da Administração e de seus respectivos controles.

1.2.1. Ampliação das funções econômicas e sociais da Administração

A Administração tem hoje, na verdade, tarefas muito extensas, especializadas e complexas a executar. Como já mencionado em trabalho anterior: “*Os pais fundadores do Direito Administrativo seguramente não imaginaram que o Estado chegaria ao grau de intervenção social e econômica que hoje se presencia. Seja por força da necessidade de uma intensa ação afirmativa para a efetivação dos direitos fundamentais, seja como fruto de uma sociedade (ou da existência de movimentos sociais) cada vez mais reivindicadora ou de atuações estatais, seja, por fim, pela necessidade de constantemente intervir no domínio econômico para corrigir as falhas de mercado, para executar medidas contra graves e recorrentes crises econômicas ou para ajudar as pessoas sem recursos ou condições econômicas de sobrevivência digna*”²⁹.

Em um ambiente de avanço da atuação do Estado no chamado domínio econômico e de progressivo reconhecimento de direitos

29. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*Controle ...*). Op. Cit., p. 67-68. Sobre o crescimento das funções desempenhadas atualmente pela Administração Pública, leia-se: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 20-23 e MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 29-31.

fundamentais, que demandam constante intervenção estatal para sua concretização, há, repita-se, crescimento diretamente proporcional da complexidade e do número de atividades desempenhadas pela Administração Pública.

Nos dias de hoje há ainda em curso uma reclamação mais intensa da sociedade – há uma sociedade “*mais e mais indócil*”, como afirma BLONDIAUX³⁰ – e também do mercado, que recorrem à participação como meio de efetivação de seus interesses e dos direitos fundamentais que entendem possuir, fazendo uso, para tanto, da mobilização pública, da mídia, dos *lobbies* ou dos tribunais.

A análise de MARQUES NETO completa esse contexto:

*“A multiplicação de demandas sociais desatendidas leva aqueles indivíduos, inicialmente organizados socialmente para reivindicar seus interesses, a fortalecer e ampliar seus mecanismos de organização de modo a pressionar o Estado para, num contexto de escassez de recursos, terem suas expectativas seletivamente atendidas”*³¹.

Esse quadro estimula a multiplicação das hipóteses de discricionariedade, pois quanto mais complexos e variados forem os enfrentamentos cotidianos integrantes da pauta das autoridades públicas, menos possível (e talvez menos conveniente) ao legislador será pré-determinar condutas exatas a serem implementadas em cada futura e hipotética circunstância de fato. Maior, assim, é a necessidade de se flexibilizar os meios de atuação do administrador para que o direito administrativo se conserve, em tese, estável diante das alterações constantes da realidade. Constrói-se, dessa maneira, um sistema jurídico mais interessado no atingimento de escopos gerais, identificados não só a partir do processo legislativo, mas também das demais fontes geradoras

30. Cf. BLONDIAUX, Loic. *Le Nouvel Esprit de la Democratie*. Seuil, Paris, 2008, p. 26-27.

31. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 116-117.

do direito administrativo (e.g. a Constituição, os precedentes jurisdicionais, os princípios jurídicos), sistema este mais flexível, processual, aberto ou dialógico, teleológico e, acima de tudo, mais discricionário.

1.2.2. Problemas no funcionamento do Legislativo, sobrecarga da Administração e outros fatores que podem levar ao arbítrio

Mas, a partir da atividade legislativa, a intensa criação de hipóteses de discricionariedade, se resultante, em grande medida, da complexidade dos interesses sociais e econômicos que pressionam o Legislativo, tem relação também com os problemas de representatividade ou de legitimidade política enfrentados por esse poder. A profissionalização dos partidos políticos (um fenômeno inicialmente positivo e, em grande medida, inevitável) gerou externalidades negativas que implicaram na gradual clivagem entre a sociedade e os eleitos³², dinamitando a representatividade, a “*pregação de conteúdo programático*”³³ e, até mesmo, a confiança no funcionamento da democracia representativa.

A lei formal, assim, fruto de um Legislativo enfraquecido em termos de representatividade política³⁴, tende a tornar-se menos clara, mais principiológica ou mais apegada aos conceitos jurídicos indeterminados. Desse modo, o Legislativo posterga ou empurra, por

32. Cf. ROSANVALON, Pierre. *Le Parlement des Invisibles*. Paris: Seuil, 2014, p. 14. Como diz CASTELLS, em estudo recente: “*Um mundo que a gerontocracia dominante não entende, não conhece e que não lhe interessa, por ela encarado com suspeita (...) e ela sente que está perdendo o controle*”. Cf. CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança – Movimentos Sociais na Era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 184.

33. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre Poderes e Democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014, p. 63.

34. Alguns autores falam desse processo referindo-se ao “*desprestígio*” ou “*enfraquecimento*” da lei que contribuiria para o “*esvaziamento do Estado de Direito*”. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 58 e FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 106.

delegações explícitas ou implícitas, a solução das disputas sociais e econômicas para os demais poderes estatais, notadamente para a Administração.

O resultado desse processo histórico e político é a criação de uma Administração sobrecarregada, tanto no que se refere à capacidade econômica operacional de executar todas as funções a ela cometidas³⁵ como pelo fardo de ter de realizar um sem número de escolhas discricionárias ao tempo e modo corretos, resolvendo disputas ou conflitos de interesse que, em muitos casos, a partir da racionalidade política inerente ao Estado de Direito em sua concepção iluminista, deveriam ter sido travados e decididos na arena do Legislativo.

Se o crivo da *maioria política* era, ao menos em tese, na lógica racionalista dos pais fundadores do direito administrativo, suficiente para estabilizar determinados conflitos sociais a partir da atuação do Legislativo, de modo a remeter à Administração a função primordial de colocar em prática os comandos legais, no momento em que o Legislativo deixa de cumprir na inteireza essa missão (se é que a cumpriu concretamente em algum momento histórico), delegando-a, passando-a à frente, cresce imensamente, ao lado das hipóteses de discricionariedade, a possibilidade do arbítrio das autoridades administrativas.

É necessário dizer que o avanço do exercício arbitrário da função administrativa não decorre unicamente de fatores relacionados à estrutura jurídica das instituições políticas ou das referidas limitações do Legislativo. Outros fatores conjunturais, tais como crises econômicas, guerras, terrorismo, movimentos sociais, golpes de estado, progresso tecnológico ou a interdependência global, concorrem para a maior ou menor arbitrariedade estatal.

O que se deve frisar, seja por força de fatores conjunturais, seja em virtude de fatores estruturais, é que as impossibilidades ou conveniências do Legislativo ou, dito de outro modo, a profusa criação legal de prerrogativas discricionárias em favor da Administração

35. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*. Paris: LGDJ, 2008, 3ª Ed., p. 66-68 e também MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (*Regulação ...*). Op. Cit., p. 117.

favorece o avanço da arbitrariedade e, em contrapartida, reforça a missão do direito administrativo e, mais propriamente, do sistema de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, de evitar-se o arbítrio.

1.2.3. O controle como reação ao arbítrio

Reitere-se: se o agente público tem na atualidade maiores margens de discricionariedade, maiores devem ser os controles que recaem sobre as suas decisões. A reação do direito administrativo a isso está de certo modo relacionada à própria razão de ser desse ramo jurídico: o direito deve instituir os meios de controle do exercício dessa discricionariedade para evitar que “*pela porta dos fundos adentrem interesses particularísticos, os interesses ilegítimos*”³⁶.

A ampliação do conceito de legalidade³⁷ desempenha um papel importante, nessa perspectiva, pois alarga as amarras da atuação do administrador público para muito além da lei formal, enquanto ato sufragado pelo Legislativo. O vínculo direto com as normas e princípios constitucionais, com os próprios regulamentos, com precedentes administrativos e jurisdicionais, entre outras fontes ou formas de expressão do direito administrativo aumentou o poder de controle jurisdicional da legalidade e, logo, da discricionariedade.

É esse o jogo que em boa medida o direito administrativo tem jogado na atualidade, é esse o papel cujo desempenho lhe é exigido. Afinal, a disseminação da discricionariedade estatal – por vezes da arbitrariedade estatal - gera reações da sociedade e do mercado que acabam desembocando no sistema de controle jurisdicional da Administração, conseqüentemente sobrecarregando-o.

36. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial da Administração*. In: Boletim de Direito Administrativo, v. 6, 2002, p. 471.

37. Cf. WALINE, Jean. (*Droit...*). Op. Cit., p. 275. No mesmo sentido: ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, tradução da 16ª Ed., v. 1, p. 482.

Os conflitos, assim, migram da arena legislativa para a Administração e desta para o Judiciário, que é mais e mais instado a reapreciar as decisões discricionárias das autoridades administrativas ou a omissão destas, sob o argumento de que cederam ao arbítrio ou à ilegalidade.

Acontece que os conflitos que chegam agora ao Judiciário, praticamente sem mediação legislativa anterior, deixaram há muito de se conformar única e exclusivamente como disputas entre direitos subjetivos ou individuais dos administrados e ações incidentalmente abusivas das autoridades públicas, como, por exemplo, a negativa imotivada de uma licença ou a punição disciplinar de um servidor fora das hipóteses legais. Além de todos esses problemas, que continuam a aportar no Judiciário, agora são discutidos temas relacionados aos grandes conflitos de interesse, sociais ou econômicos, como a realização de políticas públicas, eventuais omissões da Administração (cada vez mais comuns em um ambiente de crise de sobrecarga) e a atividade regulatória em geral, ações que tendem a gerar grande impacto social e econômico, seja qual for a decisão tomada pelo administrador público ou pelo juiz. É o fenômeno que CHEVALLIER denomina de “*explosão do contencioso*”:

*“Tudo se passa como no modelo americano de uma sociedade contenciosa, na qual todos os problemas – tanto os conflitos de direito ou de interesse, as divergências de interpretação, quanto o sentido a ser dado aos textos, e notadamente aos texto constitucional – se resolvem perante a justiça, tendesse a se difundir, em graus diversos, em todos os países”*³⁸.

38. Cf. CHEVALLIER, Jacques. (*L'État ...*). Op. Cit., p. 113. No mesmo sentido, SOUZA SANTOS: “*O protagonismo dos tribunais e as transformações do Estado. É neste contexto que se deve analisar o fenômeno que ficou conhecido como expansão global do poder judiciário, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito*”, Cf. SOUZA SANTOS, Boaventura. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 17.

Nota-se, portanto, que legalidade, discricionariedade e controle jurisdicional são dimensões absolutamente indissociáveis e cada vez mais complexas, de problemas nada insignificantes de funcionamento da máquina estatal.

1.2.4. *Stress* da separação de poderes e os riscos associados ao arbítrio jurisdicional

Como se isso fosse pouco, é possível deduzir, sem a necessidade de exemplificar a partir da realidade cotidianamente narrada pelos jornais, que emerge desse contexto um certo *stress* do princípio da separação de poderes, uma certa fadiga desse velho sistema, concebido originalmente como um mecanismo de racionalização do exercício do poder do Estado. Os poderes tripartidos, em tese harmônicos, passam a se digladiar na grande arena de disputa política da contemporaneidade: a mídia de massa e, mais recentemente, as redes sociais virtuais.

Em suma, há um déficit de legislação (causado, como visto, por vários fatores) que empurra a solução dos conflitos econômico-sociais para a Administração. Com o aumento do número de atribuições que lhes são delegadas e do grau de complexidade e de discricionariedade das decisões que deve tomar, recaem sobre ela controles jurisdicionais cada vez mais intensos³⁹.

O quadro enseja graves preocupações, pois apresenta um risco constante para a continuidade da democracia. A relativização da clássica separação de poderes, por inevitável que possa ser compreendida, parece retirar a rede de proteção anteriormente fixada abaixo do trapézio, ainda que muitos enxerguem essa situação como um risco inerente ao funcionamento dos atuais Estados Democráticos de Direito, como exemplifica a teoria de BARROSO, para quem inúmeros fatores:

39. Cf. AIETA, Vânia Siciliano e MIRANDA GONÇALVES, Rúben. *La Nueva División de Poderes Frente a la Judicialización de la Política en el Área de la Salud: El Control Judicial de Las Políticas Públicas de la Salud en el Universo de la Discricionariedad del Poder Ejecutivo*. In: *Los Desafíos Jurídicos a la Gobernanza Global* (Org. MIRANDA GONÇALVES, Rúben e VEIGA, Fábio). Brasília: Escola da AGU, 2017, p. 9-34.

*“(...) contribuíram para alçar a atuação de juízes e tribunais a uma posição central na vida pública contemporânea (...). Assim o Supremo Tribunal Federal ou outros órgãos judiciais têm dado a última palavra em temas envolvendo a separação de Poderes, direitos fundamentais, políticas públicas, constitucionalidade de planos econômicos, preservação ambiental (...)”*⁴⁰.

Tudo isso ainda se combina, reiterar-se, com o fato de a Constituição ser desenhada como um *sistema aberto de regras e princípios* e de conferir-se extrema importância à efetivação dos direitos fundamentais. Se, de um lado, os princípios abrem as portas da Administração à constante atualização e permitem um ambiente de diálogo e reflexividade, aproximando a sociedade, o mercado e o Estado à realização concreta dos direitos fundamentais, de outro lado, esses mesmos princípios majoram a importância do papel da jurisdição como natural desaguidouro dos conflitos econômicos e sociais, conflitos esses subjetivos ou correspondentes ao exercício de interesses coletivos ou difusos, elevando sobremaneira os perigos relacionados ao exercício arbitrário da jurisdição⁴¹.

Ora, por mais que haja certo grau de inevitabilidade no arranjo pelo qual se concebeu boa parte das constituições democráticas atualmente em vigor e certo protagonismo do Judiciário como resultado desse modelo institucional, não se deve esquecer a famosa advertência de Thomas JEFFERSON: *“(...) considerar os juízes os últimos árbitros*

40. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017, 6ª Ed., p. 522.

41. Esses mesmos perigos são constatados por PULIDO, ainda que defenda que há possibilidade de a teoria dos princípios *“colocar-se a frente de todas essas objeções e, portanto, poder ser utilizada como fundamento para a construção de uma teoria adequada dos direitos fundamentais”* – Cf. PULIDO, Carlos Bernal. *Es la Ponderación Irracional y Contraria al Principio Democrático? Una Discusión sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales como Principios en el Contexto de España*. In: *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jan-R.). Madri: Marcial Pons, 2011, p. 230-232.

de todas as questões constitucionais” é “uma doutrina muito perigosa”, pois submeteria a sociedade “ao despotismo de uma oligarquia”⁴².

Ou seja, não é porque as coisas são o que são ou estão como estão, na medida em que postas de certa forma pelo direito positivo e pelo resultado pragmático do jogo político, que os problemas de funcionamento do Estado não devam ser discutidos com o objetivo de serem superados. O fato de as Constituições hodiernas levarem o Judiciário a uma posição singular em termos de poderio histórico não significa que a sociedade e o mercado devam se curvar à plenipotência, ao arbítrio ou, no limite, à boa vontade dos juízes. O Estado Democrático de Direito repugna toda forma de arbítrio no exercício dos poderes estatais e, dessa forma, não condiz com a arbitrariedade judicial e com a insegurança jurídica dessa inevitavelmente derivada⁴³.

Ora, se a legalidade ou a conformidade com o direito são simultaneamente o meio ou o fundamento pelo qual a Administração atua e o limite de sua atuação⁴⁴, cabe ao direito administrativo responder como devem ser estabelecidos juridicamente os limites à discricionariedade administrativa e como deve, na mesma medida, ser realizado o seu controle jurisdicional.

São questões difíceis em um mundo, realmente, muito complexo, cujas respostas reclamam, como se verificará em seguida, um compromisso mais profundo com a Constituição.

42. Cf. JEFFERSON, Thomas. *The Writings of Thomas Jefferson: Correspondence, Reports and Opinions while Secretary of State*. Miami: HardPress, 2017 (Reed. do original de 1854), edição eletrônica Kindle, pos. 2921 de 10767.

43. Uma frase lapidar de FERNANDEZ merece, nesse contexto, ser lembrada: “(...) a última palavra, constitucionalmente falando (a *Letztentscheidung*, como gosta de dizer a doutrina alemã), não a tem nem a Administração nem o juiz; tem-na o Direito”. Cf. FERNANDEZ, Tomas Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administracion*. Madri: Civitas, 1997, 2ª Ed., p. 151.

44. Cf. AMARAL, Diogo Freitas de. (*Curso...*). Op. cit., vol. II, p. 59.

1.3. Um compromisso com a Constituição e com o Estado Democrático de Direito

A Constituição estabeleceu em seu art. 1º que a “*República Federativa do Brasil (...) constitui-se em Estado Democrático de Direito*”. Trata-se de um princípio fundamental que se irradia por todo o restante do texto constitucional, seja como base para a fixação de outras normas – constitucionais ou infraconstitucionais -, seja como requisito para a correta interpretação das demais normas constitucionais.

Extraí-se desse princípio, por exemplo, o fundamento jurídico para a vedação ao arbítrio, pois o Estado de Direito é um conceito jurídico contruído ao longo da história, que se identifica com a ideia de exercício do poder estatal com base e limites no direito. Trata-se do “*rule of law*” ou do “*government of law, not of men*”, para repetir na frase celebrizada por John Adams no texto da Constituição de Massachusetts de 1780, que preconizam a razão impessoal da lei como elemento essencial para o exercício do poder pelo Estado.

Mas o Estado Democrático de Direito fundamenta, ainda, a consagração de dois outros princípios constitucionais muito importantes para a discussão do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: o amplo acesso à jurisdição e a separação de poderes, ambos relacionados à contenção do abuso de poder.

Partindo de sua definição clássica, o princípio da separação deveria evitar, por meio da divisão, a concentração e o abuso, de poder. Já a ampla jurisdição, vista a partir do ângulo das relações do Estado com a sociedade e com o mercado, funcionaria como um remédio em favor do cidadão e demais interessados, para a cura – por intermédio justamente da utilização dos controles recíprocos entre os poderes tripartidos – de eventual abuso de poder.

Porém, como se verificou anteriormente, a complexidade inerente às relações contemporâneas entre o Estado, a sociedade e o mercado acirra as contradições entre esses princípios. Agrava esse quadro o fato de que essas contradições sirvam para alastrar os riscos concretos - muito perceptíveis nos dias atuais - de recrudescimento das relações democráticas entre o Estado e a sociedade.

Nesse contexto, o direito administrativo acaba por atuar em duplo nível: primeiramente, o direito administrativo regula a forma de aplicação concreta do princípio constitucional do Estado Democrático de Direito e, complementarmente, institui os mecanismos de garantia e de efetivação das garantias individuais, das liberdades públicas e, enfim, dos direitos fundamentais. Dito de outro modo, o direito administrativo deve desempenhar um papel duplo: ora na perspectiva da concretização do modo de funcionamento do Estado de Direito, por meio da instituição de uma governança voltada à superação das referidas contradições, ora na defesa das garantias e dos valores envolvidos pela democracia, pela efetivação dos direitos fundamentais e, mais uma vez, pelo princípio de vedação ao arbítrio.

No primeiro nível de atuação, o direito administrativo é eminentemente organizacional ou processual: estabelece os instrumentos de atuação, os procedimentos e os meios de interação dos diferentes órgãos estatais entre si e entre estes e a sociedade ou o mercado. No segundo nível, o direito vai pôr em execução políticas públicas e planos estratégicos ou de ação e estabelecer prerrogativas e deveres estatais e direitos substantivos dos administrados. Nos dois níveis, insista-se, o direito administrativo deve se guiar pelo princípio geral de vedação ao arbítrio⁴⁵.

No primeiro nível é que se costuma enxergar os maiores problemas, tanto teóricos como práticos, relacionados ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, uma vez que é recorrente que se perquiria em que medida o controle pode atuar sobre a discricionariedade sem que se aviltem as normas de organização para o exercício dos poderes tripartidos, os processos de interação entre eles e os espaços de atuação supostamente reservados para a ação da Administração.

A generalidade com que a Constituição trata da separação de poderes não ajuda a responder o problema colocado, pois, como já se tentou mostrar, a norma clássica de racionalização do exercício do poder estatal, vista como um princípio jurídico, já não responde

45. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. (*Curso...*). Op. Cit., v. 1, p. 485-490.

integralmente às necessidades de organização e de coordenação em um ambiente institucional fragmentado e *policêntrico*⁴⁶.

Lembre-se que o Estado Democrático de Direito exige ampla acessibilidade à jurisdição (norma estampada no art. 5º, XXXV, da Constituição), o que *a priori* autoriza a ampla judicialização das decisões administrativas em torno da defesa de direitos subjetivos e também de interesses coletivos ou difusos. Porém, transformar juízes, por mais bem preparados que sejam, em administradores públicos ou em condutores dos destinos da máquina pública chamada Administração produziria graves falhas no funcionamento da democracia. No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública, ainda que *weberianamente* formada por uma vasta e, até certo ponto, impessoal burocracia estável, também é liderada por políticos eleitos escolhidos diretamente pelo povo, a partir das normas fixadas pelo respectivo sistema político-eleitoral⁴⁷.

Voltando-se à imagem do direito administrativo funcionando em dois níveis complementares, poder-se-ia afirmar que as falhas de coordenação criadas no primeiro nível (o da organização e interação entre os poderes) afeta o devido funcionamento do segundo nível, pela carência de liderança democrática na execução das políticas e dos planos e na efetivação dos direitos dos administrados.

É nesse ponto que se recoloca o problema da arbitrariedade jurisdicional. Face ao princípio do Estado Democrático de Direito, o acesso à jurisdição é amplo e não deve ser reduzido pelo fato de os interessados questionarem decisões discricionárias da Administração. Mas é também inadmissível diante do princípio de vedação do arbítrio, fruto do Estado Democrático de Direito, que o exercício do controle jurisdicional sobre a Administração simplesmente represente uma transferência de um poder arbitrário das mãos do administrador público para as mãos do magistrado.

46. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Relações...*). Op. Cit., p. 70-84.

47. Obviamente esse déficit democrático tende a se agravar em ordenamentos jurídicos como o brasileiro, no qual os juízes não são eleitos pela vontade popular, não se submetem a *recall* e não possuem responsabilidades claras quanto à prestação de contas à sociedade.

Há, portanto, princípios jurídicos ou vetores diversos, todos tirados do sistema constitucional, que deveriam ser conciliados pelo direito administrativo, ao cuidar do controle jurisdicional da discricionariedade: (1) a necessidade de controle sobre o exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas, para que a noção de discricionariedade não se transforme em arbitrariedade; (2) a ampla acessibilidade ao controle jurisdicional, de modo que a qualquer interessado se faculte o direito de buscar no Judiciário a reversão de situação ilegal ou abusiva; e (3) a preservação do sistema democrático e da separação de poderes (na perspectiva da existência de algum sistema normativo voltado à divisão de atribuições e à coordenação dos organismos estatais), os quais deveriam facultar às autoridades eleitas o comando ou a liderança democrática das atividades público-administrativas em geral.

Porém, tal conciliação é possível? Ou o Estado Democrático de Direito entrou definitivamente em um labirinto sem escape, em que a fragmentação e a incongruência das manifestações jurídicas inerentes ao exercício do poder estatal e a decorrente falta de segurança jurídica⁴⁸ nas relações entre o Estado, a sociedade e o mercado passam a ser a tônica?

Ora, o desafio de tornar racional o exercício do poder estatal presidiu a criação da teoria do Estado de Direito. Esse mesmo desafio ainda é enfrentado, dia após dia, pelo direito constitucional e pelo direito administrativo, com a desvantagem de que esses ramos do direito tentam hoje superar as imposições de uma conjuntura extremamente complexa, seja por conta das seguidas e graves crises econômicas do capitalismo contemporâneo, seja pela fragmentação dos interesses da sociedade e pelo crescimento de toda a ordem de conflitos sociais, seja como resultado da massificação de novas tecnologias de informação e comunicação, fruto, até agora, das chamadas terceira e quarta revoluções industriais.

48. Para BAUMAN, a relação em que a pós-modernidade projeta entre o Estado, a sociedade e o mercado gera uma inevitável condição *modular* na qual se identifica a presença do “tríplice veneno da insegurança, incerteza e instabilidade”. Cf. BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2012, Ed. digital Kindle, pos. 2779 de 3972

Apesar de todas essas dificuldades, constitucionalistas e administrativistas continuam teimando em prol do Estado Democrático de Direito e trabalhando com o intuito de que a teoria jurídica e o direito positivo conciliem os vetores anteriormente referidos. Dito de outro modo, a capilaridade social e econômica e a complexidade das funções atribuídas contemporaneamente à Administração ampliam a missão do controle jurisdicional, especialmente do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, cuja imprescindibilidade para a preservação da liberdade individual e coletiva torna-se cada vez mais patente.

É pressuposto deste trabalho, portanto, que há uma conciliação possível entre os princípios constitucionais da vedação do arbítrio, do amplo acesso à jurisdição e da separação de poderes. Mas restam as questões: como empreender essa conciliação? Qual é o papel que o direito administrativo desempenha nesse sentido?

Decerto essa conciliação não passa pelo culto do saudosismo, isto é, pela ambição de retorno ao passado, quando, para a realização plena dos objetivos do direito administrativo, um amplo controle da discricionariedade administrativa era desnecessário. Mas essa resposta negativa não é suficiente para que sejam atingidos os objetivos do presente trabalho. É preciso ir além.

1.4. O controle jurisdicional da discricionariedade é um tema global?

Considerando-se, então, como sugeria HAURIOU⁴⁹, que recolocar o exercício do poder em seus limites, sob o prisma da autolimitação, é função essencial do direito administrativo; que a expansão da discricionariedade administrativa torna proporcionalmente crescente o controle de seu exercício; que essas constatações induzem a diferentes problemas na aplicação concreta do direito administrativo, mais particularmente no que se refere ao exercício da discricionariedade e ao dimensionamento de seu controle jurisdicional, e, afinal, que, todo esse quadro relaciona-se em vasta medida com a necessária

49. HAURIOU, Maurice. (*Précis...*). Op. Cit., p. XIV e seguintes (Prefácio da 11ª Ed.).

ponderação entre de diferentes princípios jurídicos inerentes ao Estado Democrático de Direito, a saber: vedação do arbítrio, amplo acesso à jurisdição e separação de poderes, resta perquirir: em que medida esses problemas são enfrentados pelo direito administrativo de outros países e quais as soluções eventualmente adotadas por eles para superar os desafios aqui discutidos?

Em suma, cumpre ao presente estudo responder se o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é um tema que aflixe somente os brasileiros ou se corresponde atualmente a um tema de abrangência global.

Mais do que isso, é importante que se responda se o direito de outros países encara o tema de modo semelhante, relevando os mesmos aspectos críticos e dando as mesmas respostas para as dificuldades constatadas até aqui face à necessária ampliação do papel do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no ambiente constitucional do Estado Democrático de Direito.

A resposta para a questão inicial de ser ou não o controle jurisdicional da discricionariedade um tema global é positiva: a partir de uma grande angular ou de uma visão panorâmica do direito administrativo em diferentes países, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa pode realmente ser visto como um tema de preocupação global. É um tema tratado tanto no continente europeu como nas Américas, tanto nos países da tradição jurídica romanística como nos países de *common law*.

A centralidade do tema e a intensidade com que ele é tratado pelo direito administrativo variam de país para país, bem como variam as soluções forjadas para o dilema da amplitude do controle jurisdicional. Mas é constatável, apesar da pluralidade de sistemas e *approachs* jurídicos, a existência de algumas linhas mestras, de algumas tendências globais na matéria.

Apesar dessa variação, em praticamente todos esses ordenamentos o controle da discricionariedade administrativa tem trilhado um caminho histórico em algo semelhante, partindo de um estágio em que não se admitiam controles jurisdicionais ou se admitiam controles muito frouxos, preservando-se uma maior liberdade ao administrador para

o estágio mais atual, em que o controle é feito com mais abrangência e profundidade.

Essa globalização do tema tem origem em dois fatores preponderantes: a lenta e contínua disseminação do Estado Democrático de Direito, enquanto princípio de estruturação das constituições contemporâneas a partir do final da segunda grande guerra mundial e da universalização dos ideais democráticos⁵⁰; e a intensificação da formação de uma economia de mercado global essencialmente capitalista, que impulsiona a uniformização do direito administrativo a partir da premissa de que é necessária uma eliminação paulatina das assimetrias regulatórias que prejudicam os interesses de grandes empresas das economias capitalistas mais desenvolvidas⁵¹.

Assim, até por impulso de organizações internacionais (e.g. OCDE, Parlamento Europeu, Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia, OEA, ONU, e OMC)⁵², uma uniformidade maior pode ser gradativamente identificada no trato doméstico do direito administrativo, especialmente nos pontos que direta ou indiretamente se relacionam à maior ou menor segurança jurídica para a realização de investimentos, à segurança jurídica para a manutenção de empreendimentos e à equiparação de exigências que influenciem de forma direta ou indireta na capacidade de competir, como GORDILLO bem exemplifica ter ocorrido no caso da pressão realizada pelos Estados Unidos, por meio das

50. Para VERÍSSIMO, no pós-guerra “*tem-se no mundo uma conjunção de fatores que vai, aos poucos, mudando o papel do Judiciário e que passa a obrigar o juiz a investir em temas mais carregados politicamente*”. Cf. VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial*. In: *Constituição e Política na Democracia* (Org. WANG, Daniel Wei Liang). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 63.
51. CASSESSE, Sabino. *Il Diritto Globale: Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2009, p. 32, e NIVOLA, Pietro. *Comparative Disadvantages: Social regulations and the global economy*. Washington D.C.: The Brookings Institution, 1997, p.16 – 68.
52. GONZÁLEZ, Rocío M. Navarro. *La Motivación de los Actos Administrativos*. Espanha: Editorial Aranzadi, 2017, p. 113-115; e JANSEN, Oswald. *Silence of the Administration: General Comments and Dutch Law*. In: *Droit compare de la procedure administrative. Comparative Law of Administrative Procedure* (Org. AUBY, Jeand-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 623 – 646, e GORDILLO, Agustín. *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Londres: Esperia Publications Ltd., 2003, p. 111-117.

organizações internacionais, pela adoção de leis e jurisdição internacionais anticorrupção⁵³.

1.4.1. Um panorama do tratamento do controle da discricionariedade em diferentes países

A chegada a esta parte do trabalho impõe a demonstração das premissas acima delineadas por meio da verificação do direito estrangeiro. O objetivo do presente estudo não é o de fazer uma análise detalhada dos ordenamentos jurídicos de todos os países do mundo no tocante ao tratamento do controle jurisdicional da administração. Mais modesto, o objetivo é recortar a análise em dois sentidos: em primeiro lugar, focalizar os sistemas que, mundo afora, mais influenciaram e continuam a influenciar o direito administrativo; e, em segundo lugar, deitar atenção sobre a evolução mais recente do direito administrativo na região, nos chamados países latino-americanos, devido à trajetória histórica razoavelmente parecida entre muitos destes: todos sofrem influências tanto do direito continental europeu como do direito norte-americano; são considerados países de economia *em desenvolvimento*; e, nos últimos cinquenta anos passaram por ditaduras militares e se redemocratizaram a partir dos últimos vinte ou trinta anos, ou seja, inseriram-se na estrutura de um Estado Democrático de Direito, passando, mais recentemente, a conviver com suas estruturas institucionais.

Dessa análise exclui-se o Brasil, cujo trajeto nesse tema será abordado no capítulo seguinte.

1.4.2. *Desvio de poder, princípios gerais do direito administrativo, erro manifesto e bilan no direito administrativo francês*

A contribuição mais antiga no tema do controle jurisdicional da discricionariedade, e talvez a mais valiosa não só por razões históricas,

53. GORDILLO, Agustín. (*The Future ...*). Op. Cit., p. 111-117.

mas pela repercussão e influência em outros países, é a do direito francês. Observe-se que datam de 1840 as primeiras discussões jurisprudenciais sobre a figura do desvio de poder⁵⁴ –*détournement de pouvoir*. WALINE cita ainda um caso de 1902, decidido pelo Conselho de Estado francês, no qual se debateu que a discricionariedade não constitui absoluta liberdade do administrador e não se confunde com arbitrariedade⁵⁵. Nos anos 1920, Léon DUGUIT, em seu famoso Tratado de Direito Constitucional, pregava que também os atos chamados discricionários ou de “*pura administração*” seriam passíveis de controle jurisdicional pelo Conselho de Estado, quando se configurassem como desvio ou abuso de poder⁵⁶, e o mesmo fazia HAURIOU desde as primeiras edições de seu “*Précis de Droit Administratif*”⁵⁷.

É certo, porém, que muito se laborou no direito francês até se chegar ao atual estágio⁵⁸. Classicamente concebeu-se o controle dos atos administrativos a partir dos critérios referidos como de “*legalidade externa*” e de “*legalidade interna*”. Quanto à legalidade externa, os requisitos de validade do ato seriam a competência e a forma. Os requisitos de legalidade interna compreenderiam o fim (objetivo da atuação administrativa), o motivo (razões de fato e de direito que fundamentam a edição do ato) e a legalidade do objeto ou conformidade com o direito do conteúdo do ato⁵⁹. Todas essas constatações já

54. Cf. WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 657. CHAPUS cita o caso *Pariset et Lau-monniér-Carriol*, de 1875, como precursor da teoria do desvio de poder, Cf. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Paris: Montchrestien, 2001, t. 1, p. 1048.

55. Cf. WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 427.

56. Cf. DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C Editeurs, 1923, v. 2, p. 295-297.

57. Cf. HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif Contenait le Droit Public et le Droit Administratif*. Edição fac-similar: Library of the University of Michigan, 1893, p. 193.

58. Como sempre ocorre, essa evolução histórica não foi linear. Autores como BONNARD, no final da década de 1930, provavelmente influenciados pelas ideias autoritárias da época, ainda defendiam a discricionariedade como uma liberdade plena que não admitiria controle (Cf. BONNARD, Roger. (*Controle...*). Op. Cit., p. 56-59).

59. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 538-556; WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 657; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 2011, p. 261 e LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles e SIRINELLI, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2013, p. 495-498.

se encontram na jurisprudência e nos doutrinadores franceses de toda a primeira metade do século XX, atravessam os tempos até os dias atuais e vão influenciar o direito de muitos outros países⁶⁰.

Entre a segunda metade da década de 1940 e 1970 ocorreu a incorporação dos chamados *princípios gerais do direito administrativo* como critério para a aferição legalidade dos atos, outra contribuição importante do Conselho de Estado Francês, a qual aumentou tremendamente o alcance do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários⁶¹.

Nos anos 1960, o controle jurisdicional sobre as matérias de fundo (os motivos e o poder de escolha da Administração) também se aprofunda, de modo a deslocar-se o eixo jurisdicional para um maior controle de oportunidade em face de um controle estrito de legalidade até então realizado⁶². Esse fato, de certo modo, constrói os alicerces para as evoluções mais recentes, extremamente importantes e iniciadas basicamente a partir dos anos 1970, quando se passa a valorizar o processo de formação do ato administrativo como um requisito de validade e, mais ainda, de transparência e de proteção do administrado. A observância das regras procedimentais que compõem o processo de formação do ato incorpora-se aos requisitos de forma para determinar a validade ou invalidade dos atos.

A partir desse movimento, torna-se mais frequente a abordagem do vício de procedimento⁶³, não só como uma modalidade de vício formal, relativo ao modo de exteriorização das decisões administrativas, mas também como um tema de destaque, autônomo den-

60. De certo modo, toda essa reflexão e sistematização do tema do controle jurisdicional dos atos administrativos existe desde o final do século XIX, como comprovam os escritos de HAURIOU (Cf. HAURIOU, Maurice. *(Précis...)*. Op. Cit., p. 200-220), para quem os vícios dos atos administrativos poderiam ser resumidos como: a usurpação ou o excesso de poder, o vício de forma, o desvio de poder e a violação da lei e dos direitos adquiridos.

61. Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *(Droit ...)*. Op. Cit., p. 254.

62. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *(Droit ...)*. Op. Cit., p. 538.

63. Cf. WALINE, Jean. *(Droit ...)*. Op. Cit., p. 428; FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *(Droit ...)*. Op. Cit., p. 540-542; CHAPUS, René. *(Droit ...)*. Op. Cit., p. 1030-1032.

tre os demais vícios dos atos administrativos até então catalogados. Majora-se gradativamente a importância do processo de formação da decisão administrativa no âmbito do estudo de sua estruturação em conformidade com o direito.

Ademais, nos casos em que a decisão administrativa viesse a afetar direitos e interesses individuais e subjetivos, passa-se a dar atenção crescente ao amplo direito de defesa e ao devido processo legal e, em muitas outras hipóteses, em que a decisão administrativa viesse a afetar interesses gerais, difusos ou coletivos, o direito passa a exigir, como requisito para sua formação, ou a facultar, conforme o caso, a realização de consultas ou *enquetes*⁶⁴.

Observe-se que a atenção com relação aos vícios procedimentais relacionados à preparação da decisão administrativa ganhou tamanha importância que, tendo o objetivo de evitar a anulação em profusão de processos decisórios eivados de vícios formais, passou-se a entender que somente os vícios substanciais de procedimento levariam à anulação das decisões administrativas e que, em determinados casos, insentir-se-ia o administrador do cumprimento de formalidades procedimentais cuja observância fosse impossível de ser cumprida⁶⁵.

Forma-se gradativamente um novo ambiente jurídico, no qual a Administração toma decisões mediante a observância de direitos, obrigações e princípios essencialmente processuais, como diz FROMONT:

64. A “*enquête*”, prevista no direito francês, é próxima à *consulta pública* do direito brasileiro. Corresponde basicamente a um procedimento prévio à tomada de decisões administrativas, muito frequentemente utilizado para a deliberação de matérias urbanísticas e de meio ambiente, que consiste em “*trazer um projeto ao conhecimento público e recolher observações a seu respeito*” – Cf. VEDEL, Georges e DELVOLVÉ, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés contra l’Administration*. Paris: Sirey, 1991, p. 129-138. No mesmo sentido: WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 431. Para LOMBARD, DUMONT e SIRINELLI, esses procedimentos podem ser divididos em duas espécies: os consultivos e os contraditórios. Cf. LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles e SIRINELLI, Jean. (*Droit...*). Op. Cit., p. 239-244.

65. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 541-542 e CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1032-1036.

“Os princípios essenciais trazem principalmente obrigações da Administração de ser imparcial, de se informar, de informar, de escutar e decidir e os direitos correlatos das pessoas privadas interessadas de ser informadas (acesso aos documentos, motivação e publicidade da decisão) e de fazer valer seu ponto de vista (direito de ser ouvido)”⁶⁶.

Outra clara evolução no âmbito do direito francês é encontrada na valorização do requisito do *motivo* no contexto da determinação da validade ou invalidade dos atos, especialmente quando se trata de atuação administrativa discricionária. Nesse ponto, passou-se a considerar não somente a existência de motivos de fato e de direito, mas também a qualificação jurídica dos motivos de fato alegados, a coerência dos motivos para com o objeto do ato praticado (o conteúdo do ato), a lógica e a propriedade da argumentação constante da motivação, entre outros requisitos⁶⁷.

O controle mais amplo sobre os motivos do ato permite a revisão jurisdicional tanto de erros de fato como de erros de direito⁶⁸. De modo ainda mais profundo, a sindicabilidade dos motivos recai não somente sobre a existência concreta dos fatos enunciados como fundamento da decisão administrativa, mas também sobre a qualificação jurídica dos fatos⁶⁹, ou seja, o órgão jurisdicional deve buscar saber se os motivos de fato apontados pela autoridade administrativa são, além de verdadeiros, suficientes para acionar a hipótese normativa e, assim, dar suporte à aplicação da lei no caso concreto. Parece uma atitude simples ou óbvia, mas, quando se antevê, com base nesse método, a possibilidade de haver questionamento jurisdicional sobre as razões de

66. Cf. FROMONT, Michel. *Introdução ao livro: Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 13.

67. Cf. WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 661.

68. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1039.

69. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 547; Cf. WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 435-436 e 666; LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles e SIRINELLI, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 498; CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1043-1046.

fato que levam à escolha de uma dada região do país para instalação de uma usina de energia térmica ou nuclear, por exemplo, percebe-se o quão profunda e significativa é essa evolução no tratamento jurídico dispensado ao motivo e à motivação no âmbito do controle jurisdicional dos atos administrativos.

Como se isso não bastasse, a valorização jurídica dos motivos e a exigência de qualificação jurídica dos fatos reforça a necessidade de obediência aos requisitos clássicos de validade da atuação administrativa, em especial da atuação discricionária. Ora, como salientam FRIER e PETIT, só a discricionariedade que respeite integralmente os requisitos de legalidade interna e externa atenderá o requisito relacionado à qualificação jurídica dos fatos⁷⁰.

É justamente a partir desse contexto que o direito francês chega à formação da teoria do *erro manifesto*⁷¹, mais uma chave para destravar e ampliar o controle jurisdicional da atividade discricionária da Administração. Segundo a teoria do erro manifesto, o julgador pode anular um ato da Administração sempre que verificar de maneira clara, evidente ou manifesta o absoluto equívoco, o erro grosseiro da medida objeto de questionamento. Imagine-se, a título de exemplo, que a Administração criasse uma unidade de conservação ambiental e passasse a negar autorizações para a construção nesta área, sem estudos técnicos que realmente a permitissem agir dessa forma. A falta de respaldo técnico para a decisão e a falta, até mesmo, em determinados casos, de um processo de formação do ato que possa defender a medida ordenada pela Administração são exemplos de erro manifesto.

Observe-se que não se anula, a partir dessa técnica de controle, um ato sobre o qual restem dúvidas a respeito de sua propriedade em termos de qualificação jurídica dos motivos, mas anula-se somente aquele nos quais a autoridade laborou sobre evidente erro. A técnica do erro manifesto é, no fundo, um teste mediante o qual a autoridade administrativa é desafiada em sede jurisdicional a explicar os fundamentos

70. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 547.

71. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 547; CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1062; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 264-267.

de sua decisão; se houver consistência evidente ou dúvida razoável em relação aos fundamentos (dois posicionamentos técnicos igualmente convincentes, por exemplo), não há erro manifesto. Se, por outro lado, a Administração não conseguir provar que tem fundamentos, inclusive técnicos, para a prática do ato, haverá erro manifesto⁷².

O último, mas não menos importante, traço evolutivo do controle da discricionariedade no direito francês é o aumento da importância do chamado *princípio da proporcionalidade*. O controle jurisdicional da Administração, por meio da aplicação do princípio da proporcionalidade, torna o juiz um fiscal da adequação entre o conteúdo do ato administrativo, os **motivos** indicados e a finalidade do ato⁷³. As aplicações práticas são vastas, veja-se: o custo financeiro

72. Muitas decisões do Conselho de Estado, ao longo das últimas décadas, demonstram a aplicação da teoria do *erro manifesto*. Consulte-se, entre milhares, por exemplo, o julgado CE 20.09.1993 (112635), em que o Conselho de Estado considera ter havido erro manifesto no fato da autoridade administrativa negar ao produtor de vinhos Château d’Arsac e denominação de origem – *Appelations d’Origine* – da região de Margaux, sem que conseguisse demonstrar à Corte o fundamento técnico dessa decisão. Outro caso consta do CE 24.07.1981 (25852), em que o Conselho de Estado anula o decreto de expulsão de estrangeiro, editado pelo Ministro do Interior, em função de este ter se negado, de plano, sem motivos, portanto, a apreciar razões de reconsideração (prova do bom comportamento do estrangeiro em território francês) ao decreto de expulsão anteriormente editado. O conselho entendeu como erro manifesto a negativa imotivada da apreciação das razões de reconsideração. Em outros julgados, em que a Administração consegue demonstrar o caminho racional de sua decisão, em que consegue demonstrar que sua decisão foi baseada em fundamentos consistentes, que, no caso concreto, qualificam os fatos da maneira juridicamente correta, o Conselho entende que não há erro manifesto. Consulte-se, por exemplo, o julgado CE 23.03.1979 (07654), sobre o plano de operação urbana e de criação de zona industrial na cidade de Var, em que o Conselho entendeu que os estudos de viabilidade realizados pela Administração eram consistentes e que, dessa forma, o órgão jurisdicional não poderia simplesmente substituir da autoridade administrativa para determinar a escolha da região para a realização da operação urbana. Mais recentemente, no caso proposto pela Sociedade de Proteção das Paisagens e da Estética da França e outros contra a aprovação de uma autorização para reforma e demolição de parte dos antigos prédios da loja de departamentos Samaritaine, na região central de Paris – CE 19.06.2015 (387061) –, o Conselho de Estado entendeu que os estudos técnicos e arquitetônicos comprovavam a viabilidade da reforma em respeito às rígidas regras de preservação da paisagem, da arquitetura e do patrimônio histórico de Paris e que, portanto, não havia erro manifesto.

73. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 549-552.

de determinadas desapropriações é compatível com a utilidade pública que será proporcionada? O fechamento de um estabelecimento comercial é uma decisão de polícia equilibrada para a realização das finalidades visadas no caso concreto?

A aplicação mais frequente da proporcionalidade, como crivo da validade da atuação administrativa, passa dessa forma pela realização de uma ponderação entre meios e fins, entre custos e benefícios; é preciso saber se, nos motivos que fundamentam determinada decisão, foram realizadas as ponderações e comparações devidas. É o que o direito francês vai chamar de técnica ou teoria do *bilan*⁷⁴. Como diz MORAND-DEVILLER:

“A teoria do ‘bilan’ é uma manifestação particular do controle de proporcionalidade que se inerva pelo conjunto do contencioso administrativo e significa que as intervenções realizadas pela administração sobre os direitos dos particulares devem ser proporcionais às finalidades de interesse geral perseguidas e adaptadas às diferentes situações de fato”⁷⁵.

Medir o custo-benefício de uma operação urbana ou a concreta utilidade pública de uma desapropriação em função do valor a ser pago de indenização; verificar o equilíbrio de sanções disciplinares ou de medidas de polícia administrativa em razão dos ilícitos cometidos; e conter eventual excesso ou desequilíbrio em termos de regulação de mercado de tarifas públicas são exemplos concretos de utilização da

74. A expressão francesa *bilan*, poderia ser traduzida literalmente como balanço ou equilíbrio. Mas essa tradução literal parece nos levar a perder em alguma medida o sentido completo do vocábulo francês, que é voltado, como acima se disse, a expressar o dever de ponderação ou de sopesamento entre os custos e os benefícios de uma específica decisão administrativa, no sentido, ainda, de equilíbrio entre custos e benefícios ou de proporção razoável entre custos e benefícios. Daí a opção feita por mantê-la em sua grafia original: *bilan*.

75. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 269. Na mesma linha conferir CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1074-1081.

técnica do *bilan* pelos tribunais administrativos⁷⁶. Na experiência concreta, o *bilan* levou a Administração a se preocupar mais com a justificação de estudos e projetos de maior envergadura para evitar a anulação de decisões importantes⁷⁷.

Observe-se, portanto, que, no direito francês atual, há um avanço claro dos mecanismos de controle jurisdicional da Administração a partir da combinação de quatro requisitos: (1) a observância das regras do processo de formação do ato; (2) a verificação mais profunda dos motivos de fato e de direito que presidem a formação dos atos; (3) a teoria do erro manifesto e (4) o princípio da proporcionalidade, que se mescla com a teoria do *bilan*. Associam-se especialmente motivos, finalidade e processo; e erro manifesto, proporcionalidade e qualificação jurídica dos fatos, de modo a ampliar o papel do juiz da discricionariedade, havendo inclusive casos em que se declara ter havido “*desproporção manifesta*” da ação administrativa⁷⁸.

Todo esse movimento vai inspirar uma série de leis e regulamentos, dentre os quais se destaca a Lei n° 587/1979⁷⁹, recentemente derogada pela *Ordonnance* 1341, de 23 de outubro de 2015 (Código de

76. Sobre o *bilan*, consulte-se as seguintes decisões: CE 23.02.1998 (161143) e CE 25.07.2007 (289576), sobre o excesso em sanções disciplinares; CE 17.10.2012 (356983), anulando por *bilan* negativo operação urbana e declaração de utilidade pública para desapropriações; CE 9.07.2007 (290418), anulando por *bilan* negativo autorização para a instalação de um supermercado de produtos de jardinagem e construção como medida de proteção do comércio urbano e da concorrência, e CE 27.07.2009 (324642), anulando parcialmente por *bilan* negativo regulamento tarifário baixado pela autoridade reguladora de telecomunicações.

77. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1078.

78. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1065-1066 e MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 269. Conferir, ainda, os julgados: CE 06.04.2011 (230338), declarando manifestamente desproporcional sanção disciplinar; CE 26.12.2008, anulando por desproporção manifesta regulamento para a fixação de tarifas aeroportuárias; e CE 09.05.2014 (379422) anulando medida de fechamento temporário de estabelecimento comercial.

79. Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public* que era aplicada em conjunto com a lei de simplificação administrativa - Loi 2011-525 du 17 mai 2011 -. Cf. WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 662 e LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles e SIRINELLI, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 239-244.

Relação entre o Público e a Administração). As modificações recentes não emascularam, no entanto, a grande força dada ao dever de motivação dos atos administrativos; pelo contrário, atualizaram e reforçaram vários dispositivos originais de modo a tornar mais claro e abrangente esse dever, em que pese prever algum abrandamento das exigências formais da motivação em prol do interesse dos administrados.

É importante registrar que, muito embora o direito francês há muito compreenda que os atos discricionários não se configuram como uma zona de liberdade absoluta ao administrador e que discricionariedade e arbitrariedade não se confundem, durante muito tempo a possibilidade de controle jurisdicional desses atos era vista como reduzida, a ponto de se formar a ideia – até hoje de relativamente presente – de que há um controle jurisdicional normal e um controle jurisdicional restrito ou mínimo⁸⁰ e que somente este último, de menor alcance, seria aplicável aos atos discricionários.

Nada disso elimina, entretanto, o fato de que a efetiva aplicação dos princípios gerais do direito administrativo, o devido processo, o incremento do controle da motivação mediante a exigência da qualificação jurídica dos fatos e os critérios do erro manifesto e do *bilan* majoraram progressivamente a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos discricionários, originalmente focada na figura do desvio de poder. Na linha do que anota CHAPUS, há contemporaneamente uma tendência de “*diminuição do domínio do controle restrito*”⁸¹.

80. FRIER e PETIT defendem uma classificação em três categorias de controle: mínimo, normal e máximo. Cf. FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 552. No mesmo sentido: WALINE, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 668; CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1061-1071; MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 264; LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles e SIRINELLI, Jean. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 500-501.

81. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1070. O mesmo CHAPUS dá uma ideia de movimento de avanço progressivo (p. 1071-1073), anotando que, na casuística do Conselho de Estado, ainda haveria áreas em que tradicionalmente a Corte se negaria a aplicar a teoria do erro manifesto, insistindo tratar-se de assuntos submetidos a um controle restrito, dentre as quais: a nota aplicada pela banca no julgamento de concursos universitários; a escolha sobre a delegação ou não da gestão de serviços públicos; e a realização de consulta pública, quando por lei seja facultativa.

1.4.3 O abuso de poder, a ponderação de interesses e o processo administrativo no direito administrativo italiano

Em traços gerais, o direito italiano seguiu inicialmente a matriz francesa. O tema da discricionariedade e de seu controle já vinha tratado pelos clássicos juristas liberais do direito administrativo italiano, dentre os quais não se deve deixar de referir: ORLANDO, RANELLETTI, ZANOBINI e GIANNINI⁸². Além disso, é uma criação do direito italiano a teoria do mérito administrativo, que se discutirá com maior atenção no capítulo seguinte.

O direito italiano previu inicialmente e ainda prevê, nos moldes do direito francês, o controle de legalidade (*legittimità*)⁸³ como mola mestra da jurisdição da discricionariedade administrativa. O referido controle se dá a partir dos critérios da competência, da forma, da violação legal (conteúdo do ato desconforme ao direito), e dos motivos e trabalha com a consagrada figura do excesso de poder – “*eccesso di potere*” –, que dialoga com a figura francesa do desvio de poder, em que pese abranger hipóteses um pouco mais amplas⁸⁴.

Há praticamente consenso no direito italiano atual sobre o controle jurisdicional dos atos discricionários. CORSO chega a afirmar

82. Cf. ORLANDO, Vittorio Emanuele. (*Principi...*). Op. Cit., p. 318; RANELLETTI, Oreste. *Principi di Diritto Amministrativo*. Napoli: Luigi Piero Editore, 1912, p. 360-377; ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1958, v. 1, 5ª Ed., p. 201-232 e GIANNINI, Massimo Severo. (*Il Potere...*). Op. Cit., p. 173-191.

83. É bom observar que o direito italiano difere os atos nulos dos anuláveis. Há norma legal expressa neste sentido (art. 21, incisos 7 e 8, da Lei nº 241/1990). Essa distinção, ainda que referida esparsamente pela doutrina, não tem grande importância no direito francês.

84. Cf. CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 329-338; ROSSI, Giampaolo. *Principi di Diritto Amministrativo*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 351-356; CLARICH, Marcello. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Bolonha: Il Mulino, 2013, p. 205-218; BIM, Roberto e PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015, p. 406-413 e GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2000, 11ª Ed., p. 470-476.

textualmente que as coisas hoje são diferentes, que não há que se falar em ato discricionário insindicável, pois sempre a atuação da Administração, discricionária ou não, pode afetar um direito ou um interesse legítimo e disso decorre a necessidade permanente de controle dessa atuação⁸⁵.

Destaque-se que, para o controle jurisdicional do *excesso de poder*, o direito italiano lida com um conceito denominado “*figuras sintomáticas*”, situações nas quais há um sintoma, como a própria expressão diz, de que a atuação administrativa padeça de excesso de poder. São exemplos sintomáticos: a *disparidade de tratamento* jurídico dispensado a pessoas distintas para uma mesma situação fática; a *incoerência* ou contradição da decisão administrativa com precedentes anteriores; a *manifesta falta de lógica ou de razoabilidade* ou *manifesta injustiça* (que faz recordar a teoria do erro manifesto, anteriormente analisada) e a *insuficiência de motivação*⁸⁶.

Valoriza-se também o *processo administrativo*, ou seja, há um crescente foco no controle do modo de formação das decisões administrativas, de maneira até mais intensa do que na França, uma vez que na Itália há, desde 1990, uma lei geral de processo administrativo (Lei nº 241/1990⁸⁷). Dessa forma, o direito italiano revela ter uma clara preocupação com a participação das pessoas direta ou indiretamente interessadas na decisão administrativa, fazendo referência expressa, inclusive, à participação de entidades de defesa de direitos difusos (art. 9º).

Muito embora as normas originais de participação da Lei nº 241/1990, não se aplicarem à produção de atos normativos, planos e programas (art. 13), há uma preocupação também com a produção desses atos, que, por sua natureza, têm maior repercussão econômica e social. Um exemplo disso vai ser encontrado na Lei nº 481/1995, que institui a autoridade de regulação dos serviços de utilidade pública, e

85. Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 199.

86. Cf. ROSSI, Giampaolo. (*Principi ...*). Op. Cit., p. 353-354 e CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 211-216.

87. A Lei nº 241/1990 foi repetidamente alterada por leis mais recentes, como, por exemplo, a Lei nº 80/2005. Essas alterações reforçam a linha anterior de abertura à participação dos interessados e de transparência do processo administrativo.

cujo art. 2º, inc. 23, regulamenta a forma de participação dos usuários dos serviços e de associações nas decisões da agência.

Sob um olhar mais recente, o resultado da aplicação contínua da lei italiana de processo administrativo, impulsionada pelo Conselho de Estado, conforme relata CANANEA, indica para um crescimento do poder da jurisdição administrativa⁸⁸ e sua aplicação *tout court*, tanto nos processos adjudicatórios (como desapropriações, sanções, autorizações e licenças) como nos processos normativos (aprovação de regulamentos)⁸⁹.

Ainda no plano da formação da decisão, baseado em sua larga tradição processualística, o direito italiano atual confere especial cuidado à *instrução probatória dos processos*⁹⁰. Há claro e crescente cuidado com a *transparência*⁹¹, com a *ponderação de interesses* e com a motivação como fundamento das decisões discricionárias⁹².

No plano da valorização dos motivos e da motivação enquanto elementos estruturadores dos atos e determinantes de sua validade, há ainda preocupação não só com a existência dos fatos que embasem a decisão administrativa, como também em relação à qualificação jurídica desses fatos. Pontuam-se, por exemplo, como vícios jurídicos das decisões a irrelevância dos motivos alegados ou a falta de lógica

88. Cf. CANANEA, Giacinto Della. *Droit de la Procedure Administrative: le "Modele" Italien*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, p. 99.

89. Cf. CANANEA, Giacinto Della. *Administrative Rulemaking In: Italy: Theories and Practice*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, p. 255.

90. O art. 14, da Lei nº 246/2005, que introduz na instrução de processos normativos a chamada análise de impacto regulatório, é um exemplo dessa preocupação.

91. Sobre a transparência, além das disposições da Lei 241/1990, foi editado mais recentemente o Decreto Legislativo nº 33/2013, que amplia o tratamento normativo do acesso a informações detidas pela Administração.

92. Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 227-233 e 259-263; ROSSI, Giampaolo. (*Principi ...*). Op. Cit., p. 285; CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 167-169 e 231-234; BIM, Roberto e PITRUZZELLA, Giovanni. (*Diritto ...*). Op. Cit., p. 264-268; VILLATA, Riccardo. *La Trasparenza Dell'Azione Amministrativa*. In: *Scritti di Giustizia Amministrativa*. Milão: Giuffrè, 2015, p. 1181-1215 e GIANINI, Massimo Severo. (*Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 410-413.

ou de bom senso dos mesmos⁹³. Há igualmente utilização crescente da razoabilidade e da proporcionalidade na aferição jurisdicional dos atos discricionários⁹⁴.

A legislação italiana (Lei nº 241/1990) acolhe, ademais, a teoria da *ponderação de interesses*, uma contribuição original da doutrina italiana. A *ponderação de interesses* tornou-se, no direito italiano, um elemento de legalidade processual tanto relacionado com a instrução do processo como com a motivação das decisões discricionárias. Para essa teoria, ocorre o seguinte: a condição essencial para o exercício legal da discricionariedade é a observância da finalidade da lei que a instituiu enquanto hipótese de agir, finalidade ordinariamente identificada com o *interesse público*. É um dever, portanto, das autoridades públicas a primordial observância do chamado *interesse público primário*, interesse do estado em sua essência, deduzido a partir do ordenamento jurídico por meio de sua interpretação.

Mas há muito a doutrina italiana verificou que, em muitas decisões discricionárias, há uma confluência do *interesse primário* com outros interesses, os chamados *interesses secundários*. Estes, por sua vez, podem ser interesses públicos, interesses coletivos ou interesses privados que, em tese, serão impactados pelo exercício, em um dado caso concreto, da discricionariedade administrativa. Disso decorre a necessidade de *ponderação ou comparação* do *interesse público primário* com os *interesses públicos secundários* previamente às decisões discricionárias, isto é, no curso do processo administrativo de sua formação⁹⁵.

GIANNINI, um dos maiores responsáveis pela consagração da teoria da *ponderação de interesses primários e secundários* em sua versão atual⁹⁶, explica os seus traços essenciais:

93. Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 201 e 219; ROSSI, Giampaolo. (*Principi ...*). Op. Cit., p. 309-316; CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 231-234.

94. Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 200; 202 e 247.

95. Cf. CARINGELLA, Francesco. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Roma: Dike Giuridica, 2016, p. 1.211 e CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 199-200.

96. Observe-se que o direito italiano atual não abraça a ideia, por vezes defendida no

“Em termos concretos, no entanto, o interesse público primário não se apresenta sozinho, especialmente para as atividades mais importantes; com o mesmo concorrem outros interesses públicos – interesses secundários – os quais a autoridade encarregada do poder deve levar em conta; portanto, o conteúdo da discricionariedade é uma ponderação comparativa do interesse primário com os interesses secundários. Pode acontecer, portanto, que a consistência dos interesses secundários seja tal que prevaleçam sobre o interesse primário (para o qual se teria uma decisão negativa), ou que condicione o interesse primário de modo que este diminua ou deva ser adaptado a uma decisão mais detalhada e complexa (este é o caso quantitativamente mais frequente), ou que, ao contrário, reforce o interesse primário de modo que a escolha da autoridade venha a satisfazer muitos interesses concretamente concorrentes”⁹⁷.

Observe-se, portanto, que, embora o interesse público primário atravesse e influencie todo o processo, nem sempre é este o interesse que deve prevalecer na escolha administrativa concreta. A comparação e a ponderação racional entre os interesses primários e secundários é que condicionará a decisão administrativa. Isso importa em dois deveres bastante objetivos, senão processuais, a serem observados pelas autoridades administrativas: primeiramente, o de instruir o processo, possibilitando a *participação* e a manifestação de todos os interessados⁹⁸;

Brasil, de hierarquização dos interesses públicos e, assim, de prevalência do interesse primário sobre os interesses secundários. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso ...*). Op. Cit., p. 67.

97. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. (*Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 266-267.

98. É o que menciona CORSO, para quem: “*O exame comparativo dos interesses colocados em relevo na escolha discricionária (nos casos em que a mesma é resultado de sua ponderação) é formalizado pelo instituto da conferência de serviços (...)*” – Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 199-200. No mesmo sentido CARINGELLA: “*A atividade administrativa é, portanto, uma atividade procedimentalizada por meio da qual se contemplam todos os interesses envolvidos em uma dada ação pública, dando poder participativo aos sujeitos privados interessados*” – Cf. CARINGELLA, Francesco. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 1.211.

em segundo lugar, o dever de *motivar* sua decisão a partir das conclusões tiradas da consideração e comparação dos interesses públicos primário e secundário, cuja identificação só se tornou possível a partir do exercício pelos interessados dos direitos participação e manifestação no curso da instrução do processo.

Mais uma vez a posição de GIANNINI auxilia na compreensão desse dever:

*“Como uma ponderação complexa, a discricionariedade administrativa é ao mesmo tempo um juízo de vontade e, mais exatamente, uma escolha. (...) O que é verdade é que, enquanto elemento de um poder funcional, o juízo deve ser explicitado (veja também os §§ sobre a instrução processual e sobre a motivação), de modo que sejam conhecidas as razões da escolha”*⁹⁹.

Na atualidade, as linhas mestras do direito italiano para a discussão do controle jurisdicional da discricionariedade estão, dessa forma, assentadas no tradicional exame da legalidade dos atos administrativos a partir de seus elementos de formação e na teoria do abuso de poder (fortalecida pela aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade). Mas, principalmente, estão assentadas nos elementos relacionados à processualidade na formação dos atos: na abertura do processo à participação de todos os interessados; na ponderação entre o interesse público primário e os interesses secundários; e na motivação das decisões a partir de todos esses elementos.

99. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *(Istituzione ...)*. Op. Cit., p. 267. Na mesma linha enfatiza CASETA que: *“quanto mais o ato discricionário afeta negativamente a situação dos particulares, mais a motivação deve ser mais precisa e completa”* – Cf. CASETTA, Elio. *(Manuale ...)*. Op. Cit., p. 541.

1.4.4. Procedimento administrativo, motivação e transparência no direito administrativo espanhol e português

Espanha e Portugal são países do continente europeu cujo direito administrativo tem muito influenciado o direito latino-americano e, em particular, o direito brasileiro. Ambos são países que recomeçaram mais tardiamente sua caminhada em busca da democracia. Enquanto a maior parte dos países europeus (ao menos no que se refere à Europa ocidental), começou a reconstruir suas democracias logo após a rendição alemã, em 1945, Portugal e Espanha só o fizeram a partir dos anos 1970 e 1980, pois ficaram até então mergulhados nas respectivas ditaduras salazarista (até 1974) e franquista (até 1975)¹⁰⁰.

Os dois países sofreram grande influência do direito francês na sistematização básica do direito administrativo, mas também do direito italiano, do direito alemão e, mais recentemente, como ocorre com praticamente todos os países do bloco europeu, do direito comunitário.

A Espanha pode ser tida como a pátria criadora do procedimento administrativo. A primeira lei conhecida de procedimento administrativo é espanhola e data de 1889 (Lei Azcárate), sucedida pela Lei de Procedimento Administrativo de 1958 e pela Nova Lei de Procedimento Administrativo (Lei nº 30/1992, já editada sob o pálio da redemocratização pós-franquista), que foi ao longo dos anos modificada até a edição bem mais recente da Lei de Procedimento Administrativo Comum (Lei nº 39/2015)¹⁰¹. Apesar desse longo histórico de convívio com o procedimento

100. O movimento contínuo da história torna difícil a marcação dessas datas. Na Espanha, Franco morre em novembro de 1975, quando já havia se afastado da presidência, desde um ano antes. Começa então um longo período de transição até a aprovação, em referendo, da Constituição de 1978. Em Portugal, muito embora Salazar tivesse se afastado do governo em 1968, a ditadura se estende, sob o comando de Marcelo Caetano (um jurista, constitucionalista e administrativista que se exilaria posteriormente no Brasil) até 1974, quando em abril irrompe a chamada Revolução dos Cravos. Começa aí um processo de transição democrática que culmina com a aprovação da Constituição de 1976.

101. Cf. GUICHOT, Emilio. *Caractères Essentiels du Droit Espagnol de la Procédure Administrative*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 37 e seguintes e LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Prólogo*. In: *La Nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común*

administrativo, esse instituto que hoje talvez seja a principal arma do arsenal do direito administrativo contra o arbítrio das autoridades administrativas, a doutrina espanhola não deixa de lamentar o atraso do direito local em comparação a outros países europeus (seguramente fruto do longo período ditatorial franquista). Como dizem ENTERRÍA E FERNÁNDEZ:

*“O cerco à imunidade judicial da discricionariade resume um dos capítulos mais importantes da evolução do Direito Administrativo (...). Na Espanha este processo foi muito menos aberto (...). Nesta situação advém a LJ de 1956. O grave atraso do nosso Direito Administrativo fica patente com a mera lembrança desta data (...) os atos discricionários são excluídos de fiscalização contencioso-administrativa”*¹⁰².

De qualquer sorte, a evolução posterior do direito administrativo espanhol caminhou tanto no sentido do amplo controle jurisdicional da discricionariade administrativa por meio da consagração das teorias do desvio de poder, dos motivos determinantes e dos princípios gerais do direito administrativo, dentre eles o importante princípio constitucional de vedação à arbitrariedade dos poderes públicos (art. 9.3 da Constituição de 1978) e o princípio da legalidade, visto sob a angular mais ampla da conformidade com o direito¹⁰³.

A sistematização do controle jurisdicional da discricionariade no direito administrativo espanhol segue hoje, em linhas gerais,

(Org. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto). Madri: Wolters Kluwer, 2016, p. 7-11.

102. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 472-474.

103. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. *(Curso...)*. Op. Cit., v. 1, p. 475-485. Anote-se, ainda, os escritos pioneiros e corajosos de MOREÑO, FALLA e PARADA sobre o controle da discricionariade administrativa: Cf. MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. Madri: Editorial Civitas, 1976; FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madri: Editorial Tecnos, 1989, 11ª Ed., p.421 e seguintes e PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I - Parte General*. Madri: Marcial Pons, 2010, 18ª Ed., v. II, p. 105 e seguintes.

a ideia de realização de um controle amplo de conformidade com o direito, com pequenas diferenças em relação ao direito francês e italiano anteriormente analisados.

No direito espanhol, há uma tradicional divisão dos elementos estruturadores da decisão administrativa entre os elementos subjetivos, objetivos e formais, havendo, como não poderia deixar de ser, expressa referência ao procedimento legal como um dos requisitos essenciais para a validade das decisões discricionárias ou não¹⁰⁴.

Sob a ótica específica do controle da discricionariedade administrativa, o direito espanhol parece não ter dúvida quanto à importância dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da transparência e da participação (os dois últimos enquanto manifestação da formação procedimental das decisões administrativas)¹⁰⁵.

Na mesma linha, manifesta-se como um dever procedimental a motivação fática e jurídica das decisões, inclusive dos atos normativos e dos planos editados¹⁰⁶.

Como salienta NAVARRO GONZÁLEZ, o art. 35 da nova lei de procedimento administrativo (Lei nº 39/2015) enumerou de forma clara e abrangente os casos em que a Administração deve motivar as

104. Cf. ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Thomás-Ramón. (*Curso...*). Op. Cit., v. 1, p. 554; PARADA, Ramón. (*Derecho...*). Op. Cit., p. 121; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madri: Iustel, 2016, 4ª Ed., p. 144-161; FARRERES, Germán Fernández. *Sistema de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2016, 3ª Ed., p. 725-731.
105. Cf. FARRERES, Germán Fernández. (*Sistema de Derecho Administrativo I*). Op. Cit., p. 296-304; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilha: Global Law Press, 2015, p. 145; SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Madri: Iustel, 2016, 4ª Ed., p. 87-95.
106. Cf. PARADA, Ramón. (*Derecho ...*). Op. Cit., p. 131-132; FALLA, Fernando Garrido. (*Tratado...*). Op. Cit., p. 449; MORA RUIZ, Manuela. *Iniciativa Legislativa y Postestad Reglamentaria. Disposición Derogatória*. In: *La Nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (Org. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto). Madri: Wolters Kluwer, 2016, p. 522-534 e VELASCO RICO, Clara. *La Participation à l'Élaboration des Règlements Administratifs: Le Cas Espagnol*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 289 e seguintes.

decisões administrativas, eliminando brechas ou dúvidas anteriormente deixadas pela mera vigência do princípio da motivação¹⁰⁷. Segundo a autora, em que pese referida lei fazer referência a uma motivação sucinta, do sistema jurídico espanhol (notadamente do trabalho realizado pela jurisprudência) emerge o dever de motivar-se as decisões de modo *suficiente e congruente*¹⁰⁸.

Por fim, outro fator importante para a conformação jurídica do controle jurisdicional da discricionariedade refere-se a quem é legitimado a acioná-lo e, nesse caso, o direito espanhol se filiou às tendências globais mais atuais, reconhecendo que, tanto em relação à participação no procedimento de formação da decisão administrativa quanto para a caracterização da legitimidade de parte no processo administrativo contencioso (referente à jurisdição administrativa), são legitimados todos os que desfrutam de um interesse legítimo, direto ou indireto, coletivo ou difuso¹⁰⁹.

Por seu turno, o direito administrativo português não foge demasiadamente dessas linhas. Como dizem OLIVEIRA e DIAS: “não há dúvida de que, ao contrário do que defendem algumas teorias, o exercício dos poderes discricionários é suscetível de fiscalização pelo juiz”¹¹⁰.

107. Cf. NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. *La Motivación de los Actos Administrativos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017, p. 96.

108. Mas a autora não deixa de anotar que, especialmente no caso dos atos discricionários: “*A jurisprudência bandeia, por um lado, impondo a motivação como uma justificação básica e essencial da decisão e, por outro, exigindo um grau de detalhe verdadeiramente notável*”, revelando certa hesitação no tratamento do dever de motivar, o que parece retratar o estágio de desenvolvimento em que se encontra o direito administrativo espanhol nesse tema. Cf. NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío (*La Motivación...*). Op. Cit., p. 215.

109. Cf. FARRERES, Germán Fernández. *Sistema de Derecho Administrativo II*. Madrid: Civitas, 2016, 3ª Ed., p. 575.

110. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2015, 4ª Ed., p. 140. No mesmo sentido: ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2015, 3ª Ed., p. 124 e AMARAL, Diogo Freitas do. (*Curso...*). Op. Cit., v. II, p. 98, muito embora este autor atenuie em ligeira medida os meios de controle da discricionariedade ao considerá-los: “*não tão intensos (...) mas ainda assim suficientemente intensos para poder falar num controlo jurisdicional consistente do exercício do poder discricionário*”. Leia-se, ainda, PEREIRA DA SILVA, Vasco

Desvio de poder; motivação dos atos; violação de princípios gerais; erro manifesto de apreciação e um maior “*desenvolvimento do direito organizatório e procedimental*” são, também no direito português, as chaves mestras para o destravamento do controle jurisdicional da discricionariedade¹¹¹.

O Código de Procedimento Administrativo português, em vigor desde 1991 (Decreto-lei nº 442/1991), recentemente revisado pelo Decreto-lei nº 4/2015, representou uma contribuição importante para a fixação da ideia de controle da discricionariedade, pois estabeleceu as molduras normativas gerais da produção de atos – audiência dos interessados, consulta pública e conferência procedimental são os institutos regulados –, notadamente na edição de atos de repercussão geral como regulamentos. Atualmente, a observância desses requisitos de abertura é considerada elemento estruturante da legalidade do respectivo ato. Tendo como guia o princípio da *boa administração*¹¹².

Há também uma atenção crescente com a imparcialidade na instrução dos processos decisórios, a qual dialoga com a teoria da *ponderação de interesses* do direito administrativo italiano. Como defende, em várias passagens, DUARTE, a autoridade administrativa tem o dever de incorporar ao processo de construção dos atos discricionários: “*factos e interesses que podem apoiar a posição procedimental dos interessados*”¹¹³ os quais serão objeto de ponderação e completa:

Manuel Pascoal. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 598 e seguintes, sobre o “*alargamento do controlo jurisdicional*”.

111. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo. (*Noções ...*). Op. Cit., p. 141-142. No mesmo sentido: CANOTILHO, J.J Gomes. (*Direito ...*). Op. Cit., p. 728; DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 219 e 240; FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão. *Código do Procedimento Administrativo anotado e com jurisprudência do STA desde o ano 2000*. Lisboa: Livraria Petrony, 2011, p. 265-266; AMARAL, Diogo Freitas do. (*Curso...*). Op. Cit., p. 115.
112. Cf. ALMEIDA, Mário Aroso de. (*Teoria ...*). Op. Cit., p. 55, 92, 164.
113. Cf. DUARTE, David. (*Procedimentalização...*). Op. Cit., p. 405.

*“a participação procedimental realiza no procedimento administrativo grande parte da optimização do princípio da imparcialidade, na vertente que devem ser considerados todos os interesses relevantes (...) que ocorre com a correcta seleção dos interesses a ponderar”*¹¹⁴.

O controle da discricionariedade, por fim, é sistematizado a partir da noção dos elementos estruturantes da legalidade e da validade dos atos administrativos de matriz francesa, com tratamento doutrinário ligeiramente diferente, a depender do autor. Para OLIVEIRA e DIAS, por exemplo, os requisitos são os seguintes: sujeito, objeto, fim, conteúdo (no qual se incluiriam os motivos), procedimento e forma¹¹⁵. Já para FREITAS DO AMARAL os requisitos seriam: sujeito, forma e formalidades (em que se incluiriam tanto os requisitos procedimentais quanto o dever de fundamentação do ato), conteúdo, objeto e fim¹¹⁶.

De modo geral, pode-se concluir que o direito administrativo de Portugal e Espanha encontram-se mais ou menos no mesmo estágio de evolução no que se refere ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Os dois países saíram tardiamente de períodos autoritários de sua história, em que esse controle não era cogitado senão como um recurso meramente retórico, e passaram a edificar um sistema que, em linhas gerais: (1) admite o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa; (2) centra-se na figura da legalidade ou legitimidade da decisão; (3) possui instrumentos amiúde utilizados no direito francês e italiano, tais como: (4) a figura do desvio de poder; (5) a teoria dos motivos determinantes; (6) o método da qualificação jurídica dos fatos; (7) a teoria do erro manifesto; (8) a teoria da ponderação de interesses; (9) o controle por meio dos princípios gerais de direito administrativo; e, enfim, (10) possibilita o uso de todo o arsenal de meios de controle advindos da entronização

114. Cf. DUARTE, David. (*Procedimentalização ...*). Op. Cit., p. 412.

115. Cf. OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo. (*Noções ...*). Op. Cit., p. 244-256.

116. Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. (*Curso...*). Op. Cit., v. II, p. 383 e seguintes.

do procedimento¹¹⁷ administrativo como elemento estruturante da decisão administrativa.

1.4.5. Abuso de discricionariedade, correta instrução do processo, imparcialidade e *hard look* no *common law* norte-americano e britânico

É interessante observar que, nos países que adotam o sistema jurídico da *common law*, tem-se uma percepção ainda mais central do tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Grande parte da teoria do direito administrativo norte-americano, por exemplo, gira em torno da noção e da extensão do *judicial review*, ou seja, da revisão jurisdicional do que é decidido discricionariamente pela Administração¹¹⁸.

Nesse caso, a evolução de tratamento do tema tem relação direta com a extensão da atuação social e econômica do estado por intermédio da atuação das chamadas *agências* e com o aprofundamento do sistema democrático¹¹⁹. Fato é que, no direito norte-americano, como também ocorreu em outros países analisados, partiu-se inicialmente de uma realidade em que praticamente não se admitia qualquer forma de controle da discricionariedade – chama-se *deference* a presunção de legitimidade dos atos praticados pela Administração que, em tese, impossibilitaria seu controle jurisdicional¹²⁰ – para um incremento gradativo

117. Já não era sem tempo mencionar que tanto o direito espanhol como o português utilizam a expressão *procedimento* administrativo para se referir ao mesmo fenômeno jurídico que no Brasil chamamos de *processo* administrativo. O uso da expressão, nesse caso, tem razões práticas, pois serve para diferenciar o *procedimento* não contencioso, de construção de uma decisão administrativa, do *processo* contencioso, típico dos sistemas de jurisdição dual ou da jurisdição administrativa.

118. Cf. SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Nova York: Aspen Publishers, 1991, p. 493; e CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. *Administrative Law: Cases and Materials*. Nova York: Wolters Kluwer, 2016, 7ª Ed., p. 109-110.

119. Cf. PIERCE, Richard J. Jr; SHAPIRO, Sidney A. e VERKUIL, Paul R. *Administrative Law and Process*. Nova York: Foundation Press, 1999, pp. 35-36.

120. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 624.

do papel do Judiciário na revisão judicial dos atos administrativos, e isso se deu por meio de diferentes institutos jurídicos criados a partir de precedentes judiciais e da edição de leis específicas¹²¹.

Um traço muito significativo do direito norte-americano é que o *processo de elaboração da decisão administrativa* desempenha um papel de relevo central no funcionamento do sistema norte-americano de controles da discricionariedade administrativa¹²². Os Estados Unidos podem ser vistos como a pátria mãe do moderno processo administrativo, uma vez que o APA (*Administrative Procedure Act*), de 1946, se não é a primeira legislação a vigorar nesse tema¹²³, é seguramente a que mais influenciou e ainda influencia a edição mundo afora de ordenamentos legais desse tipo. Os processos administrativos são divididos em dois tipos: o *rulemaking* e a *adjudication*.

O *rulemaking* é o processo de produção de atos normativos pelas agências, o qual é dividido basicamente em dois tipos: um de mais longa duração, chamado de processo formal – *formal rulemaking* – e regulado pelas seções 556 e 557 do APA; e outro chamado de processo informal – *informal rulemaking*, regulado pela seção 553 do APA. Os dois tipos de processo contemplam ampla publicidade e possibilidade de manifestações escritas e orais de todos os interessados. Em termos gerais, o processo se inicia com uma notícia pública que contém o detalhamento dos objetivos da Administração, inclusive, se for o caso, com o texto preliminar da norma. A agência abre, então, aos interessados a oportunidade de participar por meio de sugestões escritas, críticas e argumentos, com a realização ou não de audiências.

121. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 626; AMAN, Alfred e MAYTON, William. *Administrative law*. St. Paul: West Group, 2001, p. 445; BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass e SPITZER, Matthew. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Nova York: Aspen Publishers, 2002, p. 227.

122. Cf. PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 35-36 e 222.

123. A já citada Lei Azcárate, espanhola, de 1889, é citada geralmente como a primeira legislação sobre processo administrativo. Há também como precedentes a lei polonesa de 1928 e a lei austríaca de 1925, inspirada por Hans Kelsen – Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 216.

Após a instrução, a agência decide declarando de forma concisa os fundamentos da decisão e seus propósitos¹²⁴.

Como se disse, o APA ainda estabelece regras sobre o processo de formação de atos de efeitos concretos, denominado *adjudication*. Como salientam MASHAW, MERRIL E SHANE¹²⁵, *adjudication* é um conceito muito largo e que corresponde ao processo para a formação de uma ordem – *order* – que, por sua vez, refere-se a qualquer decisão tomada pela Administração que não seja a edição de uma norma. É, enfim, o processo para a formação de um ato administrativo não normativo de efeitos jurídicos específicos, como, por exemplo, a aplicação de uma sanção, o deferimento ou indeferimento de uma autorização ou o licenciamento ambiental de uma atividade. Importante é saber que, previamente à edição desses atos, a Administração também tem a obrigação de facultar ao interessado sua manifestação em um ambiente processual regido pelo princípio do devido processo legal.

Aliás, toda essa preocupação com o devido processo legal administrativo, tanto na produção de normas quanto na *adjudication*, tem o intuito de produzir decisões que não se configurem como *desvio de poder* – *ultra vires* –; que obedeçam ao *princípio da razoabilidade*; que estejam baseadas em análises de *custo-benefício*¹²⁶; que sejam devidamente discutidas em audiências públicas e, quando for o caso, por comitês consultivos; e que, enfim, sejam proferidas por *autoridades*

124. A ideia aqui não é fazer uma exposição exaustiva dos processos decisórios no direito norte-americano, mas simplesmente transmitir uma visão geral, de paisagem, ainda que imprecisa, do tema. Vale, porém, observar que o APA não regula todas as formas de processo normativo atualmente, pois há processos específicos em certas agências (Cf. MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. *Administrative Law The American Public Law System*. St. Paul: West Publishing, 1992, p. 431), além de existir leis mais recentes regulamentando processos normativos tais como o RFA – *Regulatory Flexibility Act* – de 1980 (5USC §§601 e seguintes); o NRA – *Negotiated Rulemaking Act* – de 1996 (5USC §§ 561 e seguintes) e várias outras normas tais como ordens executivas - *Executive Orders* - e memorandos - *Memorandum* - endereçados diretamente pelo Presidente dos Estados Unidos às agências.

125. Cf. MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 267.

126. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 171-173 e 177-180, e CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 626.

imparciais. O processo administrativo é, de certa forma, o instrumento que resume o papel do direito administrativo na missão de conter o exercício abusivo da discricionariedade administrativa¹²⁷.

Mas, apesar de todo o cuidado com a produção da atividade discricionária da Administração ou, melhor dizendo, com o controle prévio da produção dos atos administrativos, o controle jurisdicional existe e, como já se disse, tem ao longo do tempo ganhado novos instrumentos e maior importância.

O controle básico realizado pelo Judiciário é o do *abuso de discricionariedade: unlawful and arbitrary, capricious an abuse of discretion*, figura que recebe uma forte influência do *détournement de pouvoir* francês¹²⁸. Configuram-se como abuso de discricionariedade o ato praticado com finalidade imprópria; o erro ou a incoerência da motivação jurídica; o erro de direito ou de fato; a não consideração de aspectos relevantes; a omissão ou o atraso; e a incoerência com precedentes ou com práticas comuns – *inconsistency*¹²⁹.

Deve ser destacada, mais uma vez, a importância do processo administrativo, mesmo em termos de controle judicial, pois é para tal processo que se voltarão principalmente os olhos da jurisdição. Será a instrução do processo administrativo o ponto nodal do acionamento do controle jurisdicional que centrará sua atenção em questões como: houve cumprimento do APA ou, enfim, das normas processuais? Houve uma correta instrução do processo, isto é, uma

127. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 189-191; PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 39; MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 267-268.

128. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 652-653; AMAN, Alfred e MAYTON, William. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 448; MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 457-458; e DUDLEY, Susan; BRITO, Jerry. *Regulation: A Primer*. Arlington: Mercatus Center, 2012, 2ª Ed., Edição digital, Kindle, p. 49 de 115.

129. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 656; AMAN, Alfred e MAYTON, William. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 447; PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 123-124; BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass e SPITZER, Matthew. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 435-437 e 489.

instrução com a amplitude necessária, para fundamentar a decisão tomada? A decisão, em termos de cabimento jurídico, possui coerência com os fatos apurados no curso da instrução processual?¹³⁰

Daí a relevância, no contexto do controle, do chamado *fact finding*, ou seja, do efetivo empenho das autoridades administrativas em instruir o processo com as evidências necessárias à preparação de sua decisão. Nesse sentido, as autoridades devem buscar instruir o processo com provas ou evidências substanciais que poderão ser examinadas pelo Judiciário¹³¹.

A qualificação jurídica dessas provas também merece especial atenção do controle jurisdicional, que realiza sobre elas os testes de equidade – *fairness* –, razoabilidade e lógica. Esses testes tendem a verificar se as evidências foram amplamente buscadas, se todos os interesses foram levados em conta ou se houve certa parcialidade na captura dos fatos; se foram razoáveis as conclusões sobre as evidências ou se estas levariam a outras conclusões; se há lógica, enfim, nas conclusões da autoridade administrativa acerca das evidências reunidas nos autos. Quando esses requisitos não se encontram presentes na decisão, o controle jurisdicional pode se dar com fundamento em erro claro – *clearly erroneous* – da decisão administrativa¹³².

Como se isso tudo não bastasse, com fundamento na chamada *hard look doctrine*, as autoridades administrativas devem ser capazes de fornecer ao Judiciário considerações adequadas e explicações sustentáveis para o exercício da discricionariedade. Devem demonstrar à

130. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 627-632; AMAN, Alfred e MAYTON, William. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 450, e DUDLEY, Susan; BRITO, Jerry. (*Regulation...*). Op. Cit., p. 49-115, e CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 210-225.

131. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 634-637; AMAN, Alfred e MAYTON, William. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 451-471; Cf. PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 359-365; MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 740-742; BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass e SPITZER, Matthew. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 250-259.

132. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 640-645; Cf. PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 365-369.

jurisdição que consideraram as alternativas existentes no caso concreto, que possuem resposta a contra-argumentos; que ouviram os interessados afetados, que consideraram seus argumentos e que, mesmo assim, conseguem explicar detalhadamente os motivos de suas decisões¹³³.

Com relação ao direito administrativo britânico, observa-se que, muito embora as Cortes ainda tendam aparentemente a não se imiscuir em matérias mais claramente relacionadas às opções políticas de governo ou a fazê-lo somente em situações realmente extremas, a revisão jurisdicional da atividade discricionária da Administração é um tema jurídico relevante que passa a ser tratado basicamente em função de precedentes judiciais os quais são, atualmente, descritos e analisados pela doutrina. Seguindo-se a sistematização proposta por RYAN¹³⁴, existiriam três fundamentos básicos para o questionamento de atos discricionários na Grã-Bretanha: a ilegalidade, a irracionalidade, a irrazoabilidade ou desproporcionalidade e, enfim, as impropriedades procedimentais.

Observe-se, portanto, que o direito britânico parece caminhar firmemente na estrada aberta pelo direito norte-americano, mas também se utiliza de fórmulas e soluções forjadas pelo direito francês, como o *détournement de pouvoir*. A ilegalidade, enquanto gênero, abrigaria as seguintes espécies de vicissitudes, todas com relativa influência na ativação da revisão judicial: (1) o vício de competência, seja quando o ato (1.1) excede ou está além dos poderes legais da autoridade que o

133. Cf. BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass e SPITZER, Matthew. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 415-416. O precedente mais referido da doutrina *hard look* é o caso SEC v. Chenery Corp, 318 U.S. 80 (1943), e DUDLEY, Susan; BRITO, Jerry. (*Regulation ...*). Op. Cit., p. 50 de 115; e CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 126-129.

134. Cf. RYAN, Mark. *Unlocking Constitutional & Administrative Law*. Londres: Hodder Arnold, 2007, p. 579-618. No mesmo sentido, com algumas nuances, conferir: CARROLL, Alex. *Constitutional and Administrative Law*. Londres: Person Longman, 2007, p. 314-356; ALDER, John. *Constitutional and Administrative Law*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2007, p. 375-419; BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative*. Abingdon: Routledge Cavendish, 2007, p. 749-795; WADE, William; FORSYTH, Christopher. *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004, partes V e VI; ALLEN, Michael e THOMPSON, Brian. *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 558-635; BAILEY, S. H.. (*Cases ...*). Op. Cit., p. 240-903.

praticou – *ultra vires* –, seja quando (1.2) a autoridade que praticou o ato tenha recebido uma delegação indevida de poder – *wrongful delegation of power*; (2) o vício de finalidade – *improper purpose* –, quando a decisão administrativa visa a propósitos distintos da lei; (3) o abuso de discricionariedade, que se configuraria basicamente por meio de três comportamentos: (3.1) a omissão em relação ao dever de agir, mesmo que no exercício da discricionariedade; (3.2) a não consideração de fatores relevantes na tomada de decisão; e (3.3) a consideração de fatores irrelevantes na tomada de decisão; (4) o excesso de jurisdição – *excess of jurisdiction* –, correspondente a casos em que se constata ter havido erro de fato ou erro de direito cometido pela autoridade administrativa e se remete à sua correção ao Judiciário; e (5) a violação da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Por outro lado, racionalidade, razoabilidade e proporcionalidade são princípios gerais aplicados pelas Cortes na contensão da discricionariedade administrativa. A irrazoabilidade – *unreasonableness* – e a irracionalidade – *irrationality* – são vistas como expressões sinônimas para revelar um *erro grosseiro* cometido pela autoridade administrativa, erro que nenhuma outra autoridade cometeria, tamanha a falta de lastro racional ou de razoabilidade para que tenha sido cometido.

Já o princípio da proporcionalidade – *proportionality* –, segundo o qual as ações discricionárias da Administração não devem ir além do que for necessário, no caso concreto, para o atingimento do resultado visado¹³⁵, vem se associar a esses dois paradigmas mais tradicionais do direito britânico (razoabilidade e racionalidade) por força de precedentes próprios e da influência do direito comunitário europeu, especialmente da citada Convenção Europeia de Direitos Humanos.

Outro critério ao alcance das Cortes na Grã-Bretanha, que releva outra importante face do controle dos atos discricionários, é a obediência às regras processuais. Dito de outro modo, o foco das Cortes, nesse caso, será a observância pela autoridade ou pelo órgão

135. É com uma frase claramente irônica que geralmente se explica o alcance desse princípio no direito local: *you should not use a sledgehammer to crack a nut*, ou seja, você não deve usar uma marreta para quebrar uma noz.

administrativo das regras processuais que deveriam, precedentemente à decisão administrativa, ser aplicadas.

Haverá situações em que a lei formal escrita exige a precedência de processo e situações em que, pela natureza dos interesses envolvidos, aplica-se a *common law*. Aplica-se, nesses casos, em suma, o princípio do *devido processo legal* que o direito britânico costuma denominar *regras da justiça natural – rules of natural justice*. Duas são as normas que sempre devem ser observadas nesse sentido: em primeiro lugar, a *imparcialidade* da autoridade administrativa, configurada pela inexistência de um interesse pessoal da autoridade na medida a ser adotada – *absense of bias*; e, em segundo lugar, o direito a uma oitiva justa – *right to fair hearing*, que se poderia traduzir livremente como *amplo direito de defesa*.

A ampla defesa, por sua vez, incorpora vários direitos que devem ser garantidos pelas autoridades administrativas, sob pena de revisão jurisdicional, tais como: (1) o conhecimento prévio do processo, da base factual sobre a qual a decisão administrativa vai repousar ou da acusação, quando for o caso; (2) o direito a uma prazo razoável para que possa apresentar defesa ou resposta; (3) a possibilidade de produzir provas e criticar provas e inclusive de arguir pessoas cujas opiniões ou testemunhos possam eventualmente influenciar a decisão final; (4) o direito de ser ouvido por escrito ou oralmente; (5) o direito de se representar por advogado; (6) e o direito de obter uma decisão motivada.

Parece, assim, ficar demonstrado que, em países que adotam a *common law*, ao menos nos casos analisados, o direito administrativo orbita em torno da noção de revisão judicial das decisões administrativas discricionárias, a qual, talvez por isso, tenha sido sistematizada de maneira bastante completa, incorporando temas e teorias tratadas originalmente no direito francês, com o acréscimo de um conjunto de princípios e uma lógica próprias e, em grande medida, processual, ou seja, em grande parte voltada à verificação do modo de formação das decisões administrativas e às garantias dos indivíduos, da sociedade e do mercado nesse processo.

1.4.6. Divisando o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em países latino-americanos

No contexto do controle jurisdicional da Administração, os países latino-americanos poderiam ser comparados a Portugal e Espanha, ou seja, a países que incorporaram mais tardiamente ao seu sistema constitucional as normas relativas do Estado Democrático de Direito. No caso dos países latino-americanos, porém, o ingresso para o espetáculo democrático foi comprado entre dez e vinte anos depois do que fizeram portugueses e espanhóis. Ou seja, tem-se na região, ainda agora e em quase todos os países nela inseridos, uma democracia deveras jovem e uma luta ainda muito intensa pela concretização de alguns direitos fundamentais que poderiam ser vistos como essenciais ou mesmo básicos para a edificação do Estado Democrático de Direito.

Antes disso, o controle jurisdicional existente, ainda que ressaltadas as distinções fruto de suas individualidades históricas, tinha a preocupação em comum com a preservação de algumas garantias individuais e com a impossibilidade de revisão dos atos discricionários ditados pela Administração¹³⁶.

No estágio atual, ao contrário, tem-se uma gradativa ampliação do controle jurisdicional sobre a discricionariedade administrativa em função da valorização de alguns aspectos teóricos que já foram descritos aqui anteriormente.

Neste caso, o foco da pesquisa realizada se ateu ao direito de alguns países latino-americanos, a saber: Argentina, Chile, México, Peru, Colômbia, Venezuela e Uruguai. Trata-se de uma amostra meramente exemplificativa, fruto principalmente das possibilidades materiais disponíveis para a realização desta sondagem, mas, ao mesmo

136. VAL, Eduardo Manuel e MOURA, Emerson. *Contributos para um Direito Administrativo Latino-Americano: O Papel de Augustín Gordillo nas Críticas das Categorias Fundamentais*. In: Revista Quaestio Iuris. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, v. 10, nº 2, p. 705-717.

tempo, suficiente para revelar uma tendência uniforme no tratamento do controle jurisdicional da discricionariedade.

Um primeiro passo, dado por praticamente todos os ordenamentos analisados, é a admissão do controle jurisdicional da discricionariedade e, ao mesmo tempo, a fixação do pensamento segundo o qual há dessemelhança entre discricionariedade e arbitrariedade¹³⁷.

Há também unânime acolhimento da teoria do *desvio de poder*, tanto sob direta inspiração francesa como por meio da ideia norte-americana de inadmissão das decisões administrativas tomadas por capricho ou arbitrariedade (*capricious and arbitrary*) das respectivas autoridades¹³⁸.

Igualmente, não há dúvida sobre a assimilação, em todos os países analisados, da teoria dos princípios gerais do direito administrativo como mecanismo de ampliação do conceito de legalidade e, logo,

137. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. Curso de Derecho Administrativo. Buenos Aires: La Ley, 2011, 10ª Ed, t. I, p.639 e seguintes; SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo y Comparado Introducción y Fuentes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 33; RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p.103; FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *La Discrecionalidad Administrativa*. Montevideo: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales, v. 26, Janeiro-Junho, 1982, p.77; BREWER-CARÍAS, Allan. *Algunos Aspectos del Control Judicial de la Discrecionalidad en Venezuela*. In: Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano. Caracas: Universidad Monteávila, 2016, v. 8, p. 107-113.

138. Cf. ALARCON JAÑA, PABLO. *Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2000, p. 27-34; SILVA CIMMA, Enrique. (*Derecho ...*). Op. Cit., p. 40; MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 141-177; MURILLO MENA, Jessica. *Las Facultades Discrecionales em El Estado Social de Derecho Colombiano: una Aproximación a la Discrecionalidad Técnica desde la Doctrina y la Jurisprudencia*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Facultad de Jurisprudencia, 2014, p.59; OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1976, 4ª Ed., p.159-160; MORÓN DOMÍNGUEZ, Benjamín Israel. *La Necesidad del Control de la Administración en el Estado de Derecho. El Sistema de Control en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, p.78; ARTECONA GULLA, Daniel. *Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a Favor de la Administración*. In: Revista de la Facultad de Derecho. Montevideo: Universidad de la República, v. 30, enero-junio, 2011, p.53;

de controle jurisdicional da discricionariedade e, nesse contexto, de uma valorização cada vez maior da razoabilidade, da proporcionalidade, da vedação ao arbítrio e da lealdade como balizadores do objeto das decisões administrativas¹³⁹.

Como salienta CASSAGNE:

*“Fora de seus contornos conceituais, a proibição de arbitrariedade da Administração constitui um princípio geral de direito administrativo que é algo assim como o ponto central que deve abordar a teoria da discricionariedade que gira ao seu redor”*¹⁴⁰.

A sistematização francesa em torno dos elementos de formação do ato administrativo (sujeito, forma, objeto, finalidade e motivo) é aceita, ainda que sem completa uniformidade, pelo direito dos países latino-americanos aqui analisados e, nesse diapasão, nota-se a crescente valorização dos chamados elementos de legalidade interna dos atos administrativos: o motivo e a finalidade¹⁴¹.

139. Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995, t. III, p. VIII-17; LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958, p. 115; DIEZ, Manuel María. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editora Plus Ultra, 1991, 6ª Ed, t. 1, p. 55; CASSAGNE, Juan Carlos. (Curso ...). Op. Cit., t. I, p. 650; SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2010, 2ª Ed., p. 366-367; REYES RIVEROS, Jorge. *Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos*. Santiago: Lexis Nexis, 2006, p. 29; MURILLO MENA, Jessica. (*Las Facultades ...*). Op. Cit., p. 45-57; MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2001, p.70; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Sobre Derecho Administrativo*. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 2007, t. II, p.149; e BREWER-CARÍAS, Allan. (*Algunos...*). Op. Cit., p. 114-151.

140. Cf. CASSAGNE, Juan Carlos. (*El Principio...*). Op. Cit., p. 292.

141. Cf. GORDILLO, Agustín. (*Tratado ...*). Op. Cit., t. III, p. 8-13; DIEZ, Manuel María. (*Manual ...*). Op. Cit., p. 57; SOTO KLOSS, Eduardo. (*Derecho ...*). Op. Cit., p. 369; SILVA CIMMA, Enrique. (*Derecho ...*). Op. Cit., p. 111-115; REYES RIVEROS, Jorge. (*Invalidación ...*). Op. Cit., p. 29; FERNANDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editorial Mcgraw Hill, 1997, p.129-133; RUBIO

Outro aspecto a se notar no direito latino-americano, acompanhando nesse ponto a tendência apontada pelo direito europeu e norte-americano, é o alçamento do processo administrativo, identificado com a formação racional da decisão administrativa, à posição de elemento estruturante ou determinante da legalidade ou da validade jurídica dos atos administrativos¹⁴². Além disso, vários países da região editaram leis próprias de processo administrativo: e.g. a Lei nº 19.880/2003, do Chile; o Texto Único de Procedimento Administrativo (TUPA), Decreto-Supremo nº 305/2012, do Peru; a Lei Orgânica de Procedimientos Administrativos, Lei nº 2.818/1981, da Venezuela; a Lei nº 19.549/1972, da Argentina; o Código de Procedimento Administrativo Colombiano; e a Lei nº 1.437/2011 e as regras de procedimento administrativo comum, Decreto nº 500/1991, do Uruguai.

Completam o quadro certa influência do direito alemão no tocante às técnicas relacionadas à aplicação da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e, mais intensamente, do direito italiano, relacionada à teoria do mérito¹⁴³ do ato administrativo e à técnica da

CORREA, Marcial. (*La Interpretación ...*). Op. Cit., p. 151-152; BREWER-CARRÍAS, Allan. (*Algunos ...*). Op. Cit., p. 130-158; SILVA CIMMA, Enrique. (*Derecho ...*). Op. Cit., p. 111-115 e e CASSAGNE, Juan Carlos. (Curso ...). Op. Cit. t. I, p. 698 e seguintes.

142. Cf. GUZMÁN NAPURI, Christian. *Procedimiento Administrativo, Procedimientos Internos, Actos Administrativos, Actos de Administración Interna*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/284172590/PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-PROCEDIMIENTOS-INTERNOS-ACTOS-ADMINISTRATIVOS-ACTOS-DE-ADMINISTRACION-INTERNA-GUZMAN-NAPURI#scribd>, consultado em 06/05/2018; MORON URBINA, Juan Carlos. (*Comentarios ...*). Op. Cit., p.70; CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. (*Garantías...*). Op. Cit., t. II, p.149 e CASSAGNE, Juan Carlos. (Curso ...). Op. Cit. t. II, p. 3 e seguintes.
143. O direito argentino, nesse ponto, faz uma discussão muito particular relacionada ao mérito das decisões administrativas discricionárias, admitindo o chamado *vicio de mérito*, o que leva alguns autores a indicar o mérito como um dos requisitos de validade do ato administrativo, separando mérito de legalidade (Cf. DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, t. I, p. 557 e DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1961, 2ª Ed., p.246), enquanto outros discordam dessa ideia (Cf. LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, p. 239 e HUTCHINSON, Tomás. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2010, t. I, p. 66).

ponderação entre os interesses públicos secundários e o interesse público primário¹⁴⁴.

Destaque-se, ainda, o valor crescente que se dá à motivação das decisões administrativas discricionárias, notadamente à ideia de que não é aceitável qualquer espécie de motivação, mas aquela que se demonstre, em função das circunstâncias do caso, razoável, justa e objetiva¹⁴⁵.

Vale lembrar, nesse sentido, as lições de SOTO KLOSS, para quem a correta motivação dos atos discricionários seria a melhor garantia do correto uso das atribuições jurídicas que a lei conferiu a uma autoridade e assegurar que tal atribuição seja utilizada “*no bem da comunidade e não para obscuros interesses ou fins inconfessáveis*”¹⁴⁶.

O breve cenário traçado anteriormente demonstra que, nos países latino-americanos, tem sido seguido o caminho da gradual ampliação do papel do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, tal como ocorre, no continente europeu, com Espanha e Portugal. Contemporaneamente, o direito administrativo dos países analisados repugna o arbítrio e, a partir desse princípio, esboça a construção de um sistema de controle da discricionariedade, em uma clara tentativa de eliminar as imunidades jurisdicionais que se cultivavam, até pouco tempo atrás, com relação às decisões administrativas. As linhas desse novo desenho do controle jurisdicional da discricionariedade na região seguem as diretrizes gerais estabelecidas há mais tempo por outros ordenamentos jurídicos, conforme se denota a partir da leitura deste capítulo.

144. Cf. CALAFELL, Jorge Enrique. *La Teoría del Acto Administrativo*. Cidade do México: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995, p. 141; RUBIO CORREA, Marcial. (*La interpretación ...*). Op. Cit., p. 114. No mesmo sentido: FIORINI, Bartolomé. (*La Discrecionalidad...*). Op. Cit., p. 163.

145. Cf. RUBIO CORREA, Marcial Antonio. (*La interpretación ...*). Op. Cit., p.103. O princípio da motivação é tratado expressamente no ordenamento jurídico de muitos países, como o Chile (Lei nº 18.575/1986 e Lei nº 19.880/2003); a Colômbia (Código Contencioso Administrativo) e México (art. 16 da Constituição Mexicana).

146. Cf. SOTO KLOSS, Eduardo. (*Derecho ...*). Op. Cit., p. 369. No mesmo sentido GORDILLO, Agustín. (*Tratado...*). Op. Cit., t. I, p. II-23; RUBIO CORREA, Marcial Antonio. (*La interpretación...*). Op. Cit., p. 103 e, ainda na década de 1960, FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editora Porrúa, 1968, 12ª Ed., p. 248.

1.5. Não há uma única resposta

Como se vê, o controle da discricionariedade administrativa é um tema que, apesar de clássico, enfrenta intensas mudanças de tratamento e grandes desafios na contemporaneidade.

As mudanças referem-se, primeiramente, à explosão da discricionariedade enquanto fenômeno normativo e, em segundo lugar, à mais do que significativa ampliação dos poderes jurisdicionais de controle da discricionariedade. Praticamente não há, ao menos nos ordenamentos analisados neste estudo, quem ignore a necessidade de controle jurisdicional da discricionariedade. Inexiste sistema, ademais, que não se utilize dos princípios gerais do direito administrativo como uma grande âncora da legalidade, com o objetivo de acurar o controle da discricionariedade administrativa.

Os desafios, por sua vez, correspondem à inevitável e difícil ponderação entre os princípios constitucionais da vedação ao arbítrio, da universalidade de acesso à jurisdição e da separação de poderes e à necessária criação de mecanismos de aferição de conduta, que, ao mesmo tempo, constituam-se como guias para a atuação das autoridades administrativas e como critério para o controle jurisdicional da discricionariedade.

Como se procurou demonstrar, a superação desses desafios tem sido buscada de diferentes modos e por distintos ordenamentos jurídicos. É possível resumir essa busca a partir de dois movimentos ainda em construção (mais avançados em alguns ordenamentos e menos avançados em outros). O primeiro é relacionado à tentativa de *melhorar a qualidade dos atos discricionários* por meio da instituição ou do aperfeiçoamento (nos casos em que ele já existe) do processo administrativo. O segundo movimento está relacionado à criação de métodos ou de técnicas para a aferição jurídica dos atos administrativos discricionários.

O primeiro movimento possui três objetivos: (1) que a Administração passe a desfrutar de maior respeito dos órgãos jurisdicionais, na medida em que edita decisões com maior qualidade ou respaldo; (2) que, uma vez precedidas de maior racionalidade, transparência

e contraditório, as decisões administrativas ensejem menor interesse em sua contestação judicial, e (3) que o Judiciário tenha, no modo de produção das decisões, um paradigma para a verificação da concreta aplicação do direito administrativo.

Nesse caso, o direito administrativo tende a buscar como maior fonte de inspiração o direito norte-americano, passando a exercer no processo administrativo e na observância dos direitos e deveres inerentes à processualidade tanto os meios para lograr de uma boa *performance* na produção de atos administrativos como o critério principal da jurisdição. Mesmo a consolidada teoria francesa dos *motivos determinantes* passa a necessitar do processo administrativo para sua aplicação hodierna, pois é a partir do processo que os fatos são apurados e que a conciliação entre as razões de decidir e a realidade concreta dos interesses enredados ao processo se defrontam. É no curso do processo que, além disso, em função do contraditório, os interesses públicos secundários – identificados pelo direito italiano – se consubstanciam, se identificam, transparecem, possibilitando a ponderação com o interesse primário.

Como dito em outra oportunidade, com a centralidade do processo administrativo, dá-se um passo “*para aumentar a importância das regras formais ou procedimentais para a edição de atos discricionários, passando-se a confiar em que o ‘devido processo legal’ administrativo faça emergir uma decisão mais aderente ao Direito, eis que resultante de um procedimento racional e fundado no contraditório*”¹⁴⁷.

O segundo movimento, não divorciado do primeiro, passa pela sistematização de novos meios para a aferição jurídica da decisão administrativa discricionária, meios que se somam às antigas e indispensáveis teorias do *desvio de poder* e dos *motivos determinantes*, fornecendo ao controle jurisdicional uma nova pauta ou, melhor dizendo, novos métodos de atuação. Ponderação de interesses, erro manifesto, qualificação jurídica dos fatos, *bilan*, análises de custo-benefício e de impacto, *hard look* e coerência decisória passam a fazer parte desse

147. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*Controle...*). Op. Cit., p. 76.

novo vocabulário do controle jurisdicional. Um vocabulário que sistematiza a atuação jurisdicional a ponto de torná-la mais intensa e extensa, mas também menos arbitrária.

O direito administrativo atual não dá, assim, uma resposta única para os desafios formulados, mas cria uma tendência clara em torno dos movimentos aqui apontados.

CAPÍTULO 2

A teoria da imunidade jurisdicional do mérito como aspecto central do controle (ou do não-controle) da discricionariedade no direito administrativo brasileiro

Sumário: 2.1. A teoria da imunidade jurisdicional do mérito e seu sucesso no Brasil; 2.2. As origens da teoria; 2.3. Uma incrível sobrevida; 2.4. Redemocratização e reação; 2.4.1. Ampliação da noção de legalidade; 2.4.2. Desvio de poder ou finalidade; 2.4.3. Dever de motivação; 2.4.4. Princípios gerais do direito administrativo; 2.4.5. Valoração do processo administrativo; 2.5. Ativismo judicial made in Brazil; 2.6. A “morte e a morte” da imunidade jurisdicional do mérito; 2.7. Basta a legalidade! Basta a legalidade?

2.1. A teoria da imunidade jurisdicional do mérito e seu sucesso no Brasil

O direito administrativo brasileiro compartilha das tendências globais exploradas no capítulo anterior? Os princípios do Estado Democrático de Direito e da ampla acessibilidade jurisdicional estruturam um sistema jurídico em que se admite um amplo controle jurisdicional da discricionariedade administrativa? A amplitude do controle jurisdicional se dá a ponto de preservar-se os princípios da democracia e da separação de poderes? Qual, enfim, e quão amplo deve ser o poder de revisão jurisdicional da atuação discricionária da Administração?

Dito de outro modo, como o direito brasileiro tem buscado resolver o dilema de conciliar ou ponderar os princípios da vedação ao arbítrio, que incorpora a necessidade de controle sobre o exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas; da ampla acessibilidade ao controle jurisdicional, de modo que a qualquer interessado

seja facultado o direito de buscar no Judiciário a reversão de situação ilegal ou abusiva; e os princípios democráticos e da separação de poderes, que facultam às autoridades eleitas democraticamente o comando da Administração?

No direito brasileiro, a teoria mais longeva que buscou realizar a conciliação desses valores e dar resposta às questões enunciadas é a da *imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*. Para essa teoria, ao atuar discricionariamente, a Administração realizaria um juízo de conveniência e oportunidade que corresponderia ao mérito da decisão administrativa, cuja revisão jurisdicional estaria vedada pelo ordenamento.

Em outras palavras, o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário repousaria preponderantemente sobre os chamados elementos externos de legalidade: a competência e a forma, deixando de lado aspectos relacionados com a ponderação dos fatos, valores ou interesses que determinariam, em cotejo com as finalidades legais, a conveniência e a oportunidade de uma determinada decisão.

Para SEABRA FAGUNDES, por exemplo, o mérito compreenderia às “*questões relativas ao acerto, à justiça, à equidade*”¹⁴⁸ de cada ato administrativo discricionário e constituiria um aspecto específico do exercício da função administrativa, relacionado às circunstâncias e apreciações perceptíveis unicamente pelo administrador público, em razão da função e das prerrogativas por ele exercidas. Ao juiz seria, por conseguinte, vedado adentrar no seu conhecimento, e, se o fizesse, exorbitaria o campo da apreciação jurídica, que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno das “*razões políticas*”, própria dos órgãos executivos¹⁴⁹.

Valores complexos, postos em causa pelas questões inaugurais desse capítulo, tais como vedação ao arbítrio, separação de poderes e inafastabilidade da jurisdição, conciliar-se-iam, desse modo, por meio da singela criação de um *universo intangível* pelo Poder Judiciário: o

148. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1951, v. 23, p 2.

149. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. (*Conceito...*). Op. Cit., p. 12.

mérito do ato discricionário. Assim, a *teoria da imunidade* tenta simplificar a resposta de problemas bastante intrincados e é, nessa intenção simplificadora que talvez resida o motivo de seu sucesso no direito brasileiro.

Os dizeres de JUSTEN FILHO comprovam que, no Brasil atual, a *teoria da imunidade do mérito* continua a influenciar, em maior ou menor grau, a doutrina e a jurisprudência:

*“Se a competência discricionária consiste na atribuição intencional por uma lei de uma margem de autonomia para a escolha do administrador, é evidente que a escolha concretamente realizada não comporta ampla revisão por outra autoridade. Se comportasse, desapareceria a discricionariedade. Portanto, a escolha realizada pelo administrador deve, como regra, ser reputada como insuscetível de revisão”*¹⁵⁰.

Há também julgados recentes que trabalham com a noção de mérito do ato discricionário e de sua insindicabilidade judicial, como exemplifica o acórdão proferido pelo STJ no MS nº 12477/DF, de relatoria do Ministro Nefi CORDEIRO:

150. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 261. Em sentido semelhante, tem-se: MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* (Atualizado por Délcio Balestero ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO). São Paulo: Malheiros, 2013, 39ª Ed., p. 165, para quem: “*Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e dos objetos, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação*”; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 993, para quem: “*Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada*”, entre muitos outros autores.

“O ato de redistribuição dos servidores, de natureza eminentemente discricionária, deverá atender o juízo de conveniência e oportunidade da administração, não sendo dado ao Judiciário imiscuir-se no mérito administrativo”¹⁵¹.

Ou, ainda, mais recentemente, pelo mesmo STJ, o Ministro Mauro Campbell MARQUES, ao decidir o AgInt no RMS nº 53406/SP, cujo acórdão traz a seguinte ementa:

“1. ‘A iniciativa para desencadear o procedimento legislativo para a concessão da revisão geral anual aos servidores públicos é ato discricionário de Chefe do Poder Executivo, não cabendo ao Judiciário suprir sua omissão’. Precedentes. 2. Agravo interno não provido.”¹⁵²

Voltada, assim, para sustentar que a Administração possui, em determinados casos, uma liberdade insindicável de agir ou decidir, uma atribuição legal exclusiva ou um poder de escolha ou juízo de valoração não suscetíveis de revisão jurisdicional, não há dúvida de que a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário* ainda é – mesmo que muito enfraquecida – correntemente sustentada e aplicada no direito brasileiro.

Compreender os motivos do apego do direito brasileiro a essa teoria, sondando suas origens e seu desenvolvimento é o objetivo perseguido a seguir.

151. Cf. MS nº 12477/DF, Rel. Min. Nefi CORDEIRO. DJe. 20/08/2015.

152. Cf. AgInt no RMS nº 53406/SP, Rel. Min. Mauro Campbell MARQUES, DJe. 12/06/2018; e AREsp nº 396.775/MS, Min. Rel. Gurgel de FÁRIA, DJe 22/08/2017. No mesmo sentido, porém do STF, o AgR no AI nº 713975/DF, Rel. Min. Ricardo LEWANDOWSKI, DJe. 25/09/2009; e ARE nº 659.670/GO, Min. Rel. Cármen Lúcia Antunes ROCHA, DJe 20/06/2014.

2.2. As origens da teoria

É absolutamente comum, entre os teorizadores brasileiros, atribuir-se a uma influência do direito administrativo italiano a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*. CAIO TÁCITO, por exemplo, em 1959, dizia que: “*O direito administrativo brasileiro filia-se, nesse particular, à doutrina francesa, temperada pela influência italiana, embora o sistema judicial de controle da administração obedeça ao modelo anglo-saxão da unidade de jurisdição. (...) Não é recente, no Brasil, a imunidade do poder discricionário à censura judicial*”¹⁵³.

Muito mais recentes, os escritos de DI PIETRO sobre o tema, na reedição de 2012 de seu “*Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*”, vão nessa mesma linha:

*“Foi no direito italiano que se desenvolveu a doutrina referente ao mérito do ato administrativo, que acabou por influenciar os juristas brasileiros. (...) Em geral, se relaciona o mérito com o poder discricionário. Por outras palavras, sempre que a Administração possa apreciar e valorar subjetivamente o interesse público, tem-se poder discricionário, incontrolável pelo Poder Judiciário, correspondendo à zona do mérito”*¹⁵⁴.

Difícil identificar quem foi o primeiro autor entre nós a defender essa ideia, tantas vezes repetida, da *influência italiana* na introdução e consagração da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário*. Mas o que importa é que a doutrina

153. Cf. TÁCITO, Caio. (*O Abuso...*). Op. Cit., p. 12 e 29.

154. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 127 e 129. Ainda, no mesmo sentido, sobre a influência italiana: CRETELLA JÚNIOR, José. *O Mérito do Ato Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965, vol. 79, p. 23-37 e, do mesmo autor, *A Tridimensão da Discricionariedade*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1975, vol.119, p. 33-39, que cita expressamente os italianos RANELLETTI; MEUCCI; VITTA; DE VALLES; FORTI; ZANOBINI; GIANNINI e MIELE.

brasileira acabou perpetuando esse pensamento a partir da mistura – impossível saber se proposital ou não – entre duas polêmicas relevantes e verdadeiramente travadas pela doutrina italiana. Duas polêmicas ligadas entre si, é bem verdade, mas absolutamente distintas: (1) de um lado, a que buscava respostas sobre a existência de maior ou menor liberdade na avaliação no juízo de conveniência e oportunidade realizado pela Administração na tomada de certas decisões (o *mérito*); e, de outro, (2) a discussão (larga, histórica e, por vezes, ácida discussão) sobre a possibilidade ou não do controle jurisdicional sobre esse juízo de conveniência e oportunidade.

É relevante, ainda, destacar que, se de um lado o direito italiano sempre admitiu a existência do chamado mérito enquanto conceito ligado ao juízo de conveniência e oportunidade realizado no exercício da discricionariedade administrativa, cujo conteúdo, independentemente da utilização ou não da expressão *mérito*, não é manejado exclusivamente pelo direito italiano, este nem sempre reconheceu que a realização desse juízo de mérito se desse em uma esfera de liberdade absoluta do administrador para decidir.

GIANNINI, por exemplo, em seus escritos de 1939, já admitia que nem a discricionariedade nem o mérito justificavam o exercício de uma liberdade absoluta das autoridades públicas: “*A discricionariedade é uma esfera de agir livre limitada positivamente (...). A oportunidade é aqui considerada, não só em seus aspectos estritamente jurídicos, na ponderação de um interesse essencial à luz de um interesse secundário (fixação do valor comparativo desses vários interesses), como em um aspecto mais amplo, estritamente social, que é resultado de toda aquela atividade dirigida à pesquisa, à seleção dos vários interesses e à preparação dos elementos para a avaliação de cada um deles*”¹⁵⁵, insistindo reiteradamente no dever das autoridades, as quais se atribuísem eventuais poderes discricionários, de ponderação – *apprezzamento* – entre os distintos interesses envolvidos em uma dada decisão.

Mesmo bem antes disso, em 1912, RANELLETTI já defendia que a:

155. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. (*Il Potere...*). Op. Cit., p. 165 e 180.

*“liberdade do juiz na averiguação dos fatos pode se relacionar e também conter a liberdade de verificação (rilevo) e avaliação das exigências de interesse coletivo, como, por exemplo, a urgência, a necessidade ou utilidade pública, a saúde pública, ordem pública, tranquilidade pública, etc., ou o juiz pode julgar o mérito (oportunidade, justiça, conveniência) e um ato da administração pública”*¹⁵⁶.

Observe-se que as ideias de GIANNINI e RANELLETTI, em que pese a importância desses autores – RANELLETTI é considerado um dos pais fundadores do direito administrativo italiano, ao lado de ORLANDO e outros, seguramente não obtinham a concordância de todos os seus contemporâneos. ZANOBINI, já no período pós-guerras, por exemplo, veiculava uma visão de certo modo distinta, defendendo que a *“invalidade por vício de mérito tem efeitos muito mais limitados do que aquela derivada de vícios de legalidade (legittimità)”*¹⁵⁷. Mas isso não elimina o fato de que não se poderia simplesmente dizer que decorria da *influência do direito italiano* a ideia da *imunidade jurisdicional do mérito*, na medida em que, no sistema italiano, muito embora se reconhecesse a figura jurídica do mérito do ato administrativo, já não se defendia majoritariamente que o juízo de conveniência e oportunidade realizado na concretização dos poderes discricionários da Administração poderia se dar com absoluta liberdade.

Mas as imprecisões quanto à origem da *teoria da imunidade jurisdicional* não param por aí. Como dito anteriormente, a antiga doutrina administrativista italiana discutia, de um lado, os limites jurídicos para que o juízo de conveniência e oportunidade não se desse de maneira arbitrária pelas autoridades públicas e, de outro, quais seriam os limites à jurisdição, propriamente dita, sobre esse juízo de conveniência ou sobre o mérito do ato administrativo discricionário. Com relação a este último ponto também não se pode dizer que o direito brasileiro

156. Cf. RANELLETTI, Oreste. *(Principi...)*. Op. Cit., p. 374.

157. Cf. ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1947, v.2., 8ª Ed., p. 234.

tenha simplesmente herdado do direito italiano a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*.

ORLANDO, na primeira edição dos *Princípios de Direito Administrativo*, datada de 1891, explica com grande detalhe toda a discussão que se deu após a edição da Lei nº 2.248/1865, em torno dos seus artigos 1, 2, 4 e 5. É que a Lei nº 2.248/1865 aboliu os tribunais especiais investidos de jurisdição administrativa e tentou unificar o sistema jurisdicional italiano, submetendo à justiça ordinária todos os conflitos (os de “*direito civil ou político*”) que tivessem como parte a Administração ou se tratassem de “*ato do poder executivo ou de autoridade administrativa*”¹⁵⁸. Disso decorreu um grande debate entre os teóricos da época, que discutiam qual a amplitude desse poder de controle jurisdicional ordinário sobre as questões público-administrativas¹⁵⁹.

Segundo ORLANDO, a linha que acabou por prevalecer nesse debate foi a de que a autoridade judiciária teria poder de revisão nos casos de “*incompetência ou de excesso de poder, mas não o teria em caso de abuso*”¹⁶⁰, uma vez que essa matéria importaria violar o poder discricionário da Administração.

Mas o próprio ORLANDO constataria que essa vedação de acesso jurisdicional e a impossibilidade de questionamento poderiam produzir o arbítrio no lugar da discricionariedade, o que acabaria por realizar uma distinção teórica entre o controle em matéria de direito (este remetido ao controle jurisdicional da justiça ordinária) e o controle em matéria de interesses (que se daria em sede administrativa)¹⁶¹. No primeiro caso, na jurisdição de direitos, não haveria possibilidade

158. Cf. ORLANDO, Vittorio Emanuele. (*Principi...*). Op. Cit., p. 318.

159. ORLANDO cita DE GIOANNIS e MALGARINI como autores que defendiam uma aplicação restrita da expressão *direito civil e político* e, portanto, que se limitasse à esfera de discussão jurisdicional dos atos administrativos - Cf. ORLANDO, Vittorio Emanuele. (*Principi...*). Op. Cit., p. 320-325.

160. Cf. ORLANDO, Vittorio Emanuele. (*Principi...*). Op. Cit., p. 327.

161. ORLANDO, na verdade, retoma a doutrina e a legislação francesa (Cf. GÉRANDE, Joseph-Marie. (*Institutes...*). Op. Cit., p. 119) consagradas na época, que diferenciavam a revisão graciosa dos atos administrativos da revisão contenciosa, também utilizada pelos primeiros administrativistas brasileiros, da época monárquica, como demonstrarei na sequência.

de questionamento, senão das matérias atreladas à *legitimidade* do ato administrativo. Já na tutela dos interesses perante a própria Administração, o particular poderia lograr o reexame do mérito do ato discricionário¹⁶². Observe-se que, de certo modo, a legislação italiana tentou resolver toda essa polêmica um pouco depois por meio da Lei nº 6.837/1890, que organizava a *giustizia amministrativa* e que, segundo o próprio ORLANDO, admitia o reexame do “*mérito intrínseco e da conveniência do ato administrativo*”¹⁶³, ainda que de modo excepcional ou subsidiário (uma vez que somente admitia a revisão em casos expressamente previstos em lei).

Toda essa narrativa fragiliza a ideia da *influência italiana* na consagração da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* no direito administrativo brasileiro. O direito italiano, a partir de meados do século XIX, discutia, é bem verdade, a imunidade, mas nunca a previu de forma clara, inequívoca e, muito menos, absoluta. O mínimo que se pode dizer sobre a tese da *influência italiana* é que seria um grande equívoco inferir que uma teoria adstrita a um momento particular da história italiana – e que, mesmo dentre os italianos naquele momento histórico não contava com unanimidade ou com uma diretriz legal clara (insista-se que a legislação italiana admitia em casos expressos a revisão jurisdicional do mérito) – tivesse influenciado de tal maneira o direito brasileiro, a ponto de ainda permanecer sustentada, por muitos, nos dias que seguem.

Atente-se para o fato de que, mesmo dentre aqueles autores italianos que perfilavam a tese de que nem todas as matérias de direito poderiam ser questionadas perante a jurisdição ordinária, havia os que admitiam um controle do mérito pela via administrativa e até mesmo os que defendiam a necessidade de aperfeiçoamento do sistema jurisdicional – como é o caso de ORLANDO –, seja para criar uma autêntica jurisdição administrativa, seja para tornar mais clara e abrangente a possibilidade de uma ampla revisão dos atos administrativos.

162. ORLANDO, Vittorio Emanuele. (*Principi...*). Op. Cit., p. 343-355.

163. ORLANDO, Vittorio Emanuele. (*Principi...*). Op. Cit., p. 355.

Ademais, seria excessivamente penoso reconhecer – caso se admitisse a tese da *influência italiana* – que o direito brasileiro, em meados do século XX – tardiamente, é bem verdade –, tenha passado a sistematizar de modo mais claro suas preocupações sobre a necessidade de se controlar jurisdicionalmente a discricionariedade administrativa e tenha ido buscar como fonte de inspiração não as vias principais do direito francês, ou mesmo italiano, do pós-guerra, ou o direito norte-americano – com o seu então novíssimo processo administrativo –, mas uma via secundária, uma teoria historicamente datada, da segunda metade do século XIX, não unânime e não decorrente de norma jurídica expressa e em boa parte já superada.

Para que se ratifique o fato de o direito brasileiro realmente não mirar, nessa época, o direito italiano, basta compulsar os estudos do argentino FIORINI, datados de 1948, para quem a discricionariedade, longe de se configurar como um juízo livre, induziria a obrigação da autoridade de fazer uma “*boa apreciação*” ou uma apreciação “*oportuna e eficaz*” dos fatos à luz do “*interesse objetivo da lei*”¹⁶⁴. Para FIORINI – ilustre professor argentino da Faculdade de Direito da Universidade Nacional de La Plata, ele, sim, realmente influenciado pela doutrina italiana de seu tempo –, a Administração “*no exercício da discricionariedade (...) terá que tomar conhecimento de todas as circunstâncias que motivam os interesses secundários (...) terá em conta os elementos que a realidade apresenta (...) não poderá excluí-los*”¹⁶⁵ para tomar decisões verdadeiramente oportunas. Verificados os limites jurídicos da ponderação discricionária, FIORINI conclui: “*O controle jurisdicional recairá sobre todos os elementos objetivos utilizados pelo administrador para editar um ato oportuno*”¹⁶⁶.

O argentino FIORINI é um contemporâneo do brasileiro SEABRA FAGUNDES. Os estudos de ambos sobre a discricionariedade administrativa são da mesma década¹⁶⁷, os dois são leitores do

164. Cf. FIORINI, Bartolomé. (*La Discrecionalidad...*). Op. Cit., p. 115-116.

165. Cf. FIORINI, Bartolomé. (*La Discrecionalidad...*). Op. Cit., p. 146-148.

166. Cf. FIORINI, Bartolomé. (*La Discrecionalidad...*). Op. Cit., p. 164.

167. A primeira edição de “O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário”, de FAGUNDES, data de 1941 (obra que teve sua quarta e última edição em 1967), enquanto os estudos de FIORINI são de 1948.

italiano RANELLETTI, dentre outros autores italianos, e fazem várias referências a ele em suas obras. Porém, enquanto FIORINI considerava o controle jurisdicional dos atos discricionários, em todos os seus elementos, um “*princípio indiscutível e definitivo*”¹⁶⁸, SEABRA FAGUNDES identificava a discricionariedade com a liberdade das autoridades para tomar decisões, dizendo textualmente que, em relação aos atos discricionários, “*não é possível cogitar de nulidade relacionada com o motivo, com o objeto ou com ambos, conforme a respeito de qualquer um desses requisitos, ou dos dois, possa deliberar livremente a Administração*”¹⁶⁹.

Mas se a *influência italiana* não é a verdadeira origem do sucesso, no Brasil, da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário*, qual seria a verdadeira fonte de inspiração dessa teoria?

Não seria excessivamente ousado dizer que a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* tem uma origem até certo ponto brasileira e que esse legado jurídico não deve, de fato, ser tributado a uma influência estrangeira específica. A *teoria da imunidade* remonta, na verdade, à Lei nº 221/1894, que reorganizou a Justiça Federal e, ao cuidar dos meios judiciais de controle das autoridades administrativas – dentre os quais a histórica *ação sumária especial*¹⁷⁰ –, dizia textualmente em seu art. 13, § 9º:

“*Art. 13. Os juizes e tribunaes federaes processarão e julgarão as causas que se fundarem na lesão de direitos individuaes por actos ou decisão das autoridades administrativas da União. (...)*”

§ 9º *Verificando a autoridade judiciaria que o acto ou resolução em questão é illegal, o annullará no todo ou em parte, para o fim de assegurar o direito do autor.*

168. Cf. FIORINI, Bartolomé. (*La Discrecionalidad...*). Op. Cit., p. 164.

169. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 83.

170. Cf. TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 106.

a) *Consideram-se ilegais os actos ou decisões administrativas em razão da não aplicação ou indevida aplicação do direito vigente. A autoridade judiciaria fundar-se-á em razões jurídicas, abstendo-se de apreciar o merecimento de actos administrativos, sob o ponto de vista de sua conveniencia ou oportunidade;*

b) *A medida administrativa tomada em virtude de uma faculdade ou poder discricionario sómente será havida por illegal em razão da incompetencia da autoridade respectiva ou do excesso de poder”.*

Aí está a ideia de *imunidade do mérito dos atos discricionários* exposta inteiramente em lei, nos primórdios do regime republicano, de modo a impedir os juízes de: “*apreciar o merecimento (...) sob o ponto de vista de sua conveniencia e oportunidade*” dos atos administrativos.

Mas qual foi a inspiração dos pais da República brasileira para a consagração legal da *imunidade do mérito*? Observe-se que, no período monárquico, o Brasil instituiu, sob inspiração dos regimes europeus, principalmente o francês, o Conselho de Estado. Nosso Conselho de Estado – instituído pela Constituição de 1824 (art. 137 e seguintes), extinto pelo Ato Adicional de outubro de 1832 e recriado pela Lei nº 234/1841 – reunia funções de direção administrativa, consultivas e, parcialmente, jurisdicionais. Em termos jurisdicionais, o Conselho de Estado brasileiro realizava a função de instância máxima do contencioso administrativo, especialmente após a edição do Decreto nº 124/1842 (Regulamento do Conselho de Estado) e do Decreto nº 2343/1859. Admitido o contencioso administrativo em muitas matérias administrativas¹⁷¹ ou relativamente a “*atos de*

171. OLIVEIRA elenca algumas matérias que acabaram por suscitar a jurisdição administrativa no curso do século XIX, a saber: “*(...) os abusos das autoridades ecclesiasticas; as questões de presas e indemnisações; a liquidação de dividas passivas militares dentro de um anno; a liquidação de contas de dividas activas da fazenda nacional; a prisão, seqüestro e multa por determinação da lei, e imposição das*

autoridade”¹⁷², cabia recurso ou pedido de anulação das decisões tomadas pelo Tribunal do Tesouro (art. 26 e seguintes do Decreto nº 2343/1859) e dos Presidentes de Província e dos Ministros de Estado (arts. 45 e 46 do Decreto nº 124/1842) ao Conselho de Estado¹⁷³.

De qualquer sorte, no período monárquico, o sistema brasileiro de jurisdição administrativa não refutava a possibilidade de revisão dos atos discricionários, pois trabalhava-se com os conceitos de *jurisdição contenciosa e graciosa*. Segundo URUGUAY, o Poder Executivo, na condição de administrador “*pratica actos administrativos, e tem jurisdição graciosa e contenciosa*”¹⁷⁴. Esses conceitos – jurisdição contenciosa e graciosa – tinham sido elaborados nos primórdios do direito administrativo francês¹⁷⁵, tanto pela legislação nascida após a revolução de 1789 quanto pela doutrina que desta se ocupava. O que se estatuiu, em suma, era que, em determinadas situações, as autoridades públicas praticavam atos ilegais que afrontavam direitos dos administrados e que, nesses casos específicos, haveria controle contencioso sobre os mesmos e obrigatória revisão ou invalidação dos atos praticados. Em outros casos,

repartições fiscais, contra empregados responsáveis por dinheiros públicos, quando não prestão contas, como lhes cumpre; as reclamações sobre o contencioso da mesma fazenda; as questões sobre fianças e contratos com ella celebrados; as decisões das thesourarias e dos chefes das repartições fiscaes; as prescripções de obrigações por dividas activas e passivas do Estado, quaesquer que sejam os respectivos títulos” – Cf. OLIVEIRA, José Rubino de. *Epitome de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884, p. 230.

172. Cf. OLIVEIRA, José Rubino de. (*Epitome...*). Op. Cit., p. 217.
173. URUGUAY identificava como juízes e tribunais do *contencioso administrativo* brasileiro as seguintes autoridades: “*Os Ministros de Estado. O Conselho de Estado. O Tesouro. Os Presidentes de Província. As Thesourarias. Os Inspectores das Allandegas. Os Administradores dos Consulados. As Recebedorias, Mesas de Rendas, e as Collectorias. O Provedor da Casa da Moeda. O Inspector Geral dos Diamantes. As Capitania de Portos. A Auditoria da Marinha. Os Administradores dos Correios*” – Cf. URUGUAY, Visconde do. (*Ensaio...*). Op. Cit., t. I, p.165-166.
174. Cf. URUGUAY, Visconde do. (*Ensaio...*). Op. Cit., t. I, p. 86.
175. Muito embora tenha vigorado na França do século XIX e feito adeptos em outros países a distinção entre a jurisdição contenciosa e graciosa é gradativamente abandonada pelo direito francês. HAURIOU ainda lhe faz referência, em termos, na primeira edição, de 1892 de seu *Précis de Droit Administratif et de Droit Public* (p. 180), mas na derradeira 12ª edição do livro, de 1933, já diz que os recursos graciosos “*perderam sua importância*”. Cf. HAURIOU, Maurice. (*Précis...*). Op. Cit., p. 82.

a Administração não confrontaria um direito do administrado, mas um mero interesse; não haveria ilegalidade, mas inconveniência ao particular interessado no ato administrativo editado. Nesses casos, o ato também poderia ser revisto (mas não obrigatoriamente) mediante novo juízo “*puramente discricionário e gracioso*”¹⁷⁶ de conveniência.

Como resumia URUGUAY:

*“Se he evidente que a administração não deve ficar pêada quando na promoção do bem público e no cumprimento dos deveres que lhe impõem as leis, encontra obstáculos nos interesses e em certos direitos dos particulares, he também evidente que esses interesses e direitos não devem ficar abandonados á mercê de mero arbitrio. Devem a organização e as leis administrativas dar-lhes garantias de audiência, de discussão, de exame, de conselho, de publicidade e de recurso, para a consideração, e reconsideração dos assumptos”*¹⁷⁷.

Os juristas da monarquia preferiam, dessa forma, a ideia de um poder discricionário sendo exercido e eventualmente corrigido por

176. Cf. GÉRANDO, Joseph-Marie. (*Institutes...*). Op. Cit., p. 119. Em sentido semelhante, vale conferir: ADOLPHE, Chaveau. *Code D’Instruction Administrative ou Lois de la Procédure Administrative*. Paris: Imprimerie e Librairie Générale de Jurisprudence, 1861, p. 113, 151 e 388, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5808750q/f6.item.r=gracieuse>; SERRIGNY, Denis. *Traité de L’Organisation de la Compétence et de la Procédure en Matière Contentieuse Administrative*. Paris: Aug. Durand, 1863, p. 418, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64788648.r>; MACAREL, Louis-Antoine. *Cours D’Administration et de Droit Administratif*. Paris: Librairie de Jurisprudence de Henri Plon, 1856, p. 422, edição digital In: <http://cujas-num.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0608080905> e LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1887, tomo 1, p. 6, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5728025j?rk=21459;2>. Todas as edições digitais aqui citadas foram consultadas em 18/07/2017.

177. Cf. URUGUAY, Visconde do. (*Ensaio...*). Op. Cit., t. I, p. 88. No mesmo sentido, OLIVEIRA, José Rubino de. (*Epitome...*). Op. Cit., p. 73, 88-90; REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*. Recife: Geraldo Henrique Mira & Co., 1860, p. 88, §114 e RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1968 – reimpressão da Edição de 1861 -, p. 97 e seguintes.

“graça” ou arbítrio dos poderes soberanos do Estado, investidos, no caso, no monarca (já, em tese, despossuído de poderes absolutos), como nos órgãos de jurisdição administrativa¹⁷⁸. Mas, mesmo assim, acabavam por reconhecer, ainda que de modo frágil¹⁷⁹, a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos discricionários.

Nossa legislação republicana, por sua vez, inspirada pelo direito norte-americano – não se esqueça de que o direito norte-americano aplicava-se subsidiariamente à *jurisprudência* e ao *processo federal* brasileiros do início da época republicana (art. 386, do Decreto nº 848/1890) –, acabou aparentemente dando um passo atrás no tema, de modo a impedir o controle jurisdicional dos atos discricionários fosse realizado (ressalva feita à ilegalidade por vício de competência ou *excesso de poder*¹⁸⁰). Nem mesmo o controle por meio da chamada *jurisdição graciosa* continuou a ser admitido, na justa medida em que a legislação extinguiu a jurisdição administrativa existente no final do século XIX.

A Lei nº 221/1894, resultou de um projeto de lei do Senado, o projeto nº 47/1891, do senador CAMPOS SALLES. O conservadorismo oligárquico de CAMPOS SALLES, muitas vezes relatado pelos

178. OLIVEIRA é muito didático dizendo que, no caso da jurisdição de direitos ou contenciosa, o instrumento a ser utilizado pelo administrado seria o *recurso administrativo*, enquanto na jurisdição de interesses, graciosa ou discricionária, o instrumento seria a *reclamação* – Cf. OLIVEIRA, José Rubino de. (*Epitome...*). Op. Cit., p. 90.

179. Para URUGUAY, em que pese talvez existir uma jurisdição administrativa, no Brasil, que em tese, deveria tolher o arbítrio das autoridades: “*Nesta parte a nossa legislação he extremamente deficiente e arbitraria, e não oferece garantias suficientes*” – Cf. URUGUAY, Visconde do. (*Ensaio...*). Op. Cit., t. I, p. 88.

180. É importante que não nos enganemos com a expressão “*excesso de poder*” utilizada pela Lei nº 221/1894. O “*excesso de poder*” consagrado pelo direito brasileiro dessa época consubstanciava-se em uma modalidade do vício de competência (no caso da autoridade que atua para além de sua competência), nada além. A expressão já tinha sido utilizada pelo Decreto nº 2.343/1859 que regulamentava o Tribunal do Tesouro Nacional e vinha, com esse sentido – como ato excedente das atribuições legais – consagrado pela doutrina da segunda metade do século XIX. Cf. URUGUAY, Visconde do. (*Ensaio ...*). Op. Cit., tomo I, p. 97; OLIVEIRA, José Rubino de. (*Epitome...*). Op. Cit., p. 235-236 e MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. *Direito Administrativo Pátrio*. São Paulo: Henrique Schroeder, 1865, p. 33.

historiadores¹⁸¹, poderia ter sido a semente da disposição protetiva da Administração, encravada no citado art. 13, § 9º. Mas não foi assim, o projeto de CAMPOS SALLES, extremamente questionado nas sessões de 1891 e 1894 do Senado brasileiro, não previa qualquer restrição para a jurisdição dos atos praticados pelas autoridades administrativas. Na redação original o projeto nº 47 assim vinha redigido:

“Art. 12. Compete aos Juizes Seccionaes processar e julgar em 1ª instância todas as causas mencionadas no art. 60 da Constituição Federal e art. 15 do Decreto n. 848 de 11 de outubro de 1890, observadas as seguintes disposições: (...)

*§ 2º Em materia civil entram na sua competencia todas as causas em que ao extincto Juízo dos Feitos da Fazenda Nacional pertencia processar e julgar em 1ª instância, enquanto perdurarem os interesses que nellas tem a mesma fazenda, assim como as habilitações, justificações e remedios juridicos em garantia desses interesses e de quaesquer direitos confiados à guarda da Justiça Federal.”*¹⁸²

O projeto de lei nº 47/1891, portanto, referia-se à competência jurisdicional para o controle da Administração e para a garantia de *interesses e direitos*, grife-se, de modo a remeter ao Judiciário praticamente as mesmas funções anteriormente exercidas pela jurisdição administrativa da monarquia. O projeto reforçava o controle jurisdicional, pois eliminava a chamada *jurisdição graciosa*, remetendo ao Judiciário, ou seja, à *jurisdição contenciosa*, tanto os conflitos de

181. Cf. MATOS, Hebe. *A vida política*. In: *Abertura para o Mundo: 1889-1930* (Coord.: SCHWARCZ, Lilia Moritz). Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., v.3, 2012, p. 103 e seguintes; PINTO, Júlio Pimentel. *Campos Salles: A Arquitetura da Primeira República*. In: SALLES, Campos. *Manifestos e Mensagens: 1898 – 1902*. São Paulo: FUNDAP, 2007, p. XIII e seguintes.

182. Cf. Anaes do Senado Federal, sessão de 25 de setembro de 1891, p. 133, In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1891/1891%20Livro%205.pdf, consultado em 19/07/2017.

direito como os conflitos de interesse, o que, a partir dos conceitos utilizados na época, poderia ser considerada uma porta aberta para um controle jurisdicional mais amplo da discricionariedade.

Aliás, nesse sentido, o projeto nº 47 não inovava muito em relação ao disposto no Decreto nº 848/1890, do governo provisório – também decantada obra de CAMPOS SALLES, enquanto integrante desse governo. Tal projeto se incumbiu inicialmente de reorganizar o Judiciário diante do nascimento do regime republicano e federalista e dispunha de forma significativamente ampla sobre o poder de revisão jurisdicional dos atos administrativos:

“Art. 15. Compete aos juizes de secção processar e julgar:

a) as causas em que alguma das partes fundar a acção ou a defesa em disposições da Constituição Federal, ou que tenham por origem actos administrativos do Governo Federal”¹⁸³

A mudança do texto legislativo ocorreu, na verdade, por força de uma emenda ao projeto de lei nº 47 oferecida pelo senador AMARO CAVALCANTI e votada na sessão de 15 de setembro de 1894¹⁸⁴. Toda a tramitação do projeto foi muito truncada e lenta, e nunca se colocou em causa ou em mera discussão (ao menos que tivesse constado dos anais legislativos) a amplitude do controle dos atos administrativos¹⁸⁵. Nas sessões finais que marcaram a aprovação do projeto de lei nº 47, pelo Senado, porém, houve certo atropelo: as insistências e a veemência do senador CAMPOS SALLES para que o projeto fosse votado em bloco,

183. Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848impressao.htm, consultado em 19/07/2017.

184. Cf. Anais do Senado, p. 143 e 144, do volume III, de 1894, In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1894/1894%20Livro%203.pdf, consultado em 17/07/2017.

185. Os Anais do Senado dão prova, em muitas passagens, dos longos debates travados pelos senadores. Depois de cinco sessões relacionadas somente à terceira discussão do projeto – respectivamente em 15/10; 19/10; 20/10; 22/10 e 24/10 – e de várias sugestões de emendas aceitas pelo autor do projeto, aprovou-se (p. 126, do volu-

sem destaques, sem leitura ou transcrição do relatório da comissão especial que fora criada, ainda em 1891, para o aperfeiçoamento do projeto, marcaram esse atropelo, e uma das consequências desse fato é que se aprovou sem o registro de discussões maiores a emenda do senador AMARO CAVALCANTI que se tornara, em 1893, membro da referida comissão especial¹⁸⁶.

Interessante nos fatos narrados é que AMARO CAVALCANTI, conhecido por ser um republicano liberal, em contraposição ao conservador, embora também republicano, CAMPOS SALLES, é quem vai ser o autor da emenda que, de certo modo, restringe mais do que se restringia no regime monárquico a revisão jurisdicional dos atos administrativos discricionários. Em que pese os anais do Senado não registrarem discussões sobre a emenda de AMARO CAVALCANTI ao projeto de lei nº 47, seus escritos posteriores vão revelar que o senador realmente acreditava, em função de seus estudos norte-americanos¹⁸⁷, que a correta solução era a que propusera:

“Além disso, tratando-se de atos do chefe do poder executivo ou de outros funcionários administrativos, é mister distinguir – os atos discricionários, dos não discricionários (‘discretionary duty’ ou ‘purely ministerial duty’); porque, com relação aos primeiros, o seus autores são irresponsáveis, uma vez pressuposta a boa-fé; e somente com relação aos

me V, de 1891) o adiamento da deliberação do projeto – por proposição feita pelo senador José Hygino – e a formação de uma comissão especial com o objetivo de apresentar um novo projeto de lei, aperfeiçoando o proposto pelo senador Campos Salles, In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1891/1891%20Livro%206.pdf, consultado em 19/07/2017.

186. O relatório da comissão especial aparentemente acaba publicado, como se fora um texto substitutivo do projeto de lei original, somente na sessão de 18 de setembro de 1894, cf. p. 10, do volume IV, de 1894, dos Anais do Senado, In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1894/1894%20Livro%204.pdf, consultado em 19/07/2017.
187. Amaro Cavalcanti mais do que um político e jurista republicano apegado às letras jurídicas norte-americanas, o que era um fato muito comum no Brasil, no final do século XIX e início do século XX, tinha estudado direito e se doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Albany, no Estado de NY, nos EUA, do que decorreria que toda sua produção jurídica posterior ficaria bastante ligada aos autores norte-americanos.

segundos, é, que os tribunais deverão admitir controvérsia, conforme valor dos motivos alegados”¹⁸⁸

Mais interessante ainda é que, posteriormente, tendo se tornado ministro do Supremo Tribunal Federal, AMARO CAVALCANTI decidiu um caso emblemático – hoje recolhido entre os julgamentos históricos do STF, na resenha feita pelo próprio tribunal – em que, mais uma vez revisitando o direito norte-americano, agora à luz da prática recolhida no Brasil, concede *habeas corpus* contra a prisão de Eduardo de Macedo Soares e de outras pessoas acusadas de crime político, e isso em plena vigência de estado de sítio. Diz então:

“Já se observou que o julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos no caso Milligan, em vez de ser adotado como um modelo, deve ser antes repellido pelas perigosas consequências que pode produzir. Só o executivo pela sua especial posição, está em condições de bem conhecer os segredos de um dado momento político, só ele pode estar de tal modo informado de certos fatos de natureza criminosa, ou de ordem internacional, que sempre lhe seja dado decretar o sítio oportuna e eficazmente, no instante precisamente conveniente. (...). Essa observação releva simultaneamente duas grandes verdades: o abismo que nos separa da grande república norte-americana em matéria de idéias e de costumes políticos, e na aplicação das instituições por nós apenas macaqueadas, e a grande miséria moral deste ambiente, incompatível com tão aperfeiçoado e nobre aparelho constitucional. (...) Lá, apesar de ser tremenda a conjuntura, não consta que o executivo tenha sido fértil em abuso. Há o caso Milligan, o caso Merryman, o caso Kemp, e talvez alguns outros, mas, nunca tantos e tão graves, como em situações muito menos sérias se têm produzido nas repúblicas da América Latina. (...) Aqui,

188. Cf. CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e República Brasileira*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 202.

*onde o grande perigo, já várias vezes verificado, reside exatamente nos abusos do poder executivo, e a grande necessidade, sentida por todos os espíritos liberais, é que não nos limite mais a uma burlesca imitação das instituições norte-americanas, mas, pelo contrário, façamos todos os esforços por penetrar o espírito daquela soberba criação política, neste ponto invejada pela própria Europa, e respeitemos a Suprema Corte Federal, com as atribuições que a Constituição e a prática do sistema lhe conferiram; aqui chegam a vislumbrar sinais de ditadura judicial (ditadura sem tesouro e sem força material), na opinião dos que almejam que se faça muito menos do que fez o augusto tribunal norte-americano! (...). Onde mais indispensável é o remédio, mais se deve respeitar a propinação do veneno! Em tudo isso só há um perigo imaginário, e é o do poder judiciário embaraçar o executivo, nos momentos em que este precise seriamente suspender as garantias constitucionais, por estarmos ameaçados de uma guerra internacional, ou de um grave comoção intestina. Este perigo nunca se realizou. (...) O que sabemos perfeitamente por experiência própria e pelo que das repúblicas da América Latina referem os seus escritos, é que os abusos perpetrados pelo executivo à sombra do sítio são grandes e muitos. (...) Essa superioridade da Suprema Corte decorre fatalmente da sua missão de intérprete final da Constituição: 'If an act is held void, it is because it is contrary to the constitution, and not because the court any central over the legislative. The will of the people as expressed in its fundamental law, is considered as more direct and authoritative, than their representatives in congressional enactment.' (Willoughby, *The Supreme Court of the United States*, página 37). (...) Digam embora que a preponderância é da Constituição, ou da vontade do povo manifestada diretamente pela lei fundamental; o que é certo, é que no direito público federal à Suprema Corte compete dizer a última palavra sobre os atos dos outros dois poderes. Sendo manifesta e indiscutivelmente inconstitucional o estado de sítio decretado pelo*

*presidente da República, o qual para os fatos a que alude em seus decretos, dispõe dos meios comuns de repressão (J. Barbalho, Commentario, página 119, in fine e 120), votei, concedendo a ordem impetrada. É este o momento oportuno para amparar a liberdade individual dos pacientes, ofendida pelo ato inconstitucional.*¹⁸⁹

A transcrição de um trecho longo do acórdão se dá para que dois pontos fiquem bem claros: (1) que AMARO CAVALCANTI, já então na condição de magistrado dos atos praticados pelas autoridades públicas e conservando-se fiel às suas influências norte-americanas, sem dúvida alguma analisa se os motivos que, no caso concreto, determinaram a conveniência e a oportunidade da decretação do estado de sítio eram suficientes para a medida perpetrada pelo chefe do poder executivo; e, (2) chegando à conclusão negativa, declara ilegais as prisões que foram realizadas com base no inoportuno, inconveniente, imotivado e, dessa forma, inconstitucional estado de sítio, discricionariamente decretado pelo Presidente da República¹⁹⁰.

No momento em que assim decidiu – como ele próprio diz, “*momento oportuno para amparar a liberdade individual*” – AMARO CAVALCANTI deve ter se arrependido da emenda que fizera, cerca de vinte anos antes, ao projeto de lei nº 47, e que deu a redação final ao art. 13, § 9º, da Lei nº 221/1894. Talvez, ainda mais arrependido estivesse hoje o antigo liberal republicano, se pudesse reviver e verificar que muitíssimo mais que vinte anos sobreviveria no direito brasileiro a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito dos atos administrativos discricionários*.

189. Cf. HC nº 3.527/DF, Rel. Min. Amaro CAVALCANTI, Revista do STF, v. 1, 1ª parte, ago./dez. 1914, p. 287-293.

190. O presidente era Hermes da Fonseca, que governou entre 15/11/1910 e 15/11/1914, tendo mantido o estado de sítio decretado por 268 dias, no curso de seu mandato, cf. LIMA, Josy. *Estado de Exceção na Primeira República: Notas sobre o Desterro dos Indesejáveis (Parte I)*. In: <https://tecituras.wordpress.com/2010/04/10/estado-de-sitio-na-primeira-republica-notas-sobre-o-desterro-dos-indesejaveis/>, consultado em 18/07/2017.

2.3. Uma incrível sobrevida

AMARO CAVALCANTI foi realmente fundamental para que a *imunidade do mérito* se tornasse norma legal no Brasil, mas não se pode exagerar sobre as consequências desse fato, ou mesmo, como muitos fizeram em relação à suposta *influência italiana*, passar a tributar a uma pretensa *influência norte-americana*, inequívoca nas concepções de AMARO CAVALCANTI, a longevidade dessa teoria entre nós.

O século XX trouxe grandes e seguidas transformações em todo o globo para a vida econômica, política e social, bem como para o direito público em geral e o direito administrativo em particular. Boa parte das constituições editadas na segunda metade do século reforçou esse movimento em prol ou em busca da democracia, e trouxe bons e novos ventos contra o arbítrio estatal e em favor da conciliação entre os valores inerentes à liberdade individual e ao desenvolvimento sustentável, tanto econômico, como social. Nesse contexto de transformação, novos papéis assumiram o estado, a sociedade e o mercado em sua relação recíproca.

A chegada ao século XXI não faz frear as mudanças; ao contrário, agora sob o influxo das novas tecnologias de comunicação digital, da globalização econômica e dos desafios relacionados à propagação do terrorismo, à migração em massa, e à inteligência artificial, as mudanças ganham maior velocidade: anunciam-se novos papéis do Estado na economia; novas formas de interação entre a sociedade e o Estado; e novas formas de governança e de controle do Estado, tudo para, de um lado, tornar mais eficiente a ação estatal e, de outro, tentar conter o avanço das burocracias e das forças policiais do Estado (talvez nunca tão poderosas) sobre a vida e a liberdade em geral.

Mas nada disso abalou a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário* no Brasil? O amplo e irrestrito acesso à jurisdição, previsto expressa e inequivocamente no art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, e segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito¹⁹¹,

191. O princípio foi positivado constitucionalmente, pela primeira vez no Brasil, pelo art. 141, §4º da Carta de 1946: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judi-

não teria alterado as concepções sobre a *imunidade jurisdicional do mérito*? As reflexões da doutrina e toda a legislação editada que passaram a ressaltar a importância do processo administrativo; dos relatórios de impacto (ambientais, regulatórios, urbanos etc.); da transparência administrativa; da participação democrática; da motivação; e, enfim, do controle, em termos amplos, da Administração: nada disso foi capaz de ao menos fragilizar a *teoria da imunidade*? Talvez um histórico mais extenso traga resposta a essas indagações.

De fato, o tema não foi tratado com atenção pela doutrina brasileira nos primeiros anos que se seguiram à Proclamação da República. Os principais autores, em um longo período que pode-se estender da Constituição de 1891 à Constituição de 1946, trataram tanto da discricionariedade administrativa quanto de seu eventual controle de maneira fragmentada, esparsa, sem preocupação sistêmica e, na maior parte das vezes, sem coerência. Não há nesse período uma linha de pensamento predominante que possa ser identificada.

CRUZ é um dos autores do período que tangencia o tema, sem tratá-lo diretamente, ao defender que o Poder Judiciário é competente para anular atos administrativos (por vício de forma ou de competência) “*tão somente*” no caso de este ter ferido “*direitos civis ou políticos*”¹⁹². CASTRO também passa pelo tema com desatenção, mas, ao tratar da possibilidade de demissão de um servidor sem a devida motivação, opõe conveniência e arbítrio, nega essa possibilidade e indiretamente reconhece a sindicabilidade jurisdicional do ato, ao citar um precedente do STF (Apelação Cível nº 2616 de 30/01/1913) que declarara nula a demissão imotivada de servidor público¹⁹³.

VALLE filia-se às escolas francesas: trata do ato administrativo e de seus elementos de validade – identifica a competência, o objeto e a forma – mas não chega a tocar diretamente na revisão jurisdicional

ciário qualquer lesão de direito individual”, como se vê, sem a amplitude do atual art. 5º, XXXV da CF/1988.

192. Cf. CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1914, p. 39.

193. Cf. CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de Ciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Riberto dos Santos, 1914, p. 575.

dos atos que contenham vícios em relação a esses elementos¹⁹⁴. VASCONCELLOS também caminha parcialmente na linha francesa, mas faz uma identificação mais ampla dos elementos de validade dos atos administrativos: enumera o motivo, o objeto, o fim e a *manifestação da vontade*. VASCONCELLOS trata pontualmente da discricionariedade mas, após dizer que o Judiciário pode invalidar a decisão discricionária, afirma que as questões “*de oportunidade (...); o ‘critério’ com que devem ser pautadas, tendo em vista os fatores, tempo e espaço, em que se processam; a equidade; as conveniências econômicas e financeiras da administração estão fora da alçada do referido poder (...)*”¹⁹⁵.

REIS (que, muito embora fosse engenheiro de formação, curiosamente escreveu um livro sobre o direito administrativo) trata de modo ainda mais resumido do tema, passando pela descrição dos elementos dos atos administrativos (competência e legalidade) e defendendo – a partir da utilização da teoria predominante na época monárquica – que o Judiciário teria, sim, competência para examinar tanto as questões relacionadas a direitos como as relacionadas a interesses¹⁹⁶.

Dos autores desse período, uma das passagens mais interessantes, em que pese não fuja a regra de tratar o tema de maneira secundária, pode ser recolhida na obra de RUY BARBOSA. Em escritos que refletem sua militância como advogado, RUY BARBOSA reage com grande veemência à provocação feita pelo “*procurador da república*” na defesa de que “*O poder judiciário não tem competência para revogar actos políticos do poder executivo*”¹⁹⁷. Após repassar muitos clássicos do direito norte-americano e francês, devolve:

194. Cf. VALLE, J. Rodrigues. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1941, p. 174-175.

195. Cf. VASCONCELLOS, José Mattos. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937, p. 98 e 122.

196. Cf. REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas Boas & C., 1923, p. 138 e 183.

197. Cf. BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Atlântida, sem data, p. 100. Edição digital disponível na Biblioteca do Senado Federal In: www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242783, consultado em 22/07/2017.

“O character discrecionario de uma funcção não legitima senão os actos dictados pela natureza de seus fins. A discreção legal no uso de uma attribuição não importa o direito de associar arbitrariamente a ella competencias, que ella naturalmente não abrange. E, si um poder, senhor de uma prerogativa discrecionaria, a estende a dominios, que a lei manifestamente reservou a outros poderes, ou vedou sob a invocação de outros direitos, os tribunaes não invadirão o terreno da funcção privilegiada, se interpuzerem a mediação legal do seu juizo, para obstar a que ella transborde os limites de seu objecto. (...) A violação de garantias individuaes, perpetrada á sombra de funcções politicas, não é immune á acção dos tribunaes. A estes compete sempre verificar si a attribuição politica, invocada pelo exceptio-nante, abrange em seus limites a facultade exercida.”¹⁹⁸.

Observe-se que a passagem traduz uma posição muito mais avançada em relação ao tema do que a dos demais autores. Primeiramente, a argumentação de RUY BARBOSA explicita que a discricionariedade não se coaduna com a noção de liberdade plena para decidir: o caráter discricionário não autoriza a transposição das finalidades inerentes ao ato praticado. Em segundo lugar, atribui ao Judiciário a competência de verificar se a discricção se deu dentro dos “*limites da facultade exercida*”.

De qualquer sorte, reitera-se que o que se verifica, no período entre as décadas de 1890 e 1940 é que o tema da discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional é pouco e superficialmente tratado pela doutrina. Existiam autores que identificavam a discricionariedade com a facultade de tomar decisões livremente e outros que enxergavam limites maiores ou menores a essa liberdade. Do mesmo modo, independentemente de enxergar limites ao seu exercício, há autores que defendiam a *imunidade jurisdicional* e outros que admitiam que o Judiciário, em determinadas circunstâncias, corrigisse decisões discricionárias da Administração.

198. Cf. BARBOSA, Ruy. (*A Constituição...*). Op. Cit., p 142-149.

Não se pode dizer, portanto, que no período analisado, de 1890 a 1940, tenha havido um inequívoco domínio da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*¹⁹⁹. Mas, nas décadas seguintes, essa realidade mudaria de forma extremamente significativa.

A partir dos anos 1940, tanto a discricionariedade como o seu controle jurisdicional passam a tomar um lugar mais central nas preocupações da doutrina. Diferentemente do que acontecia até então, pode-se traçar algumas linhas de pensamento dominante, pois a doutrina passa a se preocupar com uma sistematização mais objetiva da validade e consequentemente da invalidade dos atos administrativos – dos atos em geral e dos atos discricionários em particular. Nota-se também uma tentativa de aprofundamento das reflexões sobre os limites da discricionariedade, a qual, de certo modo, acaba sendo contida pela absoluta preponderância nesse período da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*.

Outra clara tendência desse período foi o progressivo distanciamento do direito norte-americano. As influências do continente europeu – francesas, principalmente, mas também portuguesas, italianas e espanholas – retomaram o protagonismo que já haviam tido no período monárquico.

Dentre os autores que mais se ocuparam desses temas, pode-se citar: SEABRA FAGUNDES, MASAGÃO, CAIO TÁCITO, CAVALCANTI, CIRNE LIMA, CRETELLA JÚNIOR, MENDES DE ALMEIDA, MEIRELLES e Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, aos quais se somam, a partir das décadas de 1980 e 1990, DI PIETRO, MEDAUAR, MOREIRA NETO e Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO.

199. Apesar de predominar a desatenção para com o tema, houve várias inflexões relativas à imunidade jurisdicional do mérito no período. O site do STF informa, por exemplo, que, entre 1890 e 1940, foram dadas ao menos quatro decisões favoráveis ao controle jurisdicional de atos administrativos em tese discricionários, a saber: HC nº 3.527/DF, Min. Rel. Amaro CAVALCANTI, j. 15.04.1914, Revista do STF, v. 1, 1ª parte, ago/dez. 1914, p. 287 – 293; RE nº 2.786/BA, Min. Rel. Eduardo ESPÍNOLA, j. 23/05/1939, Coletânea de Acórdãos nº 80, p. 114; RE nº 3.009/DF, Min. Rel. Octávio KELLY, j. 02/05/1940, Coletânea de Acórdãos nº 938, p.1; MS nº 177/RJ, Min. Rel. Hermenegildo de BARROS, j. 22/01/1936, Coletânea de Acórdãos nº 925, p. 110.

Com relação à validade dos atos administrativos, há predomínio da sistematização originária da doutrina francesa que, à época, com algumas variações, já era utilizada por boa parte do direito administrativo europeu continental. Essa sistematização voltava-se basicamente a identificar os *elementos* ou *requisitos* de validade do ato administrativo, na ausência dos quais o ato padeceria de vício invalidante²⁰⁰.

Os autores brasileiros não são uniformes na aproximação ou no tratamento do tema, mas são muito parecidos. CAIO TÁCITO e CRETELLA JÚNIOR adotam os elementos de legalidade interna e externa, tal como já fazia a doutrina francesa: competência, forma, objeto, motivo e finalidade, identificando a violação desses elementos como abuso de poder²⁰¹. MASAGÃO, outro exemplo, identifica como requisitos de validade agente capaz, competente, objeto, forma e motivo, assemelhando o objeto com a finalidade do ato (funde, portanto, objeto e finalidade, dois requisitos que geralmente aparecem separados pela doutrina continental europeia)²⁰². Já SEABRA FAGUNDES arrola todos os cinco elementos, mas assemelha os vícios relativos à competência com vícios de “*manifestação da vontade*”²⁰³.

CAVALCANTI faz uma reflexão muito próxima às anteriores, porém, com algumas diferenças relevantes: frisa que o objeto do ato deve ser lícito e possível, elenca a *causa*²⁰⁴ como requisito de validade (apesar de identificá-la com a finalidade) e relativiza, em certa medida, a importância dos *motivos*, chegando a dizer que: “*Não nos parece que essa exigência tão peculiar ao direito administrativo*

200. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 29ª Ed., p.245 e 254, e CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016, 30ª Ed., p.114-115.

201. Cf. TÁCITO, Caio. (*O Abuso...*). Op. Cit., p. 28 e CRETELLA JÚNIOR, José. (*Controle...*). Op. Cit., p. 32.

202. Cf. MASAGÃO, Mario. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 144-149.

203. Cf. FAGUNDES, Miguel de Seabra. (*O Controle...*). Op. Cit., p. 68.

204. Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973, p. 66-89. A mesma definição de causa é adotada por ALMEIDA, Fernando de. *Noção de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 131.

*francês tenha justificativa entre nós, de momento que a análise dos motivos não se inclui no exame da validade ou eficácia do ato, aplicável ainda entre nós, com reservas, a teoria do desvio de poder*²⁰⁵. Defendendo também que a *causa* seria um requisito de validade do ato, com alguma variação na sua conceituação, tem-se Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, que identifica a causa com todos os demais elementos do ato: “*causa agente*”; “*causa eficiente instrumental*” (modo pelo qual o ato é praticado); “*causa material*” (objeto do ato), “*causa formal*” e “*causa final*”²⁰⁶.

Alguns autores, como MENEGALE e CIRNE LIMA, apesar de adotarem a linha geral, não chegam a enumerar alguns elementos de legalidade interna dos atos administrativos, tais como *finalidade e motivo*²⁰⁷.

Saliente-se que essas pequenas diferenças no tratamento do tema não eram pouco importantes, pois a retirada, a adição ou a alteração conceitual de um determinado elemento de validade ou legalidade que, em tese, encontrar-se-ia previsto no sistema enunciado, importava diretamente na maior ou menor capacidade de controle jurisdicional (via invalidação) dos atos praticados pela Administração, fossem estes vinculados ou discricionários.

Mesmo CAIO TÁCITO, que se apoiava em todos os cinco elementos da teoria francesa (elementos tanto externos quanto internos), para fundamentar a legalidade ou validade dos atos administrativos em geral e anotava enfaticamente a possibilidade de anulação do ato administrativo por inexistência de motivos ou por fins incompatíveis com a norma legal²⁰⁸, tinha em seus escritos do final da década de 1950 uma explícita reserva em relação à utilização do motivo (ou de sua externalização: a motivação) como uma condição *sine qua non* de validade dos atos discricionários. Observe-se o que dizia:

205. Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. (*Teoria...*). Op. Cit., p. 74.

206. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, Forense, 1979, p. 488-528.

207. Cf. MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1950, vol. I, p. 66; LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982, p. 94.

208. Cf. TÁCITO, Caio. (*O Abuso...*). Op. Cit., p. 30.

“É característico do ato discricionário a ausência de motivação, podendo o administrador silenciar sobre a causa determinante de seu procedimento. Se, contudo, a autoridade exprime os fundamentos da decisão, fica esta vinculada aos motivos alegados. É garantida às partes a ciência das decisões como das informações a que elas se referirem (Const. Art. 141, §36, n° II)”²⁰⁹.

A fala parecia um incentivo - ou um aconselhamento prático - para que as autoridades públicas não motivassem os seus atos discricionários, pois, se assim o fizessem, passariam a responder pelos motivos declarados.

A doutrina brasileira, ao descortinar o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos, ou ao recolocá-lo no foco de sua atenção, a partir das reflexões já bastante avançadas do direito europeu continental, aparentemente se assustava com as amplas consequências da eventual concretização desse controle e, diante disso, passou a tentar conter a aplicação integral de alguns elementos de validade. Há como que um bailado teórico dos diferentes autores: alguns dão um passo à frente e outro atrás; outros dão dois à frente, um atrás, e assim por diante. CAVALCANTI dá perfeita mostra desse fato: destaca o motivo como limitador do exercício da discricionariedade (passo à frente), mas ressalva (passo atrás) que: “*Nem todo ato precisa ser motivado, senão quando a lei subordina a sua prática a uma condição que limita o seu exercício*”²¹⁰. O mesmo vai fazer CRETELLA JÚNIOR, que apreende o motivo como elemento de validade do ato e identifica que em muitos países os órgãos jurisdicionais verificam a legalidade da atuação da Administração a partir da presença ou não dos motivos de fato – que legitimam a ação administrativa a partir da utilização de hipóteses legais específicas –, mas se opõe à utilização desse requisito para o controle dos atos discricionários, sob o pretexto de que agir assim conduziria a uma “*insustentável*” ampliação do “*conceito de mérito*”²¹¹.

209. Cf. TÁCITO, Caio. (*O Abuso...*). Op. Cit., p. 37-38.

210. Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. (*Teoria...*). Op. Cit., p. 119.

211. Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. (*Controle...*). Op. Cit., p. 233 e 258.

Essas idas e vindas obviamente retiravam segurança, coerência e consistência teórica das conclusões logradas por esses autores, em que pese o fato de a doutrina, sob uma grande angular, já demonstrar a essa altura um evidente avanço no tratamento do tema, especialmente se comparada com a quase total despreocupação vigente no período de 1890-1940.

Esse bailado continua a ser executado no aprofundamento dos estudos relacionados às condições de edição dos atos discricionários, propriamente ditos. Há quase consenso entre os autores desse período de que discricionariedade não se identifica com arbitrariedade²¹² e que, dessa forma, as autoridades públicas não poderiam agir arbitrária ou abusivamente no exercício de competências discricionárias²¹³. Como diz CAIO TÁCITO: “*Autoridade e legalidade são conceitos antinômicos que, no entanto, se completam. O intervencionismo do Estado aumenta o poder das autoridades administrativas. Novos meios de ação lhes são atribuídos, mas o uso deles não pode exceder à margem da lei*”²¹⁴. Na maior parte das vezes, entretanto, os autores só se utilizam desse pensamento como um ponto de partida sem, no entanto, chegar a lugar algum, ou como uma mera figura de retórica desprovida de consequências concretas.

Alguns autores, entretanto, tentaram ir além nesse ponto e trabalharam com a ideia de condicionar, a partir do ordenamento ou do regime jurídico administrativo, o exercício da discricionariedade. MENEGALE, por exemplo, vê a legalidade (em sentido amplo) como baliza ou condição para o exercício da discricionariedade e constata

212. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. (*Princípios...*). Op. Cit., p. 473; MASAGÃO, Mario. (*Curso...*). Op. Cit., p. 150; BARROS JÚNIOR., Carlos Schmidt. *Compêndio de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, vol. I, p. 121; CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 299 e 358 e MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, 12ª Ed., p. 127.

213. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. (*Princípios...*). Op. Cit., p. 476-487 e, no mesmo sentido, ressaltando a ligação do exercício das funções administrativas à finalidade, aos resultados, ao interesse público FAGUNDES, Miguel de Seabra. (*O Controle...*). Op. Cit., p. 79.

214. Cf. TÁCITO, Caio. (*O Abuso...*). Op. Cit., p. 26.

que, em relação aos motivos, o ato discricionário pode padecer de vícios ou erros de fato e de direito²¹⁵. Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO e BARROS JÚNIOR encontravam baliza para o exercício da discricionariedade nos princípios gerais do direito²¹⁶, linha que seria, anos depois, aprofundada por DI PIETRO, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO²¹⁷ e outros autores.

Tentando aprofundar ainda mais a análise do tema, o mesmo Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO apoia-se na doutrina francesa para recorrer à *razoabilidade* e à *proporcionalidade* como balizas para o exercício legal da discricionariedade. Diz que a ilegalidade “*indireta*” pode decorrer de “*exceder os limites do razoável na apreciação dos fatos que constituem o motivo do ato administrativo. Deve haver proporcionalidade entre o ato administrativo e o fato que o originou*”²¹⁸.

Mesmo CRETELLA JÚNIOR, que se revelaria um dos mais enfáticos defensores da *imunidade jurisdicional do mérito*, acabava por reconhecer que as teorias dos *motivos determinantes* e do *desvio de poder ou de finalidade* representariam efetivos limitadores ao exercício da discricionariedade pelo administrador público, na medida em que se “*o motivo inexistente, o ato é ilegal*” ou, se “*a prova, evidentemente, não conduzir a uma justificação do ato, haverá ilegalidade*” e que “*o fim legal é o teto, a baliza, a faixa demarcadora do poder discricionário*”²¹⁹.

Os estudos de CAIO TÁCITO iam nas mesmas trilhas, ainda que aparentando maior disposição de limitar a discricionariedade. Para ele, em escritos de meados dos anos 1970, a “*anulação pelo ‘détournement de pouvoir’ levou o Conselho de Estado francês a penetrar,*

215. Cf. MENEGALLE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1950, vol. II, p. 285.

216. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. (*Princípios...*). Op. Cit., p. 404-408; BARROS JÚNIOR., Carlos Schmidt. (*Compêndio...*). Op. Cit., p. 121.

217. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 160-162 e BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 96-98.

218. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. (*Princípios...*). Op. Cit., p. 481.

219. Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. (*Controle...*). Op. Cit., p. 260-265.

progressivamente, no exame dos motivos do ato” e “a finalidade re-presenta uma limitação à discricionariedade, um dique à expansão dos critérios oportunistas na determinação do objeto”²²⁰.

Constata-se, portanto, que havia clara hegemonia do pensamento segundo o qual a discricionariedade não se confundiria com arbitrariedade, mas ainda havia pouco aprofundamento do tema – especialmente caso se comparem esses estudos com os desenvolvidos há algum tempo pelo direito francês, italiano, norte-americano e argentino²²¹.

Além disso, não há grande uniformidade de abordagem sobre a fixação dos limites à discricionariedade ou, caso se prefira, sobre as condições jurídicas para o exercício da discricionariedade. Nesse caso, a doutrina prefere a utilização de argumentos excessivamente genéricos, como, por exemplo, a vedação ao abuso de poder – a generalidade do argumento é tal que chega a dar a impressão de que a limitação ao exercício da discricionariedade é uma exceção, e não uma regra. De qualquer sorte, as linhas de abordagem mais profundas em relação a essa limitação revelam, ainda que de maneira fragmentada, que balizariam o exercício da discricionariedade por meio da finalidade, dos motivos de fato e de direito e dos princípios gerais de direito, dentre os quais a razoabilidade e a proporcionalidade.

Porém, em que pese a crescente atenção para com a discricionariedade administrativa e o controle jurídico de seu exercício, praticamente todos os autores acima mencionados defendem a *imunidade jurisdicional do mérito*.

Há algumas passagens simbólicas do pensamento desse período – e, nesse caso, coerentes entre si. SEABRA FAGUNDES apoia-se na teoria da separação de poderes para dizer que o mérito do ato

220. Cf. TÁCITO, Caio. (*Direito...*). Op. Cit., p. 8 e 67.

221. Cf. GIANNINI, ver nota 155, acima; FIORINI, Bartolomé. (*La Discrecionalidad...*). Op. Cit., p. 115-116; POUND, Roscoe. *Administrative Law: Its Growth Procedure and Significance*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1942, p. 87; GIRARD, Anne-Laure. *La Formation Historique de la Théorie de l'Acte Administratif Unilatéral*. Paris: Dalloz, 2013, p. 55- 59. Para essa autora, as teorias do abuso de poder e da motivação dos atos administrativos nascem, no direito francês, ainda no final do século XIX.

administrativo discricionário: “*é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, ‘fará obra de administrador’ (...)*”²²². CAIO TÁCITO é ainda mais enfático: “*Não cabe ao juiz, mesmo perante erros e desacertos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga. A ditadura judiciária será tão nociva quanto o descritério da administração*”²²³. CRETELLA JÚNIOR: “*Ao Poder Judiciário só compete julgar a legitimidade do ato administrativo e nunca a oportunidade. Se tal fizesse, o juiz estaria transformado em órgão administrativo superior*”²²⁴.

Reitere-se que SEABRA FAGUNDES, CAIO TÁCITO e CRETELLA JÚNIOR não estavam sozinhos. Expressavam nessas linhas, escritas respectivamente em 1967, 1975 e 1984, o pensamento da doutrina nacional em todo um longo período histórico²²⁵. Há, da parte de todos, uma interpretação bastante estrita da separação de poderes e, o que é fundamental, um claro propósito de preservar a existência de uma Administração Pública forte e, por ser forte, eficiente. Nesses autores, a ideia de eficiência administrativa encontra-se associada – ainda que de maneira contraditória muitas vezes – à noção de preservação da autoridade pública em face dos poderes revisionais da jurisdição. Há uma clara descrença em relação à capacidade da jurisdição de corrigir a atuação discricionária da Administração e um receio de que o sistema de uma jurisdição una não pudesse realizar com a amplitude dos sistemas duais a correção administrativa sem derivar para o mais puro arbítrio.

Utilizando a interessante clivagem feita por MENEZES DE ALMEIDA, pode-se dizer que, no tema da *imunidade jurisdicional do*

222. Cf. FAGUNDES, Miguel Seabra. (*O Controle...*). Op. Cit., p. 150.

223. Cf. TÁCITO, Caio. (*Direito...*). Op. Cit., p. 64.

224. Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. (*Controle...*). Op. Cit., p. 237.

225. Além desses autores, defendem de modo expreso a imunidade jurisdicional do mérito: MENDES DE ALMEIDA, Fernando. *Noções de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 122; MEIRELLES, Hely Lopes. (*Direito...*). Op. Cit., 1986, p. 115.; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 247. Acredito que a única exceção a essa tendência vai ser encontrada em MENEGALE, que expressamente admite o controle judicial dos atos discricionários nos casos em verificado erro de direito ou erro de fato (vício de motivo, portanto): cf. MENEGALE, J. Guimarães. (*Direito...*). Op. Cit., vol. II, p. 284-285.

mérito, há uma predominância clara da vertente “*estatizante-nacionalista*”²²⁶ que influencia o direito administrativo brasileiro desse período. Para o autor, essa posição “*estatizante*” no contexto do direito administrativo brasileiro: “*é uma derivação, em grau intermediário, da posição liberal (...) em que ganha predominância a interferência estatal*” a qual, por sua vez, não serve à anulação do indivíduo (como teoricamente ocorre nos regimes totalitários), mas à preservação dos “*direitos desses indivíduos*”²²⁷.

Disso decorrem as contradições dos teóricos do período de 1940-1990: são liberais em grande medida – todos são declaradamente contra o arbítrio estatal, contra o abuso de poder, entre outros padrões liberais do direito administrativo –, mas são, ao mesmo tempo, *estatistas*, pois desejam uma Administração forte, que detenha as ferramentas necessárias a enfrentar os grandes desafios nacionais e que, ao perseguir esses objetivos, em grande medida de forma discricionária, essa perseguição não seja contida pela ação jurisdicional.

Obviamente o golpe de estado de 1964 e o longo período autoritário que o seguiu até a redemocratização do país em nada contribuiu para a superação da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*, que ficou estacionada exatamente no mesmo ponto durante todo esse período.

Mas é importante anotar que, nesse período, há pelo menos duas manifestações em nossa doutrina que antevêm mudanças futuras no tratamento da *imunidade jurisdicional* – as quais reforçam as contradições entre o liberalismo e o *estatismo* tratado anteriormente. Uma delas está nos escritos de 1973 de CAVALCANTI, o qual previa que a separação de poderes viesse a evoluir, de modo e reduzir a zona “*incontrastável*” de liberdade do administrador público, no exercício da discricionariedade. A passagem vale reprodução:

“A boa política reduz-se hoje à escolha dos fins, inspirada muitas vezes em razões de conveniência, mas fundada em

226. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 244.

227. Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. (*Formação...*). Op. Cit., p. 45.

pressupostos que ultrapassam o simples arbítrio. As zonas de ação incontrastável e irrestrita vão se reduzindo e limitando pelo controle político dos outros poderes e pelos controles jurisdicionais. Mesmo no terreno puramente jurídico, esta tendência se reflete não só na expansão desse controle, mas também na expansão da teoria da responsabilidade civil do Estado, a atos cobertos, até poucos anos, pela imunidade. O princípio da limitação, da divisão e separação de poderes, sob influência dos ideais de Locke e Montesquieu, e a garantia dos direitos individuais, que só com a pluralidade dos poderes se tornou possível, reduziram o arbítrio e a discricção apenas àquilo indispensável à vida e ao livre funcionamento dos órgãos estatais, em sua competência específica.”²²⁸.

Passados mais de dez anos da antevisão de CAVALCANTI, em 1984, CRETELLA JÚNIOR viria a escrever:

“Na apreciação do ato administrativo, pode a autoridade revisora entrar na matéria de fato? Cabe ao Poder Judiciário o exame dos motivos do ato? (...) A primeira vista somos tentados a responder, a priori, que ao juiz só cabe indagar sobre elementos de direito. (...) Nos países que admitem o instituto do contencioso administrativo, como a França, é ponto hoje pacífico que o elementos de fato não se subtraem ao exame dos órgãos judicantes competentes (...) Daí a esperança de que, nos países como o nosso, que admitem a unidade de jurisdição, o Poder Judiciário continue a preservar cada vez mais a liberdade individual, mediante apreciação mais concreta e positiva dos fatos, passando do mero exame da legalidade formal ao exame corajoso da legalidade substancial do ato administrativo.”²²⁹.

228. Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *(Teoria...)*. Op. Cit., p. 121.

229. Cf. CRETELLA JÚNIOR, José. *(Controle...)*. Op. Cit., p. 258-259.

CAVALCANTI e CRETELLA JÚNIOR acabavam reconhecendo veladamente, talvez por honestidade intelectual, que o direito administrativo brasileiro estava atrasado, em comparação com o direito de outros países, no tocante à discussão do controle jurisdicional da discricionariedade. No período de 1940-1990, o direito administrativo avançou nessa matéria, mas todo esse avanço foi contido pela hegemonia incontestável da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*²³⁰.

2.4. Redemocratização e reação

O processo “*lento e gradual*”²³¹ de redemocratização do país, que deságua na Constituição de 1988 e no período em curso, posterior à década de 1990, provocou vários novos passos no tratamento jurídico da discricionariedade administrativa e de seu controle.

O período não só vai contar com uma relativamente ampla e variada contribuição doutrinária, como também com uma série de leis que vão tentar ampliar o controle externo sobre a Administração com uma vasta discussão jurisprudencial.

Os trabalhos pioneiros da doutrina, nesse caso, vieram com autores que iniciaram seus estudos no período anterior (1940-1990) e que,

230. São testemunhos, no plano legislativo, do referido avanço, por exemplo, os seguintes atos administrativos: (1) Lei de Ação de Popular (Lei nº 4.717/1965.), que, em seu art. 2º, trata sobre os elementos que conceituam a nulidade do ato administrativo, como incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade; incorporando a totalidade do tema versado pela teoria francesa, (2) a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), e o (3) Decreto-Lei sobre o Crime de Responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201/1967). No mesmo sentido, são evidências jurisdicionais: ED na AC nº 7.307/DF, Min. Rel. Castro NUNES, j. 20/12/1944, coletânea de acórdãos nº 316, p. 26; AI nº 12.210/DF, Min. Rel. Castro NUNES, j. 28/05/1945, coletânea de acórdãos nº 606, p.151; RE nº 88.121/PR, Re. Min. Rafael MAYER, DJ.10/08/1979; e MS nº 20.999/DF, Min. Rel. Celso de MELLO, DJ. 25/05/1990.

231. Para GASPARI, o processo de redemocratização brasileiro inicia-se efetivamente em 1975, um ano após o início do mandato de Ernesto Geisel. Cf. GASPARI, Elio. *A Ditadura Encurralada*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2004, p. 21 e seguintes.

a partir da redemocratização do país assumem fundamental importância no impulso do direito administrativo: Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, MOREIRA NETO, DI PIETRO e MEDAUAR. O impulso inicial dado por esses autores foi forte o suficiente para produzir toda uma geração de novos interessados no controle da administração e na discricionariedade administrativa, cuja referência serve para exemplificar a importância crescente que o tema tem provocado: FIGUEIREDO, GRAU, LEITE, FRANÇA, SADDY, KREEL, BINENBOJM, GUERRA, FARIA, SAAD, PEGORARO, CADEMARTORI, CUNHA, TOURINHO, FREITAS, CARVALHO FILHO, JUSTEN FILHO, SUNDFELD, SOUZA, MARQUES NETO, OLIVEIRA, SOUSA, MENEZES DE ALMEIDA, SCHIRATO, NOHARA, MARRARA, GONZÁLEZ, SILVA, MIRANDA, ARAGÃO e ROCHA²³².

232. Cf. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001; FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 6ª Ed.; GRAU, Eros Roberto. (O Direito ...). Op. Cit. 1996; LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e Discricionariedade*. São Paulo: RCS Editora, 2006; FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007; SADDY, André. *Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. KREEL, Andreas. (*Discricionariedade...*). Op. Cit.; BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 3ª Ed.; GUERRA, Sérgio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit.; FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016; SAAD, Amauri Feres. *Do Controle da Administração Pública*. São Paulo: IASP, 2017; PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas: Servanda Editora, 2010; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. (*Discricionariedade...*). Op. Cit.; CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A Juridicização da Discricionariedade Administrativa*. Salvador: Editora Vercia, 2005; TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, 2ª ed; e FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013, 5ª Ed; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2016, 30ª Ed.; JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit.; SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, nº 75/julho-setembro; PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani. *Controle da Administração Pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2017; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. (*Discricionariedade...*). Op. Cit.; OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; e SOUSA, Otavio Augusto Venturini. *Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção?* In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017; MENEZES DE

Esses novos estudos têm preocupações relativamente comuns, ainda que não abordem todos os temas com as mesmas premissas e conclusões. Há uma retomada do tema da discricionariedade a partir do reconhecimento de que essa é a forma de atuação mais relevante da Administração contemporânea e uma preocupação evidente com a *colonização* da discricionariedade pelo direito administrativo, melhor dizendo, com o aprofundamento das discussões sobre por que e como a discricionariedade se manifesta e sobre como o direito a disciplina.

Além disso, uma nova safra de pesquisas e estudos têm saído dos cursos de pós-graduação, por meio de dissertações de mestrado e teses de doutorado, contendo abordagens novas sobre aspectos particulares do controle sobre o exercício da discricionariedade administrativa, muitos com foco no processo de formação das decisões administrativas, no exame da atuação dos chamados órgãos de controle externo,

ALMEIDA, Fernando Dias. (*Formação ...*). Op. Cit.; SCHIRATO, Vitor Rhein. *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia*. In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. (Org. SCHIRATO, Vitor Rhein; e MEDAUAR, Odete). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. NOHARA, Irene Patrícia. *Novos contornos da autocontenção judicial: discricionariedade nas fronteiras da judicialização*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* (Org. WALD, Arnoldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto GUIMARÃES). São Paulo: Malheiros, 2017; MARRARA, Thiago; e GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Org.). *Controles da Administração e Judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, v 1; 2016; SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e MIRANDA, Iúlian. *A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte*, v. 05, 2012; ARAGÃO, Alexandre Santos de. (Curso...). Op. Cit.; ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *O Controle Jurisdicional das Decisões dos Tribunais de Contas*. In: *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: PUCSP, v. 1, p. 339-353, 2016. É importante dizer que essa lista obviamente não se refere a todos os autores que trataram mais recentemente sobre o controle da discricionariedade administrativa. Atualmente todos os manuais, tratados ou livros de curso de direito administrativo cuidam com relativo grau de atenção da discricionariedade administrativa e de seu controle jurisdicional, como também o fazem muitos livros direcionados ao mercado de profissionais do direito. Os autores dessas contribuições (atualmente muitíssimo numerosas) estão em grande medida alijados da lista que apresento, pois propositalmente me concentrei nos autores que produziram monografias ou tiveram particular produção acadêmica voltada ao tema aqui abordado. .

no exercício ou no controle da discricionariedade frente aos princípios gerais do direito administrativo, entre outros temas²³³.

233. Confira-se, por exemplo, os seguintes trabalhos: PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade Normativa da Administração Pública. Estudo do Processo Administrativo Normativo*. Dissertação de Doutorado defendida em 16/05/2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018; COSCIONE, Milene Louise René. *A discricionariedade no processo decisório da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL*. Dissertação de Mestrado defendida em 07/05/2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15032013-081703/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018; ANGIOLUCCI, Maria de Lurdes Aparecida Trujillo. *O Controle Judicial dos Atos Administrativos Discricionários e a Jurisprudência*. Dissertação de Mestrado defendida em 04/06/2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-153306/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018; MERLOTTO, Nara Carolina. *A Atuação do Tribunal de Contas da União Sobre as Agências Reguladoras: Entre a Independência e o Controle*. Dissertação de Mestrado defendida em 10/04/2018. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado; DE BARROS, Laura Mendes Amândo. *Auditoria Democrática: Instrumento de Controle Social na Administração Pública Brasileira*. Dissertação de Doutorado defendida em 13/11/2017. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado; PIO, Nuno Roberto Coelho. *Participação e Controle Social da Administração Pública: Regime Jurídico dos Conselhos de Políticas Públicas*. Dissertação de Mestrado defendida em 23/02/2018. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Trabalho ainda não publicado; ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Dissertação de Doutorado defendida em 08/04/2016. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018; MORENO, Mais. *A Participação do Administrado no Processo de Elaboração dos Contratos de PPP*. Dissertação de Mestrado defendida em 01/04/2016. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08082016-161204/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018; ISSA, Rafael Hamze. *O Controle Judicial dos Atos Normativos das Agências Reguladoras*. Dissertação de Mestrado defendida em 26/02/2015. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16062015-154504/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Ações Estatais Restritivas de Direitos Individuais em Benefício dos Próprios Titulares*. Dissertação de Doutorado defendida em 08/04/2015. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado; DANIEL, Juliana Maia. *O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação de Mestrado defendida em 14/06/2013. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112016-083805/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018; NASCIMENTO, Luiz Alberto do. *O déficit democrático do controle judicial de políticas públicas*. Dissertação de Mestrado defendida em 14/06/2013. Faculdade de Direito

Há agora uma clareza maior sobre a possibilidade de controle jurisdicional da discricionariedade, mas há ainda pouca confluência entre os autores sobre o modo como esse controle deve se dar. Tem-se uma maior valorização dos elementos de legalidade interna na produção de atos administrativos: finalidade e motivo. Há quase unanimidade na consagração dos princípios gerais de direito administrativo como instrumento de controle da discricionariedade. Tem-se, ainda, uma valorização do modo de produção das decisões administrativas por meio do processo administrativo. Continua-se a ouvir, por fim, alguns ecos esparsos da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito dos atos administrativos discricionários*.

Observe-se que essas novas tendências do direito administrativo nacional influenciaram e, em alguma medida, foram influenciadas, por uma razoavelmente farta, muito embora fragmentada, produção legislativa. Destacam-se, por exemplo, neste período, a edição da Lei nº 8.429/1992 (improbidade); da Lei nº 8.443/1992 (TCU); da Lei nº 9.507/1997 (habeas data); da Lei nº 9.784/1999 (processo administrativo); da Lei nº 9.868/1999 (ADI e ADC); da Lei nº 10.683/2003, posteriormente revogada pela Lei nº 13.502/2017 (CGU); da Lei nº 12.016/2009 (mandado de segurança); da Lei nº 12.527/2011 (acesso à informação); da Lei nº 12.846/2013 (anticorrupção); da Lei nº 13.300/2016 (mandado de injunção); e da Lei nº 13.655/2018 (motivação e segurança jurídica)²³⁴.

da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-162134/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018; RUBIM, Thiago Freitas. *Judicialização de políticas públicas: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira*. Dissertação de Mestrado defendida em 22/05/2017. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado; PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa. *O Controle Jurisdicional do Silêncio Administrativo*. Dissertação de Mestrado defendida em 15/12/2008. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23022012-131518/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018; e PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet*. Dissertação de Mestrado defendida em 03/06/2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12122014-131541/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018.

234. Também foram editadas muitas leis estaduais de processo administrativo, dentre as quais: Lei Complementar nº 33/1996 (Sergipe); Lei nº 10.177/1998 (São Paulo); Lei nº 11.781/2000 (Pernambuco); Lei nº 6.161/2000 (Alagoas); Lei nº 13.800/2001

É importante frisar que há uma evidente retomada dos temas da discricionariedade e de seu controle jurisdicional não com o intuito de meramente reproduzir os pensamentos desenvolvidos no período anterior (1940-1990), mas com a firme intenção de atualizar as bases da doutrina nacional sobre o tema, adequando-o à nova realidade constitucional e às pretensões democratizantes da sociedade brasileira. É o que se nota, por exemplo, a partir do que expõe Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “*Em despeito do muito que já se escreveu sobre o assunto, ainda há espaço para que muito mais se escreva, pois há tópicos importantes que precisam ser visitados ou revisitados*”²³⁵.

Essa *revisitação* da discricionariedade parte também da consciência de que o papel da Administração na contemporaneidade, como anteriormente já se destacou, cresceu imensamente e que, por isso, o direito deve refletir sobre o aperfeiçoamento dos controles sobre a Administração, sob pena de um decréscimo das liberdades como nunca antes visto. Como diz MEDAUAR:

*“A partir da segunda metade do século XX, com a dinâmica intervencionista, ampliaram-se as atribuições administrativas; um número crescente de decisões passou a afetar com mais amplitude direitos e interesses dos indivíduos (...) O conjunto desses fatores acarreta a mudança da natureza pura da discricionariedade. Prega-se então a necessidade de nova disciplina para que se torne objetiva, imparcial, controlável”*²³⁶.

(Goiás); Lei nº 2.834/2001 (Recepção a Lei Federal nº 9.784/1999 no âmbito do DF); Lei nº 14.184/2002 (Minas Gerais); E leis municipais de processo administrativo: Lei nº 14.141/2006, com alteração posterior pela Lei nº 14.614/2007 (São Paulo); Lei nº 5.806/2014 (Cuiabá); Lei nº 1997/2015 (Manaus); Lei Complementar nº 790/2016 (Porto Alegre); e Lei nº 9.861/2016 (Goiânia).

235. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *(Discricionariedade...)*. Op. Cit., p. 10.

236. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017, p. 241.

2.4.1. Ampliação da noção de legalidade

Mas há outros movimentos, nessa retomada do tema, que podem ser identificados com o surgimento real de uma nova linha de reflexão teórica sobre o controle jurisdicional da discricionariedade. O primeiro deles é a ideia de que a legalidade se impõe a todo e qualquer comportamento estatal, ainda que discricionário. Trata-se, no entanto, de legalidade não só estrita, ou estritamente relacionada com a lei formal, mas identificada com a multiplicidade de fontes do direito administrativo tais como a constituição, os princípios gerais, os regulamentos e os precedentes judiciais, uma legalidade que alguns passam a denominar de juridicidade ou, simplesmente, de conformidade com o direito. É o que diz DI PIETRO:

*“Com a formação do Estado de Direito, houve uma ampliação do âmbito de aplicação da legalidade administrativa, de tal sorte que toda ela passou a ser submetida ao Direito, foi quando a discricionariedade deixou de ser um poder político para transformar-se em poder jurídico”*²³⁷

Com isso, há, ainda, a superação definitiva da ideia de administração graciosa e contenciosa²³⁸ e um questionamento crescente da diferenciação de tratamento jurídico entre atos de governo e atos discricionários e mesmo da caracterização da discricionariedade como um poder²³⁹.

237. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 80. No mesmo sentido: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (*Ações ...*). Op. Cit., p. 134 e seguintes; e GRAU, Eros Roberto. (*O Direito...*). Op. Cit. p. 131 e seguintes.

238. Ao que MEDAUAR acrescenta a inaplicabilidade da distinção entre direito subjetivo e interesse legítimo, própria do direito italiano: “(...) não encontra ressonância no ordenamento pátrio a contraposição entre direito subjetivo e interesse legítimo para efeito de invocação da proteção judiciária. Tal contraste apresenta relevo em ordenamentos estrangeiros, como, por exemplo, o italiano, em que os direitos subjetivos são invocados perante a jurisdição comum e os interesses legítimos, perante a jurisdição administrativa”. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Controle ...*). Op. Cit., p. 220.

239. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 81-89.

Faz-se, depois de uma persistente omissão da doutrina nacional sobre esses temas, uma reflexão – ainda que não haja unanimidade entre os autores também nesse ponto – tanto sobre a distinção entre discricionariedade e interpretação²⁴⁰, como sobre os chamados *conceitos jurídicos indeterminados*, sobre sua identificação ou não como o tema da discricionariedade²⁴¹ e, por fim, sobre a chamada discricionariedade técnica²⁴².

É importante notar que, nessa fase, não mais se nega o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, pois se reconhece a amplitude dos controles jurisdicionais estabelecidos pelo art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Como salienta MEDAUAR: “*Se antes da Constituição de 1988 notava-se nítida tendência na doutrina e na jurisprudência no sentido da ampliação do controle jurisdicional da Administração, essa tendência se acentuou ao longo de sua aplicação.*”²⁴³. Na mesma linha disserta Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem o controle jurisdicional da discricionariedade é viável e, em verdade, consubstancia-se como um controle de mera legalidade ou *legitimidade*:

*“Este é um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos – praticados embora ‘sub color’ de (pretenso) exercício de discricionariedade – sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a providência ótima almejada pela lei, pois, em casos que tais, não terá havido exercício de verdadeira discricionariedade administrativa, mas terá ocorrido pura e simplesmente violação do Direito.”*²⁴⁴.

240. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 124.

241. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 90-106.

242. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 106-124.

243. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Controle...*). Op. Cit., p. 226. No mesmo sentido: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Op. Cit., p. 243.

244. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 48.

Outro ponto importante do pensamento contemporâneo, no contexto da discussão do controle jurisdicional dos atos discricionários, é a maior valorização dos chamados elementos internos de validade ou de legalidade dos atos administrativos, mais especificamente da *finalidade* e do *motivo*.

2.4.2. Desvio de poder ou finalidade

Se a doutrina brasileira, no período entre as décadas de 1940-1990, hesitou incorporar de forma clara a teoria francesa do *détournement de pouvoir* ao direito brasileiro, justamente por intuir que a aplicação integral dessa teoria permitira um aprofundamento, em muitos casos, do exame judicial do mérito do ato discricionário²⁴⁵, há que se admitir que atualmente existe uma forte reação a isso, bem como uma verdadeira atualização da reflexão teórica sobre a possibilidade de invalidação dos atos administrativos a partir da verificação dos motivos em que se lastrearam e da correição da motivação que os externalizou.

Expressiva a passagem de DI PIETRO sobre esse tema:

“Pode-se mencionar, de um lado, a contribuição da jurisdição administrativa francesa, com a elaboração das teorias do desvio de poder e dos motivos determinantes. (...) O Judiciário, que se limitava ao exame da competência, da forma escrita e do objeto, pode passar a apreciar a finalidade, que deixou de ser elemento meramente moral, livre de apreciação judicial, e passou a ser elemento de legalidade (...) esse exame dos motivos foi se dando no sentido de uma ampliação: de início, fazia-se apenas uma constatação dos fatos, para saber se existiram ou não; em um segundo momento, passou-se a examinar a qualificação jurídica dos fatos feita pela Administração, para verificar

245. Anote-se a passagem de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, neste sentido, em que afirma que um exame mais acurado dos motivos e de sua compatibilidade com a finalidade específica da decisão administrativa “*pode levar, inclusive, a total desaparecimento da discricionariedade*”. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 38.

se os fatos ocorridos são de natureza a justificar a decisão, permitindo-se ao Judiciário entrar no exame das noções imprecisas ou 'conceitos jurídicos indeterminados'; em terceira fase, passou-se a examinar a adequação da decisão aos fatos, pela aplicação dos princípios da proporcionalidade dos meios aos fins."²⁴⁶

Disso decorrem igualmente esforços, imensamente maiores do que aquele que havia feito a doutrina até recentemente, no aperfeiçoamento dos estudos sobre a determinação jurídica da finalidade da decisão administrativa e também sobre como avaliar o atendimento, em uma dada situação concreta, da finalidade enquanto elemento ou requisito de validade da decisão administrativa. Passa-se a identificar como desvio de poder não só aquelas situações em que a autoridade visa a alcançar um fim pessoal, o favorecimento de um interesse particular específico, sem finalidade pública (entre muitos outros exemplos: a admissão de parentes em cargos de confiança, as desapropriações por represália pessoal ou política ou o direcionamento de editais de licitação para favorecer doadores de campanha eleitoral), mas, também, quando a autoridade busca atender uma finalidade pública que seja incompatível com a competência utilizada (e.g. o fechamento sanitário de um estabelecimento comercial, com o objetivo de que o particular pague impostos em mora), como, por fim, os casos de desvio por omissão²⁴⁷ (e.g. a falta de deferimento de uma autorização ou licença com o objetivo de impedir a entrada de um competidor em um dado mercado, favorecendo o *incumbent*, isto é, a empresa que já atuava no mercado, pois detinha autorização ou licença semelhante).

246. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 40-41. Na mesma linha: MEDAUAR, Odete. (*Controle...*). Op. Cit., p. 230.

247. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 59 e 75. Em sentido semelhante também merece menção: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Desvio de Poder em Atos Administrativos*. In: *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro* (Org. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago). São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 809-811.

2.4.3. Dever de motivação

A motivação – que muitos, lembre-se, entendiam ser facultativa nos atos discricionários – passa a ser considerada um elemento essencial para a validade das decisões, notadamente quando forem discricionárias. SUNDFELD, um dos pioneiros nessa nova linha, diz: “*A fundamentação dos atos administrativos é princípio básico do direito administrativo, amparado na ideia de garantia do administrado contida no Estado de Direito e coerente com os princípios da legalidade, segurança e amplo controle (...) todos os atos administrativos devem guardar motivação, mesmo à falta de expressa disposição legal, não cabendo distinguir entre atos vinculados e discricionários (...)*”²⁴⁸, em movimento que vai ser identificado por MEDAUAR como resultado do processo de redemocratização do país:

*“Um dos aspectos referentes à democratização da Administração que representa vínculo à discricionariedade encontra-se na ‘motivação’ dos atos administrativos.”*²⁴⁹

Outra passagem importante sobre esse ponto, em DI PIETRO, identifica os fundamentos constitucionais da motivação:

*“A motivação, embora não inserida expressamente na Constituição Federal entre os princípios impostos à Administração Pública, está nela implícita, porque é inerente ao princípio da legalidade, ao da publicidade e, em especial, ao do devido processo legal; e é indispensável até para que os cidadãos possam exercer seu direito à informação, pois, sem a motivação, não lhes é possível conhecer as razões que serviram de fundamento à decisão administrativa (...)”*²⁵⁰.

248. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. (*Motivação...*). Op. Cit., p. 125.

249. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Op. Cit., p. 242.

250. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 227. Em linha muito próxima tem-se Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem: “(...) decisões imotivadas, sigilosas, entregues ao exclusivo e irreversível ‘arbitrio’

Desse modo, a motivação deixa de ser encarada como mera formalidade e passa a integrar os elementos do ato enquanto um requisito material, verdadeiro catalizador das razões de decidir levadas em consideração pelas autoridades públicas, fio de ligação entre os motivos, a finalidade e o objeto do ato. É, entre outros fatores, a partir da coerência argumentativa, lógica, jurídica, sistêmica e da articulação racional entre os fatos e o direito, constantes da motivação, que será possível verificar a presença na decisão dos motivos e da finalidade. Nesse ponto, a doutrina nacional trata de sanar mais um de seus atrasos por meio da sondagem de todas as técnicas de verificação (já utilizadas pelo direito de outros países) dos motivos *de fato* e de sua articulação com os motivos *de direito*, em casos concretos, para a determinação da validade da decisão administrativa.

A jurisdição da discricionariedade administrativa passa então a ser também compreendida como uma jurisdição de fato: de existência dos fatos; da qualificação jurídica dos fatos; e da consideração material de todos os fatos (enquanto provas ou evidências colhidas ao longo da instrução da decisão) na decisão. Como diz Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO: “(...) *o plexo de circunstâncias fáticas vai compor balizas suplementares à discricção que está traçada abstratamente na norma (que podem, até mesmo, chegar ao ponto de suprimi-la), pois é isto que, obviamente, é pretendido pela norma atributiva de discricção, como condição de atendimento de sua finalidade*”²⁵¹.

ou ‘juízo de consciência’ dos próprios autores do ato são radicalmente inconvincentes com o ‘Estado de Direito’, além de se chocarem com o simples senso comum, que postula naturalmente a aceitação da falibilidade humana e consequentes mecanismos de seu controle.” Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 102; e MEDAUAR, para quem: “(...) *relevante se nos afigura, pois, a motivação do ato discricionário para ensejar o controle dos critérios adotados pelo administrador na opção por uma ou outra das alternativas que lhe permite a lei*” Cf. MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993, p. 108.

251. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 36. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (na mesma obra, p. 94) e outros autores - e.g. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (*Curso...*). Op. Cit., p. 187-188 - vão resgatar a noção de *causa* do ato administrativo a impor a verificação de que os motivos apontados na decisão são “*implicitamente respaldados pela lei, por corresponderem a situações que demandaram a prática de um ato idôneo para atendimento da*

Mesmo em relação aos fundamentos *de direito* da decisão administrativa há uma progressão do controle. O chamado *erro de direito* passa a ser compreendido não só como a falta de qualquer sustentação normativa para o ato, mas também como a fundamentação erroneamente embasada sobre uma norma inaplicável à decisão (por incompatibilidade com o caso concreto ou por inconstitucionalidade ou ilegalidade). Do mesmo modo, estende-se o conceito de *erro de direito* para os casos de interpretação equivocada da norma jurídica invocada para a motivação do ato e nos casos em que há desrespeito a precedentes judiciais ou administrativos.

Muitos desses casos, encarados tradicionalmente como defeitos de motivo, ou ainda como *erros de fato* ou *erros de direito*, vão receber novos rótulos ou análises específicas, sempre com o intuito de ir mais a fundo em seu estudo jurídico, reforçando a importância da exatidão material das razões de decidir, decorrendo disso as teorias do *custo-benefício*, do *erro manifesto*, da *proporcionalidade* e da *ponderação de interesses*²⁵².

2.4.4. Princípios gerais do direito administrativo

Outro importante movimento da doutrina nacional, no sentido da renovação do tratamento teórico da discricionariedade administrativa, encontra-se na consagração dos princípios gerais de direito administrativo como instrumento de controle jurisdicional. É possível que esta seja, dentre todas as mudanças havidas no período mais recente, a que se encontra atualmente mais madura e justamente a que tem provocado um maior número de reflexões e de problemas práticos a resolver.

finalidade normativa” e “se há relação de pertinência lógica, ou seja, de adequação à face de princípios encampados pelo Direito, entre a situação tomada como base para a prática do ato e a finalidade que a lei atribui à competência exercitada”.

252. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Op. Cit., p. 243-245. No mesmo sentido: PEREZ, Marcos Augusto. (*Controle...*). Op. Cit., p. 74-80.

Como já dito, há uma ampliação da compreensão da legalidade, e os princípios gerais de direito administrativo²⁵³, especialmente os princípios constitucionais de direito administrativo, têm um papel importante nessa ampliação. Essa legalidade ampla, identificada com juridicidade, vai implicar que as decisões administrativas tenham seu objeto (conteúdo) e seu fundamento jurídico (motivo) não só respaldados pela lei formal ou estrita, como, principalmente, por princípios jurídicos como os da moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e razoabilidade ou proporcionalidade.

Há quase unanimidade dos autores atuais com relação a esse ponto²⁵⁴. MEDAUAR, por exemplo, diz: “(...) a Constituição de 1988 está impregnada de um espírito geral de priorização de direitos e garantias ante o Poder Público. Uma das decorrências desse espírito vislumbra-se na indicação de mais parâmetros para a atuação, mesmo discricionária, da Administração, tais como o princípio da moralidade e o princípio da impessoalidade. O princípio da publicidade, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que permite maior controle”²⁵⁵. DI PIETRO, por sua vez, acentua que a discricionariedade: “porque exercida nos limites fixados pela lei, sendo ainda limitada por inúmeros princípios previstos de forma implícita ou

253. DI PIETRO diz que há duas teorias mais presentes na doutrina brasileira sobre a natureza e função jurídica dos princípios: (1) a teoria segundo a qual os princípios expressam “valores essenciais da sociedade e constituem as vigas mestras do sistema jurídico, conferindo-lhe organicidade e sentido lógico” e (2) a teoria segundo a qual os princípios são normas correspondentes a “mandamentos de otimização, que podem ser aplicados de diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso” que devem ser objeto de ponderação quando eventualmente entrarem em conflito. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 154-155.

254. Podem ser referidos como autores que concordam com a utilização de diferentes princípios no controle da discricionariedade: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Valoração do Merecimento para fins de progressão na carreira: Discricionariedade?* In: *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro* (Org. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago). São Paulo: Editora Atlas, 2013, p.354; FREITAS, Juarez. (*O Controle...*). Op. Cit., p. 38 e seguintes; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, 16ª Ed., p. 81 e seguintes; TOURINHO, Rita. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 59 e seguintes.

255. MEDAUAR, Odete. (*Controle...*). Op. Cit., p. 226.

explícita na Constituição, como moralidade, razoabilidade, interesse público. Qualquer outra interpretação significa perda da segurança jurídica essencial para proteger os direitos dos cidadãos em face do Poder Público”²⁵⁶, e completa:

*“Sempre que a Administração tenha várias opções para atingir a mesma finalidade, ela deve necessariamente optar por solução que esteja em consonância com os princípios informadores do direito administrativo (...) O princípio da razoabilidade é de fundamental importância no que diz respeito aos limites da discricionariedade, apesar de pouco estudado no direito brasileiro, antes da década de noventa.”*²⁵⁷

Aliás, nesse espírito de atualização e revisão teórica, a doutrina nacional ao tratar do controle da discricionariedade, passa a cuidar dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade com particular atenção. Esses princípios (que para boa parte da doutrina consubstancia-se em um só princípio *proporcionalidade-razoabilidade*) vão obrigar as autoridades administrativas a realizar uma análise de correlação e adequação da decisão (conteúdo) ou dos motivos da decisão aos fins ou objetivos por esta almejados²⁵⁸. Desse princípio decorre, ademais, a obrigação de realizar em casos concretos as técnicas da *ponderação* e do *bilan*, bem como as chamadas análises de custo-benefício, de *value for money* e de impacto ambiental, urbanístico, regulatório, entre outras²⁵⁹.

256. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 59.

257. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 162 e 191. No mesmo sentido, a razoabilidade, proporcionalidade, lealdade, boa-fé e a igualdade são critérios de avaliação da *causa* do ato. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 96-98.

258. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 219.

259. Cf. MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Op. Cit., p. 244-245; VALENTE, Patrícia Pessôa. *Análise de Impacto Regulatório: uma Ferramenta à Disposição do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 30 e seguintes; GUERRA, Sérgio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 341-348; FREITAS, Juarez.

Também aqui há muita afinação entre a maioria dos autores. MOREIRA NETO, por exemplo, anota:

*“(...) não existem tais prerrogativas (...) por clausula geral constitucional, não pode o Judiciário se furtar a examinar os pressupostos de realidade, de razoabilidade e de proporcionalidade de qualquer definição administrativa, sempre que for provocado por quem alegar que a irrealidade, a irrazoabilidade e a desproporcionalidade de qualquer ação do Poder Público causaram lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF)”*²⁶⁰.

Praticamente o mesmo, muito embora com outras palavras, é afirmado por BARROSO, para quem:

*“O conhecimento convencional em matéria de controle jurisdicional do ato administrativo limitava a cognição dos juízes 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. 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)”*²⁶¹.

(O Controle...). Op. Cit., p. 58-59; PEREZ, Marcos Augusto. (Controle...). Op. Cit., p. 63 e seguintes.

260. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Curso...). Op. Cit., p. 236.

261. Cf. BARROSO, Luis Roberto. (Curso...). Op. Cit., p. 417-418. Outras contribuições sobre o princípio da proporcionalidade, em sentido semelhante, vão ser encontradas em: MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Op. Cit., p. 316-319; TORRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica e Limites do Âmbito de Aplicação do Princípio da Proporcionalidade*. In: *Direito e Administração Pública. Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro* (Org. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago). São Paulo: Atlas, 2013, p.132-144.

Como será possível verificar a seguir, a consequência disso foi: ao mesmo tempo em que abriu uma enorme estrada para a atuação do controle jurisdicional, a utilização comezinha dos princípios gerais de direito administrativo no ambiente institucional brasileiro tem gerado alguns problemas jurídicos relevantes, dentre os quais se encontra a elevação do grau de incerteza quanto a direitos e obrigações tanto das autoridades públicas quanto dos administrados.

2.4.5. Valorização do processo administrativo

Mais um ponto de fundamental importância na perspectiva da revisão da teoria jurídica sobre o controle da discricionariedade, nos dias atuais, foi a superveniência de uma maior atenção sobre o modo de produção das decisões administrativas por meio do processo administrativo. Durante muito tempo, o direito brasileiro praticamente se calou sobre o processo administrativo, que já era muito estudado e regulado mundo afora²⁶².

O tema passou a ocupar os estudos da doutrina nacional a partir de trabalhos inovadores de alguns autores, dentre os quais, seguramente o mais extenso e profundo é o de MEDAUAR, para quem o processo corresponde a um modelo de gestação da decisão administrativa voltado à racionalidade, à eficiência e à transparência dessas decisões²⁶³. Quando atingidos esses objetivos, o processo

262. Vale citar como exceção a essa afirmação as reflexões de DANTAS e CAIO TÁCITO, que já defendiam a importância do processo administrativo. Cf. DANTAS, Santiago. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 48-51; TÁCITO, Caio. (*Direito...*). Op. Cit., p. 13-16.

263. Vale citar também os trabalhos identicamente pioneiros de SUNDFELD, DINAMARCO e GRINOVER. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*. In: *As Leis de Processo Administrativo* (Org. SUNDFELD, Carlos Ari e ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo). São Paulo: Malheiros, 2000, p. 17-36; SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importância do Procedimento Administrativo*. In: RDP (Revista de Direito Público), nº 84. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1987, p. 66 e seguintes; DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, 3ª Ed., p. 65-66; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990 e, mais recente, GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a Processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 13-30.

facilita o controle jurisdicional da Administração. Vale citar a seguinte passagem:

“No vínculo legalidade-processo administrativo, este representa uma das garantias do princípio da legalidade, porque significa atuação parametrada da autoridade administrativa, em contraposição à atuação livre, em tese, mais suscetível de arbítrio. Mesmo que exista parcela de discricionariedade em alguma fase do processo administrativo o conhecimento dos mecanismos decisoriais e dos fatos da situação, inerentes à processualidade, possibilitam direcioná-las às verdadeiras finalidades da atuação”²⁶⁴

E como o processo administrativo consegue esse intento? Consegue, em primeiro lugar, porque o processo obriga a autoridade administrativa a declarar os fundamentos de sua decisão; em segundo lugar, porque o processo obriga a autoridade administrativa a se abrir à participação dos interessados, possibilitando-lhes carrear provas e argumentos em defesa de seus interesses; e, por fim, porque obriga a autoridade administrativa a considerar ou ponderar nos fundamentos de sua decisão os múltiplos interesses afetados pela atuação administrativa, decidindo a partir da prova recolhida na instrução do processo. O processo é uma técnica de controle interno, porém pode servir de parâmetro para a atuação do controle externo. Como bem diz, mais uma vez, MEDAUAR:

“(...) a formação do ato administrativo resulta não mais da vontade pessoal, subjetiva, da autoridade, mas de um contraditório entre a Administração e interessado ou de vários interessados ante a Administração, havendo um confronto visível do todos os interesses presentes na situação. (...) os passos dessa evolução assinalam a valorização progressiva dos momentos que antecedem à edição dos atos (...). No processo administrativo, os interessados são ouvidos,

264. Cf. MEDAUAR, Odete. *(A Processualidade...)*. Op. Cit., p. 88.

apresentam argumentos e provas, oferecem informações. Contribuem, portanto, para a determinação do fato ou da situação, objeto do processo.”²⁶⁵

Vê-se, portanto, que, nos últimos anos, os administrativistas brasileiros têm desenvolvido um trabalho tenaz, constante e, em grande medida, coerente de revisão e atualização teórica do tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Não só foram eliminadas as dúvidas sobre a possibilidade de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa como, a partir de novos estudos relacionados à motivação, também sobre o motivo e a finalidade enquanto elementos de validade do ato administrativo; sobre os princípios gerais do direito administrativo; sobre a proporcionalidade-razoabilidade; e sobre o processo administrativo. Ampliou-se tremendamente o instrumental jurídico a ser utilizado no controle jurisdicional da discricionariedade. Mas como a jurisprudência brasileira tem respondido a toda essa mudança de enfoque?

2.5. Ativismo judicial *made in Brazil*

A resposta a essa indagação é, aparentemente, muito simples: sim, a jurisprudência respondeu a todo esse movimento teórico e passou com muita frequência a utilizar as teorias nascentes sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

A *teoria do desvio de finalidade* vem sendo aplicada em muitos casos, como também a *teoria dos motivos determinantes*, de modo a integrar concreta e efetivamente finalidade e motivo aos requisitos para a análise da validade ou da legalidade das decisões administrativas. No mesmo sentido, parte significativa dos juízes passou a utilizar os *princípios gerais de direito administrativo* como ferramenta para o controle da discricionariedade.

265. Cf. MEDAUAR, Odete. (*A Processualidade ...*). Op. Cit., p. 61 e 64.

Muitos e muitos exemplos poderiam ser citados para comprovar esse fato²⁶⁶, dentre os quais há algumas decisões emblemáticas:

“(...) a fundamentação apresentada nas informações evidencia desvio de finalidade pela incongruência entre o motivo e o objetivo do ato de remoção, cuja justificativa está marcada por generalismos e subjetivismos que identificam a presença de interesse público a partir de ilações sobre prejuízos que futuramente poderiam advir do serviço policial. Data venia, não pode a Administração Pública aferir aprioristicamente se as ações policiais serão ou não prejudicadas pelas diferenças profissionais entre o Delegado impetrante e seu coordenador. Ou se comprova concretamente a efetiva existência de prejuízo ao serviço público, ou não passam de um juízo de mero subjetivismo que não se compatibiliza com o princípio constitucional da impessoalidade considerações sobre transtornos futuros, eventuais e incertos – que poderão ocorrer ou não.”²⁶⁷

“Como cediço, ‘os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embaixadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade’

266. No que diz respeito à *teoria do desvio de finalidade*: REsp nº 1.696.759/SP, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 19/12/2017; AgInt no AREsp nº 832.483/MG, Min. Rel. Francisco FALCÃO, DJe 28/08/2017; ADI nº 5.105/DF, Min. Rel. Luiz FUX, DJe 16/03/2016; RE nº 858.031/PE, Min. Rel. Dias TOFFOLI, DJe 21/08/2015; RMS nº 37.327/SE, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 12/09/2013; REsp nº 935.120, Min. Rel. Luiz FUX, DJe 27/10/2010. E ainda, sobre a *teoria dos motivos determinantes*: EDcl no AgRg no REsp nº 1.510.984/PR, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe.15/02/2018; REsp nº 1.487.139/PR, Min. Rel. Geraldo Og Nicéas Marques FERNANDES, DJe. 21/11/2017; RMS nº 44.679/PR, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe 05/10/2017; REsp nº 1.229.501/SP, Min. Rel. Geraldo Og Nicéas Marques FERNANDES, DJe 15/12/2016; AgRg no AREsp nº 500.567/CE, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 18/08/2014; AgRg no REsp nº 1.280.729/RJ, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 19/04/2012; MS nº 15.290/DF, Min. Rel. Castro MEIRA, DJe 14/11/2011; REsp nº 959.395/RS, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 24/09/2010; RMS nº 20.565/MG, Min. Rel. Arnaldo Esteves LIMA, DJ 21/5/2007

267. Cf. RMS nº 37.327/SE, Rel. Ministro Herman BENJAMIN, DJe 12/09/2013.

*(AgRg no REsp 1280729/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19/4/2012). Outrossim, ‘consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido’ (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 14/11/2011)’.*²⁶⁸

Esse movimento intenso tem sido por muitos identificado como uma suposta militância de alguns juízes em torno da ideia de efetividade da Constituição e como um mais comentado do que real *ativismo judicial*.

*Ativismo judicial*²⁶⁹ é uma expressão que se toma de empréstimo dos constitucionalistas norte-americanos e europeus da contemporaneidade. Para muitos um juiz *ativista* é aquele que interpreta a Constituição para além do seu texto estrito ou do *approach* correto ou esperado, a partir dos precedentes jurisdicionais existentes. Para estes o uso da palavra *ativista* ou *ativismo*, como anota SUNSTEIN, não é meramente o descritivo de uma conduta, mas corresponde a um autêntico

268. Cf. RMS nº 44.679/PR, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe. 05/10/2017.

269. Neste sentido, vale a anotação feita por DI PIETRO sobre a polêmica que se dá com muita intensidade hoje no Brasil: “O fenômeno tem sido chamado de ‘judicialização das políticas públicas’ ou de ‘politização do Judiciário’, provocando o chamado *ativismo judicial*.” Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 143. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O que Sobrou da Discricionariedade Administrativa? Reflexões Sobre o Controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Coord. MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo), 2016, p. 167-190; e BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci; SEVERI, Fabiana Cristina. *Desigualdades na Judicialização de Políticas Públicas: Um Estudo de Caso Sobre Demandas por Direito à Saúde Ajuizadas pela Defensoria do Estado de São Paulo, Regional de Ribeirão Preto*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Coord. MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo), 2016, p. 249-274.

insulto²⁷⁰. Nesse sentido, *ativista* é a Corte que renova sua jurisprudência, mas a renova de modo errado, afastando-se da Constituição.

Em um segundo sentido, o ativismo judicial deveria ser mais precisamente retratado não para identificar simplesmente uma maneira equivocada de tomar decisões, mas com a pretensão de ocupar esferas de atuação que, em tese, estariam reservadas para outros poderes, notadamente para o Legislativo, mas que não são por estes preenchidas. Assim, o Judiciário anteciparia uma agenda política, antecipar-se-ia ao processo democrático, subtraindo dos eleitores o poder de decidir determinadas questões por meio da escolha de representantes que se comprometessem com determinadas soluções²⁷¹.

Ora, caso se entenda que a Constituição de 1988 normatiza uma espécie de agenda política que deve ser posta em marcha pelos distintos poderes estatais – Legislativo, Executivo e Judiciário –, conseqüentemente irá também se compreender que a omissão ou a falha do Legislativo ou do Executivo em concretizar esses vetores constitucionais autorizaria o Judiciário a suprir-lhes a falta e executar o papel que não teria sido por aqueles perfeitamente desempenhado.

Nesse caso, haveria certa coincidência da postura de alguns juízes em algumas Cortes brasileiras com a segunda acepção do *ativismo*, para utilizar os conceitos manejados por SUNSTEIN, uma vez que, como sustenta DI PIETRO: “*o entendimento de que as normas constitucionais que garantem esses direitos têm que ter um mínimo de eficácia decorrente diretamente da Constituição*” traz como consectário que “*a concretização dos direitos sociais deixou de depender inteiramente do direito administrativo (leis e atos administrativos), podendo ser garantida por decisões judiciais tomadas em casos concretos*”²⁷².

Observe-se, por exemplo, o que diz o Min. Humberto MARTINS em um julgado relativamente recente:

270. Cf. SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. Nova York: Basic Books, 2005, p. 42.

271. SUNSTEIN, Cass. (*Radicals ...*). Op. Cit., p. 43. Para o autor, neste sentido, a decisão tomada em *Roe v. Wade* (sobre o aborto) seria um exemplo de ativismo judicial.

272. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 42.

“A realização dos Direitos Fundamentais não é opção do governante, não é resultado de um juízo discricionário nem pode ser encarada como tema que depende unicamente da vontade política. Aqueles direitos que estão intimamente ligados à dignidade humana não podem ser limitados em razão da escassez quando esta é fruto das escolhas do administrador”²⁷³.

O julgado exemplifica uma tendência atual, não é possível saber se majoritária ainda, mas seguramente muito frequente tanto no STF quanto no STJ, em torno da defesa da efetividade da Constituição e da competência do Judiciário para intervir em campos outrora reservados à discricionariedade administrativa ou legislativa, sob o argumento de que, ao assim se portar, o Judiciário nada mais faz do que cumprir o seu papel de *intérprete da Constituição*²⁷⁴.

Observe-se que a amplitude do controle jurisdicional no Brasil é inquestionavelmente uma conquista democrática. Muitos, durante anos e anos de escuridão e ditadura, militaram em favor da ampla acessibilidade jurisdicional da qual hoje em grande medida se desfruta. A opção feita pelo constituinte de 1988, por seu turno, foi expressamente a de construir uma constituição principiológica e programática à qual é obviamente necessário conferir efetividade.

273. Cf. REsp.nº 1185474/SC, Rel. Min. Humberto MARTINS, Segunda Turma, DJ 29.4.2010.

274. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 141. No mesmo sentido: AgR no RE nº 835236/GO, Min. Rel. Roberto BARROSO, DJe 04/10/2017; REsp nº 1.150.392/SC, Min. Rel. Sérgio KUKINA, DJe 20/09/2016; RE nº 592581/RS, Min. Rel. Ricardo LEWANDOWSKI, DJe 01/02/2016; REsp nº 1.366.331/RS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 19/12/2014; AgR no ARE nº 745745/MG, Min. Rel. Celso DE MELLO, DJe 19/12/2014; AI nº 598.212/PR, Min. Rel. Celso DE MELLO, DJe 24.04.2014; REsp nº 440.502/SP, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 24/09/2010; AgR na SL nº 47/PE, Min. Rel. Gilmar MENDES, DJe 29/04/2010; e REsp nº 1.041.197/MS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 16/09/2009.

O prolapado *ativismo judicial* deriva, no caso brasileiro, do fato de que a ampliação dos controles jurisdicionais não se concilia harmonicamente com uma postura excessivamente tímida, para não dizer omissa, do Legislativo e do Executivo na concretização dos programas constitucionais. Assim, a tentativa de antecipação, pela via judicial, da agenda política contida na Constituição torna-se quase um imperativo em face da inércia ou dos desvios frequentes de atuação do Legislativo e do Executivo.

Há, portanto, uma diferença entre o decantado *ativismo*, no ambiente brasileiro e seu congêneres norte-americano. Aqui, se o que se chama de *ativismo* também gera a sensação de certa inversão de papéis entre a o Legislativo e o Judiciário, ou entre a Administração e o Judiciário, não se pode, a bem da verdade, atribuir aos juízes, na maioria das vezes, a tentativa de antecipar certas causas políticas, pois a grande maioria dos programas políticos cuja reivindicação de concretização desaguam no Judiciário já foi definida há certo tempo pela Constituição.

Impõe-se, entretanto, que a reflexão não se afaste, nesse ponto, em demasia dos objetivos deste capítulo, pois as questões relacionadas ao suposto *ativismo judicial* e as inseguranças e ineficiências geradas pela conjuntura brasileira voltarão à pauta na sequência deste trabalho. Basta a essa altura que se note que, em muitos casos, houve uma significativa mudança na posição do Judiciário (que passou a dar menor importância à *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*), a qual, como consequência, passou a ser vista – e inclusive por muitos contestada – como *ativista*.

2.6. A “morte e a morte” da imunidade do mérito

Mas a *teoria da imunidade do mérito* encontra-se plenamente superada?

A frase que dá título ao presente tópico possui uma força simbólica. Em seu realismo fantástico JORGE AMADO, ao narrar as desventuras do defunto Quincas Berro D’água, dizia:

*“até hoje permanece certa confusão em torno da morte de Quincas Berro D’água. Dúvidas por explicar, detalhes absurdos, contradições (...)”*²⁷⁵.

O mesmo parece acontecer com a *teoria da imunidade do mérito*.

Resta claro, por tudo o que se expôs, que o direito brasileiro tem gradativamente reduzido a abrangência da *teoria da imunidade do mérito*. Alguns doutrinadores passaram, ao longo do tempo, a admitir que o controle judicial viesse a recair sobre os chamados elementos de legalidade interna dos atos administrativos: o motivo e a finalidade²⁷⁶, principalmente; atenuou-se, com isso, a contradição entre legalidade e mérito²⁷⁷; introduziram-se as ideias de razoabilidade, proporcionalidade e moralidade como critérios para o controle do mérito²⁷⁸; e tentou-se reduzir o chamado mérito aos casos em que seja objetivamente impossível identificar qual a medida que corresponda ao *“exato atendimento da finalidade legal”*²⁷⁹.

Mesmo para JUSTEN FILHO, dentre os autores atuais talvez o mais apegado à insindicabilidade do mérito, há situações excepcionais que autorizariam o Judiciário a romper as fronteiras da discricionariedade administrativa: *“quando a decisão for desarrazoada, arbitrária ou destituída de qualquer aptidão a realizar de modo adequado a finalidade buscada”*²⁸⁰.

Mas, apesar disso, a questão que dá partida ao presente tópico permanece válida e sua resposta não será de todo precisa, pois há ainda no direito brasileiro claros ecos, ainda que esparsos, da *teoria*

275. Cf. AMADO, Jorge. *A morte e a morte de Quincas Berro D’água*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, Edição Eletrônica Kindle, pos. 63 de 1167.

276. Cf. TÁCITO, Caio. (*O Abuso...*). Op. Cit., p. 12-13. No mesmo sentido, os comentários de LEAL ao acórdão proferido pelo Desembargador Seabra FAGUNDES na Apelação Cível nº 1.422/RN – Cf. LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário da administração – Abuso desse poder – Mandado de segurança – Direito líquido e certo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1948, v. 14, out., p. 53-55.

277. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Direito Administrativo Moderno*). Op. Cit., p. 146-147.

278. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Direito...*). Op. Cit., p. 259.

279. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 993/994.

280. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 261.

da imunidade do mérito. Muitos teóricos, depois de tanto tempo de sua aplicação, temem abandoná-la ou enterrá-la de modo inequívoco. Ademais, muitos julgados insistem em casuisticamente manejá-la, dando, muitas vezes, a impressão de sua perfeita vigência e aplicação.

Observe-se o que diz DI PIETRO:

*“chega-se ao ponto de afirmar que não se pode mais cogitar de ‘mérito’ do ato administrativo, como limite à apreciação dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, o que, evidentemente, constitui exagero inaceitável”*²⁸¹.

Estando DI PIETRO entre as mais enfáticas defensoras da ampliação dos controles jurisdicionais sobre a discricionariedade administrativa no período que segue à edição da Constituição de 1988, gera certo estarrecimento, em um primeiro momento, a ideia de que o controle do mérito pelo Judiciário constitua um *exagero inaceitável*²⁸². Mas o espanto se dissipa quando se observa que muitos outros doutrinadores caminham exatamente na mesma trilha. É o caso de MOREIRA NETO que:

*“encontra no ‘mérito’ o ‘sentido político’ da ação do Estado enquanto administrador, protagonizada pelos mestres Seabra Fagundes e Cretella Júnior (...) esse sentido político decorre da função de atender ao ‘interesse público’, para o desempenho do qual a Administração deve preencher uma definição específica incompletamente feita na lei”*²⁸³

281. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 40.

282. DI PIETRO, em outras passagens, parece se contradizer e admitir o controle da legalidade (em termos amplos) do mérito: *“A conclusão única possível é a de que o Judiciário pode examinar o mérito do ato administrativo. No entanto, o que não é possível é o Judiciário substituir a decisão discricionária adotada validamente. Ele está limitado pela legalidade em sentido amplo, abrangendo não só os atos normativos, como também os princípios e valores adotados de forma expressa ou implícita na Constituição”*. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 134.

283. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*.

E completa:

*“Nesta hipótese, de emprego da discricionariedade, como as escolhas são todas exclusivas da Administração, não pode, o Judiciário, a pretexto de exercer controle, substituí-las pelas suas, embora possa e deva examinar, quando provocado, se foram exercidas dentro dos limites legais”*²⁸⁴.

É também o caso de Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem:

*“Assim, tanto em uma como em outra, se for o caso, terá de concluir que o ato administrativo não é passível de censura porque a Administração atuou dentro da esfera legítima, isto é, ‘dentro do campo de liberdade (intelectiva ou volitiva) que a lei lhe proporcionava’, seja porque não excedeu a esfera de intelecção razoável de um conceito fluido, seja porque não se excedeu ao decidir que tal ou qual comportamento era o mais conveniente e oportuno, por ter se mantido dentro dos limites da razoabilidade”*²⁸⁵.

Do mesmo modo que a doutrina, a jurisprudência também hesita em enterrar a *teoria da imunidade do mérito*. Ainda há muitas decisões tomadas em nossos tribunais calcadas na ideia de que inexistem permissão de reexame jurisdicional da discricionariedade quanto aos seus aspectos de conveniência e oportunidade.

Novas Reflexões Sobre os Limites e Controle da Discricionariedade. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, p. 31-33.

284. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 235.

285. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 27. No mesmo sentido, Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. (*Manual...*) Op. Cit., p. 130-132.; JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 261; FIGUEIREDO, Lucia Valle. (*Curso...*). Op. Cit., p.212-213; LEITE, Luciano Ferreira. (*Interpretação...*). Op. Cit., p. 90.

No julgamento do REsp nº 1336559/SC, o ministro relator Benedito GONÇALVES, por exemplo, declara:

“Embora não se desconheça a vedação imposta ao Poder Judiciário de adentrar no mérito dos atos discricionários, entre os quais se inclui o pedido formulado por servidor público de concessão de licença para tratar de assuntos particulares, a faculdade de análise dos motivos e da finalidade do ato não pode ser excluída do magistrado quando evidenciado abuso por parte do Administrador, situação constatada na hipótese sub examine”²⁸⁶.

Observe-se que a decisão em parte transcrita reflete perfeitamente as duas faces do tema ora abordado: de um lado, o tribunal declara que é vedado ao Judiciário imiscuir-se no mérito – escutam-se claros os ecos da longa *teoria da imunidade*; de outro, permite-se controlar a decisão administrativa discricionária sob o pretexto de exame dos seus motivos e de sua finalidade.

Outro caso, ainda mais recente, do Superior Tribunal de Justiça, merece atenção:

“(...) ‘O Judiciário não pode ir além do exame da legalidade para emitir um juízo de mérito sobre atos da administração nem tampouco pode formular políticas públicas que constituam matéria sob reserva de governo, ou que consubstanciem atos políticos. Desse modo, fica impossibilitado de intervir, influenciando na tomada de decisões que importam análise de conveniência e oportunidade. Além disso, há um planejamento de políticas públicas que o Judiciário não pode revogar, pois cabe ao Poder Executivo formulá-lo e executá-lo nos setores em que o Estado age (art. 163 e seguintes da CF)’. Vê-se, portanto, que a controvérsia foi dirimida com fundamentos eminentemen-

286. Cf. AgRg no REsp nº 1336559/SC, Rel. Min. Benedito GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 19/05/2015.

*te constitucionais, sendo inviável, por meio da via eleita, a revisão de tal entendimento, sob pena de usurpação da competência do STF*²⁸⁷.

No caso, o Ministério Público pleiteava que o Estado do Mato Grosso do Sul suprisse longa omissão em dar cumprimento aos seus deveres constitucionais e legais e construísse estabelecimentos penais para cumprimento de pena criminal em regime semiaberto, mas restou decidido que ao Judiciário não seria dado “*determinar e definir a realização, por parte do Estado, de obras públicas, nem estipular prazo para sua concretização*”.

A decisão do Ministro Gurgel de FARIA ratifica o acórdão da segunda instância para declarar expressamente que o Judiciário não pode emitir um juízo de mérito, ressaltando-se o exame da legalidade da decisão administrativa. Observe-se que a decisão judicial considera o tema como de natureza constitucional, ou seja, deve remetê-lo (ainda que isso não fique claro) ao exame do princípio da separação de poderes. Porém, ainda que se pregue o controle da legalidade do ato discricionário, a decisão judicial não dá qualquer noção de até onde os tribunais podem ir no exame da legalidade do ato administrativo²⁸⁸.

Como se vê, diante de todo o périplo feito neste capítulo, torna-se bastante evidente que o direito brasileiro avançou muito no caminho da ampla jurisdição da discricionariedade administrativa. Há manifestações solares no sentido da extinção da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*. Mas há, ao mesmo tempo, muitas manifestações contraditórias a essa tendência – e assustadoramente recentes –, nas quais a utilização da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* como argumento jurídico válido se dá com absoluto destemor.

287. Cf. AREsp 396775, Rel. Min. Gurgel de FARIA, decisão monocrática, DJe. 22/08/2017.

288. V. Capítulo 2, nota 230.

De fato, nem a doutrina nem a jurisprudência parecem compreender plenamente quão a fundo poderiam descer na análise das decisões administrativas por meio do exame de seus motivos, de sua finalidade e de outros aspectos relacionados à legalidade administrativa que serão mais bem abordados na sequência deste trabalho. Dessa incompreensão parece emergir a contradição fundamental: a discricionariedade seria controlável a partir de seus elementos de legalidade, mas o mérito continuaria intocável.

Essa contradição é, no entanto, simplesmente intolerável, pois, considerado o gigantesco grau de imprecisão jurídica que gera, acabaria por conferir ao juiz a faculdade de escolher se e quando controlar a legalidade das decisões discricionárias, tornando largamente arbitrário o exercício da jurisdição. Nesse contexto, a conjugação da legalidade, em termos amplos, e da *imunidade do mérito* poderiam ser encaradas como ferramentas que possibilitariam desafortunada e inadmissivelmente que se decidisse, em cada caso analisado, controlar ou não controlar a discricionariedade administrativa segundo as conveniências pessoais ou políticas do julgador ou da respectiva Corte.

2.7. Basta a legalidade! Basta a legalidade?

Essa é efetivamente a contradição em que se meteu o direito administrativo brasileiro, que, há muito mergulhado nas trevas da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*, tem sua visão ofuscada pela imensa claridade que se criou com a ampliação da noção de legalidade. A superação dessa situação ou desse dilema está na busca da conciliação de valores constitucionais fundamentais já outras vezes mencionados no presente estudo: (1) a vedação ao arbítrio, que indica a necessidade de controle sobre o exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas; (2) a ampla acessibilidade ao controle jurisdicional; e (3) a preservação do sistema democrático, da separação de poderes e da segurança jurídica.

Se, por um lado, a Constituição e a norma do Estado Democrático de Direito não permitem cogitar que, uma vez escolhidos pelo voto dos cidadãos, os governantes tenham plena liberdade de escolha perante as faculdades discricionárias que lhes forem endereçadas pela

legislação, por outro, não se pode admitir que a jurisdição simplesmente passe a tomar decisões administrativas e liderar a Administração no lugar dos governantes democraticamente eleitos.

Ademais, a essa altura já deve estar claro que a conciliação dos referidos valores constitucionais fundamentais no direito brasileiro, até bem pouco tempo atrás, era realizada pela *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*. Entretanto, apesar de sua longevidade, a teoria do mérito não consegue resolver convenientemente questões geradas pela complexidade e diversificação crescentes das funções desempenhadas pela Administração Pública, de modo a conciliar os valores anteriormente apontados.

Refleta-se quão necessário é que seja feito o controle jurisdicional das decisões normativas das agências reguladoras, ou a tutela jurisdicional dos interesses difusos e coletivos perante a Administração Pública em casos que envolvam decisões (normativas ou individuais) relacionadas às grandes intervenções urbanísticas, à comercialização de alimentos ou fármacos, à implantação e à prestação adequada de determinados serviços públicos, às políticas de fomento, entre muitos e muitos outros temas.

O fato é que há um universo de discricionariedade a envolver o exercício cotidiano das funções público-administrativas, e o Judiciário é a via mais importante para a defesa do cidadão e do administrado em face da arbitrariedade e do capricho das autoridades públicas. Logo, pensar que o mérito dos atos discricionários esteja imune ao controle do Judiciário seria, nos dias de hoje, aumentar perigosamente a liberdade de atuação da Administração, colocando em sério risco os direitos individuais, coletivos e difusos dos administrados, uma vez que boa parte das atividades da Administração Pública, seguramente as suas atividades mais importantes, justamente aquelas que afetam um maior número de interessados, deixariam de ser judicialmente revisadas.

Diante disso, não se deve reduzir e muito menos abandonar a legalidade, em sua noção alargada – identificada por muitos à juridicidade. A normatização e a teorização dos princípios gerais do direito administrativo são de grande importância para a efetivação do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa e emasculá-las em favor da recriação ou da manutenção de *imunidades* jurisdicionais

somente colocaria o cidadão, os valores democráticos e a segurança jurídica em maior perigo.

Mas isso não basta! É necessário ir além da noção ampla de legalidade e do controle jurisdicional por meio da aplicação direta de princípios; é preciso aprofundar o exame e a compreensão da legalidade; e é preciso criar métodos para a aferição desta legalidade ampla.

É imperativo, enfim, sepultar-se a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*, mas também é fundamental buscar-se novos caminhos, novos métodos que tenham o objetivo de conciliar os valores constitucionais fundamentais enunciados no introito deste tópico. Há que se evitar, com isso, o aprofundamento das contradições e dos problemas contemporaneamente enfrentados pelo direito administrativo brasileiro, como se verificará com maior atenção na sequência deste estudo.

CAPÍTULO 3

A superação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo e a necessária adoção de novos métodos para o controle da discricionariedade

Sumário: 3.1. As contradições do quadro atual e seus problemas; 3.1.1. Princípios, generalidades e insegurança jurídica; 3.1.2. Insuficiência e inadequação dos regulamentos; 3.1.3. Autoritarismo atávico; 3.1.4. Os desafios que se impõem; 3.2. Quem realiza o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa? 3.3. Qual é o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa? 3.3.1. Legalidade e elementos do ato administrativo; 3.3.2. Do ato ao processo e do processo ao ato; 3.3.3. Motivos e motivação; 3.3.4. Controles de eficiência e resultados e controle jurisdicional; 3.3.5. Atos políticos ou de governo; 3.4. Conclusão

3.1. As contradições do quadro atual e seus problemas

No contexto brasileiro, o quadro até aqui narrado traz como consequência prática uma grande confusão institucional. Sem que o direito fixe de maneira clara o modo pelo qual o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa deva se concretizar, o papel da jurisdição fica muitas vezes comprometido.

Como salientei em texto recente: “*A falta de uma definição mais clara do papel institucional dos órgãos independentes de controle (tais como os tribunais de contas e o Ministério Público); a excessiva fixação de sanções discricionárias contra as autoridades administrativas e contra particulares que mantenham negócios jurídicos com a Administração (sanções que muitas vezes são fixadas de maneira desproporcional e cumulativa, como ocorrem nos casos de aplicação simultânea da lei de improbidade, da lei de crimes de responsabilidade e da lei anticorrup-*

ção); aliadas a uma falta ainda maior de precisão normativa na regulação do processo administrativo decisório, torna a vida do administrador público uma verdadeira ‘montanha russa’, para não dizer uma ‘roleta russa’, pois não há como prever, com segurança jurídica mínima, as consequências da tomada de decisões administrativas simples ou complexas. É como se estivéssemos em um mundo em que o administrador público pode, em tese, fazer qualquer coisa, de qualquer modo e sem qualquer critério, mas, ao mesmo tempo, em que tudo que ele venha a fazer possa, também de qualquer modo e sem qualquer critério, vir a ser questionado. Com uma legalidade frágil e flácida, o abuso de poder e o arbítrio passam a ser a tônica da atuação de todos os poderes republicanos que parecem travar uma funesta guerra entre si: uma estranha disputa pela primazia no cometimento do arbítrio e do abuso de autoridade”²⁸⁹.

Aprofundando essa análise, verifica-se, em muitos casos, um cenário perigoso de omissão jurisdicional, em grande medida devido aos ecos esparsos, ainda hoje presentes, mas infelizmente não pouco frequentes, da *teoria da imunidade do mérito do ato discricionário*, como visto no capítulo anterior.

Nesses casos, o controle jurisdicional falha, omite-se e desprotege direitos e interesses dos cidadãos ou do mercado frente à Administração, dando a esta uma liberdade de agir incompatível com o sistema constitucional, com a legalidade ou com o que se espera do papel da jurisdição no Estado de Direito contemporâneo.

Explique-se: o cidadão, por vezes, tem um direito constitucional estabelecido, mas não consegue que a Administração mobilize forças para que aquele direito se concretize. Isso porque, como já se disse, há direitos constitucionais cuja concretização ou efetivação demandam um conjunto de ações coordenadas do Estado, demandam uma ou, por vezes, várias políticas públicas, as quais, por sua vez, para que se consumem, necessitam passar previamente por longas discussões e várias escolhas discricionárias das autoridades públicas.

289. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *Retrospectiva 2017: Cenário é desolador, mas houve uma boa notícia para o Direito Administrativo*. In: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/cenario-desolador-houve-boa-noticia-direito-administrativo>, 2018, consultado em 10/05/2018.

Como anota COUTINHO:

“Seja porque os objetivos da política pública raramente são especificados em minúcia pelo legislador, seja porque há caminhos alternativos e diferentes para alcançá-los, seja porque políticas públicas estão a todo tempo em processo de adaptação, ajustes e avaliações, é necessário, enfim, que administradores e gestores públicos possam contar com um arcabouço jurídico minimamente flexível, que permita experimentações, revisões e a incorporação de aprendizados, além de assegurar prestação de contas e controle democrático. Em síntese, além de ser um escudo de proteção do indivíduo, pode-se imaginar o direito administrativo como uma espécie de “tecnologia” de implementação de políticas públicas”²⁹⁰.

Quando as ações do Estado pura e simplesmente não se dão, ou quando não são implementadas no ritmo e na velocidade que a sociedade e o mercado esperam, cria-se um déficit em relação ao cumprimento dos direitos constitucionalmente consagrados. Obviamente, nesses casos, mercado e sociedade, geralmente por meio de suas organizações, tentarão pressionar politicamente o Estado a agir, a sanar seu déficit. Mas, para a concretização dos direitos constitucionais, geralmente essa pressão social, ainda que essencial, não basta, pois mesmo que esse esforço gere frutos, não se chegará por seu intermédio a resultados uniformes em relação a todos os interessados. Grupos sociais mais poderosos ou que travaram suas estratégias de ação política de forma mais eficiente tenderão, muitas vezes, a obter a satisfação de seus interesses de forma mais rápida ou mais completa que outros grupos. Quando isso acontece, o déficit de cumprimento dos direitos constitucionais não é

290. Cf. COUTINHO, Diogo. *O Direito nas Políticas Públicas*. In: *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. (Org. MARQUES, Eduardo; e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de). São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Unesp e Editora Fiocruz, 2013, v. 1, p. 181-200. Em sentido muito próximo: BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 45 e seguintes.

totalmente eliminado, e a tão esperada atuação do Estado provavelmente criará novas assimetrias tanto no mercado quanto na sociedade.

É o que, em sentido próximo, SOUZA SANTOS chama de “*curto-circuito*” histórico:

“Na passagem de regimes autoritários para regimes democráticos, as sociedades periféricas e semiperiféricas passaram pelo que disigno de curto-ciircuito histórico, ou seja, pela consagração no mesmo acto constitucional de dieirtos que nos países centrais foram conquistados num longo processo histórico (daí falar-se de várias gerações de direitos). A constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos, sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação, e abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controle da constitucionalidade do direito ordinário”²⁹¹.

Um exemplo, ainda que abstrato, pode trazer maior clareza ao tema ora abordado. Sabe-se que a Constituição de 1988 tem especial preocupação com o princípio da igualdade ou da isonomia. O direito à igualdade encontra-se consagrado dentre os objetivos do Estado brasileiro já no art. 3º da Constituição: construir uma sociedade solidária (inciso I); erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades (inciso III), e eliminar os preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (inciso IV). Além disso, no rol de direitos fundamentais estabelecido pelo art. 5º, a Constituição reitera sua extrema atenção para com a igualdade: a igualdade perante a lei vem consagrada já no *caput* do art. 5º; a igualdade entre homens e mulheres vem estampada no inciso I; o inciso XLI determina que a lei estabeleça punições àqueles que perpetrarem discriminação; e o XLII determina que a lei puna severamente a prática do racismo. Apesar de todas essas normas constitucionais (e muitas outras poderiam ser ainda mencionadas, pois o princípio da isonomia alicerça praticamente todo o edifício

291. Cf. SOUZA SANTOS, Boaventura de. *(Para uma Revolução ...)*. Op. cit., p. 25,

constitucional brasileiro), a igualdade, para que se concretize enquanto direito, tal qual preconizada pela Constituição, demanda a realização de ações concretas (ações afirmativas, caso se prefira) devidamente planejadas, ordenadas em termos de prioridade e sistematizadas em termos de execução. A igualdade carece de políticas públicas, enfim, que se traduzam em ações administrativas efetivas e produzam-na como resultado mediante o atingimento de metas de curto, médio e longo prazos.

Ora, como realizar o controle jurisdicional nesse contexto? Como syndicar um programa de renda mínima, de habitação popular ou de fornecimento gratuito de medicamentos a pessoas marginalizadas? Como controlar a omissão administrativa na realização desse tipo de programa governamental, inequivocamente relacionado à concretização do princípio da igualdade? Todas essas são questões complexas que não possuem respostas simples e que, ademais, acabam muitas vezes sem obter o respaldo jurisdicional adequado.

Por outro lado, há cada vez um número maior de casos como esses em que não se nega aos interessados a jurisdição e, muito pelo contrário, em que o controle jurisdicional acaba por avançar pelos caminhos árduos da decisão política, como já demonstrado pelos exemplos trabalhados no capítulo anterior²⁹², tendência essa que também fica clara pelo número crescente de audiências públicas promovidas pelo STF²⁹³, que demandam maiores informações e subsídios para o exercício do controle jurisdicional em questões complexas. A Audiência Pública nº 4/2009, a respeito da judicialização do direito à saúde, motivou uma série de decisões sobre o tema, dentre elas:

“ (...) com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde

292. Ver nota 125, do cap. 2, item 2.5.: “*Ativismo judicial made In: Brazil*”.

293. Algumas audiências públicas convocadas pelo STF já trataram do controle jurisdicional de algumas políticas públicas, tais como: ensino religioso em escolas públicas, internação hospitalar com diferença de classe social no SUS, políticas de ação afirmativa de acesso ao ensino superior, regime prisional, financiamento das campanhas eleitorais e outros. Cf. Audiências Públicas já realizadas pelo STF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada> >. Consultado em 11/05/2018.

pleiteada pela parte (...). Se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de (1) uma omissão legislativa ou administrativa, (2) de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou (3) de uma vedação legal a sua dispensação (...) segundo dado a ser considerado é a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS.(...). Dessa forma, podemos concluir que, em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente, sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas do seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso (...)"²⁹⁴.

Ademais, levando-se em conta que o controle externo da Administração inclui, no Brasil, a atuação dos tribunais de contas, tem-se uma intrusão ainda maior na seara do que há não muito tempo poderia ser vista como uma zona de imunidade ou de liberdade relativamente grande do administrador público: a decisão discricionária, como se constata pelo exemplo abaixo transcrito:

“(...) AUDITORIA NO PROGRAMA MINHA CASA MINHA VIDA SUB 50. DETERMINAÇÕES PARA ADO-

294. Cf. Agr STA nº 175/CE, Min. Rel. Gilmar MENDES, DJ. 30/04/2010. Observe-se que há uma tentativa de busca de um certo equilíbrio de um lado tenta-se preservar a decisão política da Administração, mas, de outro, permite-se ao juiz que identifique se houve concretamente omissão. Decisões posteriores utilizaram esses mesmos argumentos, optando por exercer, em termos, o controle jurisdicional (AgR SL nº 47/PE, Min. Rel. Gilmar MENDES, DJ.30/04/2010; STA nº 278/AL, Min. Rel. Gilmar MENDES, DJ. 30/04/2010; STA nº 211/RJ, Min. Rel. Carmen LÚCIA, DJe. 28/09/2017; etc.).

*ÇÃO DE MEDIDAS CORRETIVAS E DE AÇÕES DE ACOMPANHAMENTO DA POLÍTICA PÚBLICA. (...) os procedimentos adotados pelo Ministério das Cidades não asseguram que as moradias possuam padrões mínimos de habitabilidade e salubridade; moradias entregues sem assegurar a devida regularização fundiária. **Todos os problemas acima listados comprometem a efetividade da política pública concebida para garantir a prestação do direito fundamental à moradia a determinado grupo hipossuficiente de pessoas, notadamente quando resta comprometida a disponibilização de imóveis sem os padrões mínimos de habitabilidade e salubridade, o que desrespeita um dos direitos fundamentais mais importantes: a dignidade da pessoa humana** (art. 1º, inciso III, da CF). Assim, diante dessas constatações, **cabe ao TCU incitar o órgão fiscalizado a adotar ações que confirmam uma maior eficácia ao direito fundamental de moradia destinado aos beneficiários do PMCMV Sub50. Incabível, assim, simplesmente tornar insubsistentes os itens recorridos, como pretende a recorrente em seu pedido principal, sob o argumento de que as exortações do Tribunal não encontrariam ressonância no ordenamento jurídico**” (grifos da própria decisão)²⁹⁵.*

Tanto o Poder Judiciário como os tribunais de contas sentem-se cada vez mais à vontade para sindicarem a conveniência e a oportunidade das decisões administrativas. Dito de outro modo, não enxergam

295. Processo TCU nº 010.900/2013-6, Acórdão nº 360/2016 – PLENÁRIO, Min. Rel. Ana ARRAES sessão de 24/02/2016. Em sentido semelhante, analisando detalhes de conveniência e oportunidade na realização de políticas públicas: Processo TCU nº 000.517/2016-0, Acórdão nº 1976/2017 – PLENÁRIO, Min. Rel. Augusto SHERMAN, sessão de 06/09/2017; Processo TCU nº 022.853/2009-8, Acórdão nº 2752/2017 - PLENÁRIO, Min. Rel. José Múcio MONTEIRO, sessão de 06/12/2017; Processo TCU nº 007.578/2013-0, Acórdão nº 2.466/2013 - PLENÁRIO, Min. Rel. Ana ARRAES, sessão de 11/09/2013; Processo TCU nº 029.392/2013-6, Acórdão nº 3640/2013 - PLENÁRIO, Min. Rel. José JORGE, sessão de 10/12/2013.

a discricionariedade como uma barreira ao exercício de suas funções. A narrativa de DI PIETRO é bastante eloquente nesse ponto:

“Como consequência, cresceram as ações judiciais em que cidadãos pleiteiam proteção à saúde (remédios, exames médicos, tratamentos), à educação, à infância. E o Judiciário vem manifestando a indisfarçável tendência de decidir pela procedência de tais ações, especialmente na área da saúde. Os ônus financeiros impostos por essas decisões tomadas em casos individuais (e não em ações coletivas, como seria ideal) são de tal ordem que se pode afirmar que o Judiciário vem, indiretamente, interferindo com políticas públicas adotadas pelos Governos federal, estaduais e municipais”²⁹⁶.

Mas há dois pontos que chamam a atenção nesse movimento de ampliação das competências jurisdicionais ou dos órgãos de controle externo: (1) em primeiro lugar, o avanço sobre a discricionariedade não se dá em todos os casos; (2) em segundo lugar, o avanço se dá quase sem critério, no mais das vezes a partir de uma análise que possui baixa densidade jurídica, baseada pura e simplesmente na aplicação concreta de princípios gerais do direito administrativo, ou seja, em enunciados gerais cuja aplicação, no caso concreto, trazem consigo uma enorme carga de subjetividade ou de uma retórica excessivamente superficial, para não dizer pueril.

Observe-se que, assim, o controle da discricionariedade administrativa acaba por se dar mediante uma ampliação excessiva da discricionariedade do controlador. Troca-se, por vezes, a discricionariedade administrativa pela arbitrariedade do julgador. Mas, como já se afirmou, a arbitrariedade no exercício da jurisdição é tão ou mais nociva para a efetivação dos direitos constitucionais quanto o abuso de poder das autoridades administrativas. Merece atenção, nessa linha, o testemunho de MARQUES NETO e PALMA, revelando extrema preocupação com os

296. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *(Discricionariedade ...)*. Op. Cit., p. 42.

excessos do controle: “Muitas — senão todas — as soluções jurídicas contidas na legislação de controle traduzem o voluntarismo do seu elaborador, afiliado à cultura do controle a qualquer custo, sem análise prévia da real efetividade das medidas tomadas e dos custos envolvidos, bem como dos impactos sobre a governabilidade e sobre o pouco da segurança jurídica que ainda resta”²⁹⁷.

Os processualistas brasileiros, atentos ao aumento do número de demandas judiciais ajuizadas em face da Administração, diagnosticaram esse problema, como demonstram as lições de GRINOVER, para quem: “o Judiciário pode intervir nas políticas públicas, quer para implementá-las, quer para corrigi-las, quando equivocadas (...) Há limites postos (...): i. a restrição a garantia do mínimo existencial; ii. a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; iii. A reserva do possível (...) todas as espécies de ações — coletivas, individuais com efeitos coletivos ou meramente individuais — são idôneas a provocar o controle e a eventual intervenção do Judiciário nas políticas públicas”²⁹⁸.

A abordagem GRINOVER, ainda que correta - e a merecer elogios pelo seu pioneirismo -, não resolve as questões principais que estão postas, na verdade, em torno da jurisdição da discricionariedade administrativa. A abordagem processual, como não poderia deixar de ser, é meramente instrumental, centra-se em boa parte no veículo por meio do qual as demandas podem ser resolvidas, mas não indica efetivamente como destrinchar jurisdicionalmente a discricionariedade administrativa, pois continua a se fixar em parâmetros principiológicos muito vagos. A maior parte das questões que hoje em dia aflige juízes, controladores e administradores públicos é de direito substantivo, de direito material, e diz respeito a como as autoridades públicas devem

297. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Paganini de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 22.

298. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário*. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. Rio de Janeiro, 2008, v. 32/33, p. 39- 61

exercer sua discricção, quem exerce a jurisdição da discricção e com que objeto esta é exercida. Não basta a criação de veículos processuais se a decisão judicial partir de uma métrica tão aberta e indeterminada quanto a dos conceitos de *mínimo existencial*, *razoabilidade* e *reserva do possível*.

3.1.1. Princípios, generalidades e insegurança jurídica

A falta, ademais, de resposta mais clara às questões: *quem, como e com que objeto* o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa se exerce, gera alguns sintomas excessivamente negativos. Um deles é uma reação, quase atávica, contra o avanço da jurisdição sobre a discricionariedade administrativa em favor da preservação, custe o que custar, das autoridades administrativas, independentemente do que façam ou dos resultados de sua ação ou omissão. O argumento mais atual dessa reação centra-se em um ataque contra o “*ativismo*” dos juízes e controladores de maneira geral. Outro sintoma negativo, talvez o pior de todos, é a insegurança jurídica. A insegurança aflige todos os atores enredados à atuação da Administração: autoridades não têm certo se e como podem agir; interessados não sabem como e quando podem influenciar na decisão administrativa e com que razões podem atacá-la; e controladores não têm certo o limite de sua atuação, o que, como visto, ora importa na omissão no cumprimento de seus deveres jurisdicionais, ora desborda para o abuso ou desvio de poder no exercício da jurisdição. Como consequências, por fim, da insegurança jurídica, tem-se o terceiro e o quarto sintoma: a crescente omissão administrativa e o aumento dos conflitos jurídicos envolvendo a Administração.

Ativismo judicial, reitera-se, é uma expressão da contemporaneidade²⁹⁹. Mas a realidade brasileira atual, em que pese temperada por um pequeno grau de ativismo de juízes, não pode ser explicada somente por esse viés. O fato é que juízes são defrontados dia após dia com um número imenso de demandas, fruto do descompasso

299. V. Capítulo 2, item 2.5: “Ativismo judicial ‘made In: Brazil’”.

entre as expectativas, os interesses e os direitos criados pela ordem constitucional de 1988 e a ação efetiva das autoridades públicas: ora legislativas, ora, e principalmente, administrativas. Ao mesmo passo em que as demandas crescem, a falta de uma clareza sobre o objetivo concreto da jurisdição, seus métodos ou instrumentos faz com que os julgadores – mas também advogados, promotores e controladores em geral – apoiem-se nas poucas ferramentas que, na atualidade, o direito efetivamente lhes oferece para a solução dos litígios: os princípios gerais de direito administrativo ou, de modo ainda mais abstrato, os princípios da dignidade da pessoa humana, da equidade, da razoabilidade ou do Estado Democrático de Direito.

Há mais frequentemente falta de uma legislação ou de regulamentos que enquadrem a ação das autoridades administrativas de modo a direcioná-la ao cumprimento dos ditames constitucionais do que uma efetiva militância de juízes, com o intuito de retirar da Constituição os direitos que lhes pareçam essenciais para a vida em sociedade nos dias atuais. A falta de vínculos mais concretos – procedimentais, por exemplo – à atuação administrativa faz com que a ação (das autoridades) e a reação (dos órgãos jurisdicionais) pautem-se por balizas excessivamente amplas que, sem dúvida alguma, acabam por envolver uma enorme subjetividade.

Recentemente, dois diferentes prefeitos da cidade de São Paulo tomaram medidas polêmicas: um deles resolveu implantar um sistema com centenas de quilômetros de ciclovias, na tentativa de possibilitar o uso mais frequente de bicicletas como opção de lazer e transporte urbano; outro resolveu aumentar a velocidade máxima permitida para o tráfego de automóveis nas chamadas vias marginais, com alto tráfego e alto índice de acidentes. As medidas são aparentemente contraditórias: uma voltada em certa medida a dificultar o trânsito de automóveis, outra voltada a priorizar esse meio de transporte. Ambas representaram um custo direto ou indireto para a sociedade local e apresentaram algum tipo de benefício. Mas quais foram os motivos que levaram uma e outra a serem tomadas? Quais as finalidades que buscavam? Quais os resultados concretos que pretendiam alcançar? Quais foram atingidos? Sem um padrão mais claro para a tomada de decisões, sem objetivos claros – e, inclusive com objetivos, por vezes, contraditórios – a Administração confunde o cidadão, desperdiça os seus escassos recursos

com a utilização de um subjetivismo *démodé* e, de um populismo ou demagogia baratos e praticamente convoca o cidadão a questionar seus atos perante o Judiciário.

A crítica das autoridades administrativas e, algumas vezes, de membros do Legislativo, a respeito do *ativismo judicial* é, na maior parte das vezes, puro exercício de retórica. Trata-se, na verdade, de um argumento de defesa genérico, que acolhe em todo e qualquer caso a autoridade pública que se omite; que decide sem os cuidados, a transparência e o diálogo necessários; ou que simplesmente pratica o abuso ou o desvio de poder como meio de governo, mas, ainda assim, deseja-se imune à jurisdição. Como diz MEDAUAR:

*“Os argumentos opostos ao controle judicial das políticas públicas, por vezes englobado sob a rubrica de ‘ativismo judicial’, apresentam-se, de regra, idênticos às alegações apresentadas em desfavor da viabilidade de um amplo controle jurisdicional sobre a Administração Pública, além da invocação de ser o controle jurisdicional – controle somente de legalidade em sentido estrito. Daí se utilizarem, para resposta, os mesmos argumentos favoráveis ao amplo alcance do controle jurisdicional”*³⁰⁰.

Vejam que há, de parte a parte, um excessivo apego às generalidades e à retórica perfunctória, isto é, tanto do lado dos controladores e dos órgãos que exercem a jurisdição como do lado daqueles que defendem a Administração, não há o enfrentamento de argumentos que aprofundem o cabimento da ação administrativa ou os motivos de sua omissão. Os motivos que levaram as autoridades a decidir de um modo ou de outro, a oitiva da sociedade ou do mercado, o esperado impacto da ação ou omissão, ou, enfim, sua adequação ao caso concreto e às diretrizes de uma dada política pública: nada disso é geralmente cogitado.

300. Cf. MEDAUAR, Odete. *(Controle...)*. Op. Cit., p. 233.

De um lado, controladores brandem razões tiradas a partir de uma concepção ideal (e muitas vezes arbitrária ou subjetiva) relacionada à concretização de princípios como os da igualdade, da economicidade, da dignidade da pessoa humana ou da moralidade e, de outro, os administradores defendem-se acusando juízes de *ativismo* ou com base na utilização do *princípio da reserva do possível*.

A *reserva do possível* estaria associada às disponibilidades financeiras do Estado para a colocação em prática das políticas públicas. Obviamente, o Estado tem suas limitações financeiras, especialmente para arcar com novos investimentos, muitas vezes necessários para a universalização ou para a manutenção da atualidade de serviços e outras atividades que realiza em um ambiente, como já se disse, bastante inflacionado pelo grande crescimento das atividades da Administração.

Daí a necessidade de temperar os *mandamentos de otimização* extraídos da Constituição e da legislação infraconstitucional com a reserva do possível, com o objetivo de promover a execução das políticas públicas. Nessa linha, ao menos, é o que tem o STF decidido em alguns casos, como exemplifica o seguinte voto do ministro Celso de MELLO:

“Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (...) Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da “reserva do possível”, ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade

financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas”³⁰¹.

O problema aqui é que a *reserva do possível* é utilizada, na maior parte das vezes, não como um fundamento fático da impossibilidade material do cumprimento de uma determinada diretriz constitucional ou legal, mas como um argumento genérico, como um mero recurso retórico voltado à defesa da omissão administrativa. Decorre, assim, da retórica judicial, uma certa vulgarização da *reserva do possível*, como mais uma vez bem constata MEDAUAR:

“Por vezes, a justificativa da ‘reserva do possível’ pela autoridade administrativa não se calca na realidade, pois os recursos financeiros são canalizados para fins não essenciais à população, embora caros ao governante; é o caso das elevadíssimas verbas empenhadas na propaganda; embora seja vedada constitucionalmente a propaganda individual (...) para essa propaganda nunca se cogita de ‘reserva do possível’, havendo sempre ‘rios e rios’ de verbas”.³⁰²

Muitos teóricos começam então a se posicionar contra uma aplicação indiscriminada e mais efetiva dos princípios jurídicos, por compreender que a aplicação indiscriminada dessas normas gera um ambiente em que a arbitrariedade, ainda que judicial, acaba por preponderar. SUNDFELD, por exemplo, encabeça a lista desses combatentes utilizando expressões muito enfáticas para se referir ao fenômeno que denomina a *“farrá dos princípios”*:

“Vive-se hoje um ambiente de ‘geleia geral’ no direito público brasileiro, em que princípios vagos podem justificar

301. Cf. MC na ADPF nº 45/DF, Min. Rel. Celso de MELLO, DJe. 04/05/2004. No mesmo sentido: SL nº 93/MS, Min. Rel. Ellen Gracie, DJ. 15/05/2006; REsp nº 1.041.197/MS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe.25/08/2009 e REsp nº 429.570/GO, Min. Rel. Eliana CALMON, DJ 22/3/2004.

302. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Controle...*). Op. Cit., p. 238.

qualquer decisão. O objetivo deste ensaio é opor-se a essa deterioração da qualidade do debate jurídico”³⁰³.

Assim, chega-se ao segundo sintoma: a insegurança jurídica. No cenário brasileiro da atualidade, há uma série de fatores que levam à insegurança jurídica na aplicação do direito administrativo. Um deles é a falta de qualidade da legislação ou, em outras palavras, a baixa densidade normativa da legislação³⁰⁴. Se o Legislativo brasileiro, de um lado, padece de problemas de representatividade, comuns ao que enfrentam as casas legislativas mundo afora³⁰⁵, de outro lado cultiva vicissitudes bastante próprias, derivadas do sistema eleitoral brasileiro, o qual não induz à formação de maiorias legislativas consistentes. O Legislativo federal brasileiro, por exemplo, é formado atualmente por 25 (vinte e cinco) partidos políticos distintos³⁰⁶. O partido com a maior bancada, geralmente aquele que dá suporte ao Presidente da República (que, eleito em dois turnos, sempre alcança maioria absoluta dos votos válidos), não alcança um número nem próximo da maioria de cada uma das casas legislativas³⁰⁷. O problema é pior na Câmara de Deputados, formada pelo

303. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, 2ª Ed., p. 205.

304. V. Cap. 1, item 1.2: “O mundo complexo da discricionariedade administrativa”.

305. CASTELLS identifica semelhanças em movimentos sociais recentes como os *indignados*, na Espanha; o *Occupy Wall Street* e os *movimentos de 2013*, no Brasil, pois todos apontam igualmente a falta de identidade com o sistema político e partidário vigente e a carência de representatividade pela via dos partidos políticos tradicionais. Cf. CASTELLS, Manuel. (*Redes...*). Op. Cit., p. 102, 150 e 185.

306. É o número que consta do levantamento feito pela própria Câmara de Deputados, cf. <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-atual>, consultado em 10/05/2018, após uma série de movimentações que levou recentemente, por força de novas regras eleitorais, ao crescimento de alguns partidos e à formação de novas bancadas. Esse número chegou a ser de 28 partidos em 2014.

307. O PSDB, partido do presidente Fernando Henrique Cardoso, possuía 19% da Câmara dos Deputados em 1998; o PT, partidos dos presidentes Luiz Inácio Lula da Silva e Dilma Rousseff, teve entre 16% e 18% em todo o tempo que governou; o MDB, do atual presidente Michel Temer, tem menos que 10% dos deputados. Cf. <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-na-eleicao>, consultado

sistema de voto proporcional, do que no Senado, composto por voto majoritário³⁰⁸.

Sem que se consiga formar uma maioria e uma linha clara de governo que proporcione sustentação parlamentar ao chefe do Executivo eleito diretamente, o Legislativo brasileiro, sem cor, cheiro ou forma, vota leis, quase sem exceção, com esses mesmos predicados. Vota-se e legisla-se de acordo com os ventos do momento, de acordo com a força dos grupos de pressão, da mídia de massa ou, ainda, mediante os interesses específicos de dezenas de partidos, além dos incontáveis interesses paroquiais que se manifestam a cada votação. A Lei que contenta a todos e que consegue maioria para ser aprovada é geralmente uma lei sem objetivos claros, que aponta para interesses conflitantes, opostos, sem resolver democraticamente a disputa entre esses mesmos interesses³⁰⁹. Em suma, o Legislativo, no mais das vezes, como já se afirmou anteriormente, empurra adiante os conflitos e os mais importantes problemas nacionais, para que a Administração ou o Judiciário tente resolvê-los mais à frente.

Observe-se que o aumento da discricionariedade administrativa é uma consequência quase imediata do aumento da complexidade das relações sociais e da rapidez com que se dá o avanço tecnológico. A lei hodierna é, dessa forma, uma lei menos vinculante, e mais dada ao estabelecimento de diretrizes e de processos que devem ser observados pela Administração. Mas o problema brasileiro é por vezes muito mais

em 10/05/2018. No senado, o mesmo comparativo dá 27%, para o PSDB, em 1999; entre 14% e 21%, para o PT, entre 2003 e 2016; e 22% , para o MDB, atualmente. Cf. <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/legislaturas-anteriores/-/a/54/por-partido>, consultado em 10/05/2018.

308. O problema do Senado é diferente. Formado pelo voto majoritário, em função de distritos eleitorais territorialmente muito amplos (correspondentes ao território de cada Estado) e com população muito distinta, o Senado acabou sendo composto por senadores com representatividade (a se considerar o número de votos recebidos) muito díspar e geralmente sem uma ligação maior com o eleitorado.
309. Wanderley Guilherme dos SANTOS faz um diagnóstico parecido sobre incapacidade do sistema congressual brasileiro, a partir da excessiva fragmentação partidária e da “*recorrente crise de governabilidade*”. Cf. SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A Democracia Impedida*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição digital Kindle, pos. 731 de 3024.

grave, pois o Legislativo não se mostra capaz nem de estabelecer com clareza quais são esses objetivos e processos. Muitas vezes não há ao menos maioria para que se determine, por meio da lei, o cumprimento de um mandamento constitucional, pois acabam por prevalecer no jogo parlamentar interesses organizados contra a efetividade da Constituição, os quais, por sua vez, geralmente também não reúnem força suficiente para mudar a Constituição.

Em suma, a legislação acaba por não estabelecer nem normas claras nem ditames realmente aderentes à Constituição, no sentido de concretizá-la, o que produz uma enorme sensação de insegurança em administradores, juízes, cidadãos e empresas.

3.1.2. Insuficiência e inadequação dos regulamentos

Essa sensação é reforçada, no caso brasileiro, pela falta de uso mais frequente do regulamento. O regulamento é a norma editada pela própria Administração por delegação legal. Essa delegação é por vezes explícita, nos casos em que a própria lei estabelece a necessidade de um regulamento para a sua aplicação (exemplifique-se com as delegações realizadas pela Lei nº 9.472/1997 para a edição de regulamentos pelo Presidente da República e para a própria Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –, então criada pelo art. 20 da Lei nº 11.107/2005 – Lei de Consórcios Públicos – entre muitos outros), mas também é por vezes implícita, nos casos em que a lei não é expressa quanto à necessidade de edição de um regulamento, mas deixa espaço para tanto, em função das lacunas ou imprecisões de seu texto.

No Brasil, os regulamentos, fruto de lei explícita, ficam quase sempre aquém de suas possibilidades normativas, e a regulamentação das lacunas e imprecisões legais, no caso das delegações implícitas, são raramente utilizadas. Explica-se: no primeiro plano, tem-se muitos regulamentos que nada fazem senão repetir a lei (sem esconder certa ironia, pode-se dizer que, nessa toada, esses regulamentos não servem para muita coisa). Um exemplo disso é encontrado na Lei nº 10.233/2001, que, entre outras disposições, criou a ANTT (Agência Nacional de Transportes Terrestres) e a ANTAQ (Agência Nacional de Transportes Aquaviários). Esse diploma legal estabelece normas muito gerais como princípios e

diretrizes das políticas públicas de transporte (artigos 11 e 12) Editados dois regulamentos (o Decreto nº 4.130/2002, para a ANTT, e o Decreto nº 4.122/2002, para a ANTAQ) com o objetivo de concretizar esses princípios e diretrizes, pelo menos era de se esperar que isso acontecesse. O que se lê em ambos é que o objetivo das respectivas agências é “*implementar, em sua esfera de atuação, as políticas formuladas pelo Ministério dos Transportes e pelo Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte –CONIT, segundo os princípios e as diretrizes estabelecidos na Lei nº 10.233, de 2001*”, ou seja, nada de mais concreto que as normas muito genéricas já dispostas em lei senão a veiculação da necessidade de se aguardar a edição de novos regulamentos.

Mas é no segundo plano que se encontra o maior problema, pois no Brasil é raro ver a edição de regulamentos que, sem delegação legal explícita, tornem claros e efetivos os direitos e deveres que, muito embora tenham sido legalmente estabelecidos, necessitam de regulamentação para sua efetivação ou, melhor, eles carecem de detalhamento que lhes confira maior concretude diante do fato de terem sido previstos de forma excessivamente genérica e imprecisa. A Lei nº 8.987/1995, que regula as concessões de serviço público, é um bom exemplo disso. O § 1º de seu art. 6º estabelece quais são as normas para a verificação da adequação de um serviço público delegado, configurando como serviço adequado aquele que: “*satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas*”, mas nenhum regulamento foi a qualquer tempo editado para explicitar quais seriam as regras que deveriam ser aplicadas para determinar de modo mais concreto e preciso os conceitos indeterminados ditados pelo referido § 1º. Assim, a lei deixou à discricção das autoridades a concretização, caso a caso, contrato a contrato, dessas diretrizes (como a de *continuidade, atualidade*, entre outras), o que, a bem da verdade, nem sempre acontece.

Nas estreitas bordas deste trabalho, não cabe aprofundar a investigação desse tema para sondar as raízes ou os motivos desse comportamento administrativo – do costume, afinal – de não se regulamentar e, quando muito, de regulamentar mal, mas é certo que parte da insegurança jurídica aqui tratada advém do pouco e do mal uso do regulamento, o qual, nesse contexto, se irmana à baixa qualidade ou baixa densidade normativa das leis.

É curioso constatar que, há pouco tempo atrás, no direito norte-americano, cuja tradição de uso do regulamento é muito maior que a brasileira³¹⁰, lançou-se um extenso programa para a melhoria na qualidade da regulação³¹¹. Observe-se que, para além de expor o fato de que nem mesmo um robusto sistema regulamentar, como o norte-americano, é capaz de eliminar completamente os problemas relacionados à segurança jurídica advindos do exercício da discricionariedade administrativa e de seu necessário controle jurisdicional, a iniciativa norte-americana reforça o argumento de que somente um sistema de regulamentos extenso e de qualidade é capaz de combater a propalada insegurança jurídica. A *Executive Order* nº 13563, editada em 2011 por Barack OBAMA, é explícita quanto à necessidade de proteção da segurança jurídica (*predictability*):

*“Nosso sistema regulatório deve proteger a saúde pública, o bem-estar, a segurança e nosso meio ambiente enquanto promove o crescimento econômico, inovação, competitividade e a criação de empregos. Ele deve estar embasado na melhor ciência disponível. Ele deve permitir a participação do público e a aberta troca de ideias. Ele deve promover a previsibilidade e reduzir a incerteza”*³¹².

310. MASHAW localiza já nos primeiros dias da República norte-americana, já a partir de 1787, uma larga delegação de poderes do Congresso para a Administração para a edição de normas – *rulemaking* - dos mais variados tipos. Cf. MASHAW, Jerry. *Creating the Administrative Constitution – The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012, edição edital Kindle, pos. 178 de 11618.
311. Cf. Executive Order nº 13563/2011 – Improving Regulation and Regulatory Review –. Anote-se que, neste estudo, diante dos seus estritos objetivos, utiliza-se as expressões regulamentação e regulação de maneira indistinta, ainda que se reconheça a distinção existente, especialmente no direito brasileiro, entre ambas. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 172 e seguintes e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 29 e seguintes.
312. Cf. <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/01/18/executive-order-13563-improving-regulation-and-regulatory-review>, consultado em 10/05/2018.

A referência ao programa norte-americano de *melhoria na qualidade da regulação* é útil também na abordagem de outro ponto relevante para a geração de insegurança jurídica: a existência de hábitos autoritários na Administração brasileira. Classicamente, a formação da Administração liga-se à noção de autoridade, poder e soberania estatal. Os ensinamentos de WEBER, para quem o Estado “*reivindica o monopólio do uso legítimo da violência*”³¹³, e de HAURIOU, para quem o fundamento do direito administrativo está no exercício do poder ou da autoridade estatais³¹⁴, confirmam o fato de o direito administrativo ter nascido a partir da perspectiva da regulação do exercício da autoridade. No entanto, com o correr dos tempos, especialmente como consequência das experiências tenebrosas do nazismo e do fascismo e pelo fato de os vencedores da Segunda Guerra Mundial terem lutado e derrubado esses regimes totalitários, as constituições do pós-guerra e o direito administrativo passaram a sofrer um forte influxo do ideal democrático.

É comum citar RIVERO e sua contundente crítica ao distanciamento da Administração em relação à sociedade³¹⁵, mas é necessário compreender que as palavras do antigo mestre francês em meados da década de 1960 simbolizam, de fato, uma reação de todo o direito administrativo contra a sua clássica face autoritária. Hoje, como resultado, ainda que inacabado, desse processo, o direito administrativo não se desprende das noções de transparência, diálogo e participação.

3.1.3. Autoritarismo atávico

Apesar de a Constituição de 1988 ter impulsionado a democratização do país, após todo esse tempo a Administração brasileira ainda possui hábitos claramente herdados dos largos períodos autoritários

313. Cf. WEBER, Max. *Ciência e Política Duas Vocações*. São Paulo: Cultrix, 2011, 18ª Ed., edição digital Kindle, pos. 829 de 2103.

314. Cf. HAURIOU, Maurice. (*Précis...*). Op. Cit., p. 8.

315. Cf. RIVERO, Jean. *A Propos des Métamorphoses de l'Administration d'Aujourd'hui*. In: *Pages de Doctrine* (LAUBADERE, Andre de; MATHIOT, André; RIVERO, Jean; VEDEL, Georges). Paris: LGDJ, 1980, t. 1, p. 253-264.

de nossa história, como dito pela crítica feroz de COMPARATO: “*O grande ausente desse regime oligárquico é e sempre foi o povo*”³¹⁶.

O costume de editar decisões sem motivo (ou, pelo menos, sem a explicitação desse motivo), costume esse em alguns casos temperado pela falsa ideia da existência de uma tecnocracia infalível representante inata do interesse público (em que pese sempre autointeressada); a corriqueira falta de oitiva dos interessados previamente à tomada de decisões de interesse coletivo ou difuso; e a falta de transparência, especialmente no tocante aos mecanismos de interação entre a sociedade, o mercado e a Administração, ainda são a tônica da atuação administrativa, desafortunadamente. O corolário desse quadro é a falta de regulação clara e cogente de um processo administrativo. Observe-se que, no final dos anos 1990, foi sancionada a Lei nº 9.784/1999, lei de processo administrativo que, muito embora largamente principiológica, trouxe novidades extremamente importantes para o direito administrativo brasileiro: o amplo contraditório; o dever de abertura do processo aos interessados; o dever de instrução imparcial e de motivação; entre outros. Entretanto, como se diz frequentemente, apesar de ter obtido leis semelhantes em praticamente todos os Estados da federação³¹⁷, a lei “*não pegou*”, pelo menos não em todos os casos. Prepondera ainda no cotidiano da Administração brasileira a decisão imotivada; prepondera ainda a visão unilateral e monolítica da burocracia sobre os modernos *relatórios de impacto*; prepondera a não oitiva dos interessados ante a utilização de consultas ou audiências públicas³¹⁸; prepondera, enfim, o informalismo e, portanto, a opacidade nas interações entre a sociedade, o mercado e a Administração.

316. Cf. COMPARATO, Fábio Konder. *A Oligarquia Brasileira: Visão Histórica*. São Paulo: Contracorrente, 2017, edição digital Kindle, pos. 255 de 4048.

317. V. Capítulo 2, nota 234.

318. Mais um dado para reflexão: entre 2016 e 2018, tramitou no Congresso o projeto de lei nº 7448, que tornava norma geral (nacional) a obrigatoriedade de realização de consulta pública anteriormente à edição de atos normativos pelo Executivo. Nos trâmites finais do projeto, que se tornou, agora, a Lei nº 13.655/2018, o texto foi alterado para que a consulta não se tornasse obrigatória, mas facultativa, ou melhor, para que seja realizada conforme o juízo discricionário das autoridades. Muito embora a lei seja um grande avanço a ser comemorado, o fato de manter-se a consulta pública como uma escolha discricionária é emblemático em relação à aversão que ainda se

É interessante ver que esse viés autoritário contamina o modo de julgar dos controladores. A falta da observância do devido processo legal é clara na legislação que regula a atuação dos tribunais de contas³¹⁹.

Aliás, o novo texto do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução ao Direito Brasileiro), alterado com grandiloquência pela Lei nº 13.655/2018, não esconde sua reação contra essa contaminação autoritária ao equiparar, em muitas passagens, os deveres da Administração, quanto a robustez da motivação das decisões tomadas, aos de seus controladores. As palavras dos professores SUNDFELD e MARQUES NETO que cerraram fileiras pela redação e aprovação do projeto ratificam essa ideia:

“O gestor é obrigado a examinar as consequências do que vai fazer e a considerar as melhores alternativas. Como poderia o controlador substituir a opção do gestor sem fazer análise semelhante? Um problema é que as atividades de governo e de regulação foram sequestradas pela pura retórica jurídica. Na administração, no Judiciário, no Ministério Público e nos Tribunais de Contas, há um tipo de direito muito voluntarista sendo praticado. O foco das novas regras é impedir arbitrariedades do Estado em situações como construção de políticas públicas, solução de dúvidas de interpretação, anulação de atos importantes, celebração de compromissos, aplicação de sanções administrativas e responsabilização de agentes públicos (...)”³²⁰.

tem, no Brasil, à participação da sociedade no exercício do poder estatal.

319. Cf. MS nº 27.070/DF, Min. Rel. Luiz FUX, DJe. 10/10/2013; MS nº 27.760/DF, Min. Rel. Ayres BRITTO, DJe 12/04/2012; AgR no MS nº 27.422/DF, Min. Rel. Celso de MELLO, DJe 11/05/2015; e AgR no MS nº 28.061/DF, Min. Rel. Ellen GRACIE, DJe 11.4.2011.
320. Cf. SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O projeto de lei que altera atribuições dos órgãos de controle será benéfico para a administração pública? SIM*. Folha de São Paulo: Opinião, 21/04/2018. In <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/o-projeto-de-lei-que-altera-atribuicoes-dos-orgaos-de-controle-sera-benefico-para-a-administracao-publica-sim.shtml>, consultado em

Mesmo nas questões de interesse coletivo e difuso, – já que a Administração tende a tomar decisões sem considerar a oitiva dos interessados e sem se basear em estudos de impacto, como parte obrigatória do processo administrativo –, os tribunais de contas também não se enxergam tendo o dever de tal abertura à participação dos interessados e de motivar de forma clara suas decisões. Em boa parte das vezes, quando motivadas, as decisões da Administração e de seus controladores em nada mais se respaldam senão em um jogo retórico em torno da aplicação de princípios gerais, jogo este que tangencia, quase invariavelmente, o subjetivismo e o arbítrio.

Exemplo dessa visão restrita e antidemocrática do princípio do contraditório é encontrada, por exemplo, no voto recente do ministro BARROSO, no STF, para o qual:

“(...) na hipótese de a atuação de instituições fiscalizatórias envolver apuração de espectro amplo, voltada à promoção de ajuste da conduta de entes ou órgãos fiscalizados aos ditames legais, sem deliberação imediata sobre situações específicas, não há necessidade de intimação, no âmbito interno do órgão de controle, de cada um dos potenciais interessados nos desdobramentos da decisão administrativa genérica a ser proferida. (...) Em tais hipóteses, incumbirá ao órgão ou ente fiscalizado, no intuito de verificar a subsunção de casos específicos ao genericamente determinado pelo órgão de controle, instaurar, posteriormente, em seu perímetro, contraditório individualizado e observar as demais garantias de índole procedimental. (...) o provimento da Corte de Contas atingiu indistintamente todos os servidores, sendo inaplicável, na espécie, a exigência de contraditório individualizado, sob pena de se inviabilizar o trabalho de fiscalização”³²¹.

Por fim, deve-se destacar a ausência de uma definição mais clara do papel, ou melhor, dos limites de atuação dos órgãos de controle

27/05/2018.

321. AgR no Rcl nº 7411/DF, Min. Rel. Roberto BARROSO, DJe 06/06/2017.

que concorrem, em certa medida, com o Poder Judiciário – notadamente dos tribunais de contas.

Nos últimos tempos o Brasil assistiu a um incrível avanço dos órgãos de controle da Administração. Se antes algumas dessas instituições já existiam, o fato é que atuavam de forma pouco efetiva. Preponderava a política de gabinete e o compadrio entre os governantes e seus controladores. Porém, mais recentemente, esses organismos de controle, sob o impulso da democratização do país, dos quadros que passaram a recrutar – fruto da realização de concursos públicos – e da vasta cobertura jornalística que suas decisões geralmente recebem ganharam um poder imenso.

Esse movimento evolutivo esconde, no entanto, vários problemas. É só observar o que estabelecem as normas constitucionais sobre a competência, por exemplo, dos tribunais de contas, para que se chegue a algumas conclusões nesse sentido. O art. 70 da Constituição estabelece que é competência do Legislativo (Congresso Nacional) o controle externo (contábil, financeiro e orçamentário) da Administração direta e indireta. No mesmo artigo, há uma enumeração de competências relativas a essa atividade de controle e já começam aí as imprecisões: (1) primeiramente, em que pese o título da seção IX se referir à fiscalização *contábil, financeira e orçamentária*, o texto do art. 70 inclui dentre as missões do Legislativo a fiscalização *operacional e patrimonial*, expressões que tendem a ampliar enormemente o referido controle externo; e além disso, (2) ao referir-se aos critérios que devem ser adotados para a realização do referido controle, o mesmo art. 70 menciona os da *legalidade, legitimidade e economicidade*, forjando, ao tentar definir as competências fiscalizatórias do Legislativo, uma norma tão ampla em termos de alcance quanto vaga em termos de limite.

Há tempos, era até certo ponto comum fazer-se uma distinção entre o controle de legalidade e o de legitimidade, sendo que este último identificar-se-ia com o controle de mérito³²², isto é, de conveniência e oportunidade das ações administrativas. Nem a expressão legitimidade nem a distinção entre o controle de legitimidade e de legalidade são

322. V. Cap. 2, item 2.4: “Redemocratização e reação”.

utilizadas com frequência pelo direito administrativo brasileiro atual, mas não resta dúvida de que o constituinte teve o intuito de ampliar os poderes de controle do Legislativo. A referência à *economicidade*, é bom frisar, vai ainda mais além, pois aproxima o controle Legislativo das noções contemporâneas de custo-benefício e de proporcionalidade. Observe-se que um leitor incauto da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* poderia inferir, da leitura do art. 70 da Constituição, que o Legislativo realizaria um controle da discricionariedade administrativa mais amplo que o Judiciário.

Poder-se-ia até pensar, nesse contexto, que a Constituição tivesse modelado o princípio da separação de poderes de modo que a preponderância do Legislativo levaria, por suas raízes democrático-representativas, esse poder a exercer uma espécie de supercontrole sobre o Executivo. Mas a continuação da leitura da Constituição tornaria inconsistente esse entendimento, pois se verificaria que, logo em seguida, o art. 71 fixa que o Legislativo atua, nesse caso, com o auxílio do Tribunal de Contas, o qual possui competências autônomas, isto é, que independem do aval ou comando do Legislativo – do qual, recorde-se, o Tribunal de Contas seria um auxiliar –, como evidenciam os incisos II a VI, VIII a X e o § 2º do referido artigo.

Constata-se, dessa forma, que a Constituição ampliou os poderes fiscalizatórios do Legislativo só de modo aparente, pois, de fato, a maior parte das competências de controle sobre a Administração encontram-se delegadas a um órgão supostamente independente, não submetido aos freios e contrapesos tradicionais, inerentes à tripartição de poderes e que, assim sendo, decide sem prestar contas ao Legislativo (do qual é um estranho auxiliar) a ninguém. Ao cabo do sistema criado pela Constituição, o único poder a fiscalizar e controlar amplamente a atuação dos tribunais de contas é o Judiciário.

No arranjo constitucional do controle da Administração deve-se destacar também o papel também extremamente relevante do ministério público. O interessante é notar que a Constituição, ao tratar do ministério público, cria competências em certa medida sobrepostas às já mencionadas dos tribunais de contas – em que pese o ministério público realizar função auxiliar ao controle jurisdicional -. O art. 127 estabelece o ministério público como uma “*instituição permanente, essencial à*

função jurisdicional do Estado” e competente para a defesa “*do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*”. Mas, além de preconizar que o ministério público deva realizar a defesa de amplos interesses difusos (*sociais indisponíveis*), a Constituição detalha que essa função (art. 129, III) se efetivará por meio do inquérito e da ação civil voltados à “*proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*”. A sobreposição das funções do ministério público com as dos tribunais de contas é evidente; ambos defendem a higidez do patrimônio público; ambos controlam a atividade da Administração e das autoridades públicas em questões tangentes a interesses transindividuais; e ambos são organismos independentes, isto é, destacados do sistema freios e contrapesos insito à tripartição de poderes. A diferença entre eles é que os tribunais de contas possuem competência plena de controle, decidem autonomamente nessa matéria, enquanto o ministério público atua como parte no processo de controle jurisdicional da Administração (ao menos na referida ação civil pública), dependendo da decisão final judicial para que seu entendimento prevaleça sobre o dos administradores públicos. Outra diferença é que o ministério público, em que pese sua colocação apartada dos três poderes, é controlado externamente pelo CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), instituído pelo art. 130-A da Constituição, enquanto os tribunais de contas não possuem órgão externo a controlá-los.

O sucesso – inclusive na mídia de massa – dos tribunais de contas e do ministério público produziram uma tendência interessante: todos os organismos tangentes de alguma maneira com o sistema de controle (externo ou interno) da Administração, formados via de regra por burocratas de carreira, passaram a reivindicar: (1) uma ampla competência de revisão dos atos praticados pelas autoridades públicas eleitas ou indicadas pelo sistema político; e (2) independência no exercício dessa competência. Parafraseando MORAND-DEVILLER³²³, pode-se dizer que se vive atualmente no Brasil “na onda” do “*tudo independente*”. Ou seja, todos os corpos estatais burocráticos querem exercer suas funções,

323. MORAND-DEVILLER usa a expressão *tout contrat* (tudo contrato) para se referir à disseminação, no direito administrativo atual, do fenômeno da contratualização das relações administrativas. Cf. MORAND-DEVILLER. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 384.

notadamente as de controle, com absoluta independência dos governantes eleitos, sem que haja, inclusive, a quem sejam prestadas as contas do exercício dessa suposta competência.

É comum, assim, no ambiente jurídico atual, a defesa da *independência* das controladorias ou corregedorias internas (e.g. a CGU – a Controladoria Geral da União); das procuradorias ou advocacias públicas (a interpretar que o art. 131 da Constituição lhes delega a competência de defesa do Estado e não dos governantes); das polícias (corporações que atuam na segurança pública); das agências reguladoras; da Receita Federal e dos demais sistemas de fiscalização tributária; dos conselhos de contribuintes; entre muitos e muitos outros organismos. Faz-se o discurso da *luta* entre a técnica (a embasar pretensamente as decisões desses burocratas) e a política; entre o Estado (com interesses permanentes e estáveis representados obviamente pela burocracia) e o governo.

O resultado dessa *luta* acentua a insegurança jurídica. Há efetivamente mais tecnocratas a defender seus próprios interesses ou a descompromissar-se com as decisões da Administração –, seja por força de concepções críticas, seja por mera comodidade –, do que a comprometer-se com o bom resultado das ações administrativas e, conseqüentemente, das políticas públicas. O serviço público, com seus agentes a executar com *independência* atribuições preconizadamente de Estado, é, de fato, omissivo e falho. Ante a ausência de uma definição mais clara do papel de cada instituição e dos limites de atuação dos órgãos de controle, todos controlam, mas ninguém faz!

Todo esse quadro, que pode ser resumido como a falta de divisas jurídicas claras sobre como deve se dar o controle externo da Administração e, mais particularmente, o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, influencia a geração dos últimos sintomas: (1) a crescente omissão administrativa e a (2) majoração do número de conflitos em face da Administração.

Importante, nesse contexto, a referência às críticas de ROSILHO sobre a atuação do Tribunal de Contas de União – ao fenômeno que o autor denomina “*sobreposição de controladores a controlados*” –, na constatação das deformações que cenário brasileiro produz sobre a atividade de controle da Administração. Cf. ROSILHO, André Janjácómo. (*Controle ...*). Op. Cit., p. 326 e seguintes.

Ora, parece evidente que, a partir de um contexto normativo e institucional que não inspire segurança jurídica ao administrador público³²⁴, estimulem-se os agentes públicos a prostrar-se na inércia. Nesse contexto, criatividade, ousadia, inovação ou, até mesmo, a mera realização são vocábulos carregados de perigo, pois não há o que se faça ou como se faça que, em tese, não possa ser atacado a partir de concepções subjetivas dos agentes ou órgãos controladores.

Logo, o não fazer – que naturalmente desperta menos atenção dos meios de comunicação de massa e dos controladores – parece ao administrador uma zona de conforto. Mas isso é só aparência, pois o não fazer acaba por gerar um sem número de conflitos jurisdicionais em face da Administração³²⁵.

3.1.4. Os desafios que se impõem

Esses dados da realidade brasileira revelam uma grande contradição, afinal, se, por um lado, a teoria do direito administrativo e, mais particularmente, do controle jurisdicional da administração, evoluiu de modo a infirmar, na prática, a antiga tese da *imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*, por outro, não conseguiu até

324. O quadro pode ser visto com ainda maior gravidade – caso se compreenda que a disseminação de esferas independentes de responsabilidade (criminal, civil, administrativa e político-eleitoral) pode levar à punição desse administrador de modo cumulativo e, por vezes, desproporcional.

325. Em 2012, o CNJ produziu seu mais recente estudo estatístico sobre o tema (“100 maiores litigantes”) no qual demonstra que, entre 01/01/2011 e 31/10/2011, a Administração Pública figurou no 1º, 3º e 4º lugar dentre os maiores litigantes quando analisada a somatória de processos nas justiças estadual, federal e do trabalho. Cf. CNJ. 100 maiores litigantes, 2012. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em 11/05/2018. Adicionalmente, o estudo “O uso da justiça e o litígio no Brasil”, produzido pela Associação dos Magistrados Brasileiros no ano de 2015 – Cf. Associação dos Magistrados Brasileiros. O uso da justiça e o litígio no Brasil, 2015. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf> >. Acesso em 11/05/2018 – demonstra que, nos anos de 2010 a 2013, a Administração Pública figurou como parte ativa em mais da metade dos processos em trâmite no Primeiro Grau. Na opinião da AMB, tal fato está correlacionado com “a transferência para o Judiciário de questões que poderiam ser resolvidas administrativamente”.

agora estabelecer balizas claras para a jurisdição da discricionariedade administrativa, que acaba, na realidade, por se dar de modo assistemático, ora omissivo, ora excessivo e, no mais das vezes, tangenciando o abuso de poder.

A fala de DI PIETRO denota claramente as contradições deste momento: “*O que ocorreu foi uma sensível redução do mérito do ato administrativo. Aspectos que eram considerados como de mérito, insuscetíveis de controle judicial, passaram a ser vistos como de legalidade, em sentido amplo*”³²⁶. A professora constata a *redução do mérito*, mas não elimina de seu raciocínio a ideia de *imunidade* ou *insindicabilidade* do mesmo, pois justamente enxerga na antiga teoria da imunidade a única saída para o problema concreto do arbítrio jurisdicional.

O desafio que a conjuntura impõe, dessa forma, é encontrar essas balizas, fixar, melhor dizendo, técnicas ou métodos jurídicos que possibilitem aos controladores o exame da discricionariedade sem que se majore desmedida, distorcida e inconvenientemente o poder da jurisdição.

A construção ou a identificação, a partir do ordenamento jurídico posto, dessas técnicas ou desses métodos passa pela resposta a três questões estruturais: (1) quem realiza o controle jurisdicional? (2) Qual é o objeto do controle jurisdicional? E, finalmente, (3) como deve ser executado o controle jurisdicional?

Em outras palavras, está na hora do direito administrativo brasileiro parar de discutir qual o limite para o exercício da jurisdição sobre a discricionariedade administrativa e passar a discutir, com mais rigor, as técnicas que devem ser utilizadas para que esse controle se efetive, sob à égide da legalidade, da efetividade dos direitos fundamentais e dos demais valores ínsitos ao Estado Democrático de Direito.

326. Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 135.

3.2. Quem realiza o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa?

A resposta da primeira questão posta, dentre as três que se formulou anteriormente, passa pela discussão prévia da caracterização da função jurisdicional do Estado. A expressão jurisdição corresponde à função estatal de dirimir conflitos de interesse (lide) à luz do direito. Quando esse conflito ocorre entre algum titular de direito subjetivo ou de interesses coletivos ou difusos e o Estado, a Administração ou as autoridades públicas e diante de uma atuação discricionária, comissiva ou omissiva destes, faculta-se ao referido interessado (parte legítima) o acionamento dos instrumentos legais disponíveis para que se concretize o que o presente trabalho denomina *controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*.

Como já consagrado pela teoria geral do processo:

“(...) mediante o exercício da função jurisdicional, busca o Estado fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. Em outras palavras, o escopo jurídico da jurisdição é a atuação (cumprimento, realização) das normas de direito substancial (direito objetivo). (...) é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado (...)”³²⁷.

É o Poder Judiciário que concentra as atribuições relativas ao exercício da função jurisdicional, geralmente exercida mediante provocação do interessado e realizada por “juízes dotados de independência”³²⁸, muito embora o *critério orgânico*, para a definição da função jurisdicional, não seja absoluto, havendo outros órgãos do Estado capazes de exercer em alguma medida funções jurisdicionais:

327. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, 30ª Ed., p. 151-152.

328. Cf. MEDAUAR, Odete. *(Controle...)*. Op. Cit., p. 198.

“Tudo que ficou dito demonstra a inaceitabilidade do critério orgânico, isoladamente, para distinguir a jurisdição: esta seria, segundo tal critério, a função cometida ao Poder Judiciário. Tal proposta, além de trazer em si o vício da petição de princípio (o Poder Judiciário é encarregado de exercer a função jurisdicional e a função jurisdicional é aquela que cabe ao Poder Judiciário), mostra-se duplamente falsa: há funções jurisdicionais exercidas por outros órgãos (cfr. Const., art. 52, inc. I); e há funções absolutamente não jurisdicionais que os órgãos judiciários exercem (Const., Art. 96)”³²⁹.

Observe-se, pelo exemplo citado, que deriva do arranjo da tripartição de poderes a atribuição de funções jurisdicionais a órgãos distintos do Judiciário (o exemplo dado refere-se ao julgamento do *impeachment* pelo Senado), mas se poderia mencionar uma longa lista de organismos não vinculados ao Judiciário que exercem função jurisdicional, ainda que limitada a determinados temas e sem produzir efeitos definitivos, por exemplo: a competência fixada pelo art. 71, II, da Constituição, que permite ao Tribunal de Contas da União: *“julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração (...)”*; ou o disposto no art. 130-A, § 2º, da mesma Constituição, sobre a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para *“o controle da atuação administrativa”* do Ministério Público; ou mesmo as competências para a solução de conflitos de ordem tributária exercida pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), com base no disposto pela Lei nº 11.941/2009 e para a solução de conflitos em matéria concorrencial do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, regulado pela Lei nº 12.529/2011.

Ressalvado o *impeachment*, em que o Legislativo atua diretamente, em todos esses casos – e se poderia citar muitos outros – há julgamento por órgãos administrativos com relativo grau de independência

329. Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. (*Teoria Geral...*). Op. Cit., p. 155.

de conflitos entre a Administração e particulares interessados ou acusados. Em todos esses casos há solução de conflitos à luz do direito, e em todos os casos há, em traços gerais, portanto, jurisdição, ainda que não realizada pelo Poder Judiciário. No sistema brasileiro, entretanto, o alcance dessa jurisdição não é o mesmo daquela executada pelo Poder Judiciário, seja por sua especialização em relação a temas necessariamente expressos na legislação, seja, e principalmente, porque as decisões tomadas por esses organismos podem, posteriormente, vir a ser questionadas judicialmente. Dito de outro modo, o julgamento proferido por organismos administrativos – tenham esses maior ou menor independência – não cumpre de maneira plena a função substitutiva da jurisdição, isto é, a missão de pacificar um conflito de interesse em caráter definitivo. Substituindo a vontade ou o interesse de autotutela das partes, não faz coisa julgada material. Trata-se de uma jurisdição com escopo limitado, pois não cumpre a função social de pacificação definitiva de conflitos, como bem assevera DINAMARCO:

*“Também a autoridade da coisa julgada guarda relação com o escopo social magno do processo, uma vez que a definitiva pacificação não se obtém enquanto não conseguida a ‘imunização’ das decisões judiciais (...) O advento da definitividade aplaca as incertezas e elimina o estado antissocial de insatisfação”*³³⁰

A norma da inafastabilidade do Judiciário, consagrada pelo inciso XXXV do art. 5º da Constituição (rol de direitos fundamentais) elimina qualquer dúvida sobre esse tema, pois, ao estatuir que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*, torna o exercício da jurisdição por esse poder obrigatório, inclusive em casos que já tenham sido decididos ou julgados por meio de qualquer tipo de processo administrativo prévio.

É correta, assim, a ponderação de Emerson Cesar da Silva GOMES³³¹, para quem:

330. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *(A Instrumentalidade...)*. Op. Cit., p. 167.

331. Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas*. Dissertação de mestrado defendida em 24/04/2009. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In:

“Os tribunais de contas exercem uma jurisdição especial e limitada, relacionada às pretensões do Estado à Responsabilidade Financeira, o que em outros países é denominada jurisdição contábil ou financeira”³³².

Na referência de GOMES, *outros países*, cujas constituições inspiraram nesse particular o Brasil, são Portugal e Espanha, nos quais a doutrina costuma caracterizar a função dos tribunais de contas como uma *jurisdição especial*. Para CANOTILHO, por exemplo:

“A Constituição Portuguesa sugere a existência de reservas especiais de jurisdição no sentido de reservar a certos tribunais o julgamento de certos litígios. Assim, por exemplo, estabelece o art. 212º/3 a competência dos tribunais administrativos e fiscais para o julgamento de ‘questões de natureza administrativa e fiscal’. No art. 214º, referente ao Tribunal de Contas, consagra-se a reserva deste Tribunal para a ‘fiscalização da legalidade de despesas públicas e do julgamento das contas que a lei mande submeter-lhe’”³³³.

PARADA, por seu turno, em referência ao ordenamento espanhol, diz:

“Fora a hipótese do exame de contas, o Tribunal de Contas tem jurisdição exclusiva para declarar a responsabilidade contábil daqueles que manejam fundos públicos”³³⁴.

<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-093734/pt-br.php>, p. 364, consultado em 10/02/2018.

332. Contra essa posição registre-se GUALAZZI, Eduardo. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1992, p. 217-218, para quem: “No Brasil, os tribunais de contas realizam parcela da jusintegração administrativa, jamais jurisdição. (...) emitem vereditos administrativos (*res verdicta*), mas não exercem jurisdição, privativa do Poder Judiciário.”
333. Cf. CANOTILHO, José Gomes. (*Direito...*). Op. Cit., p. 669-670..
334. Cf. PARADA, Ramón. (*Derecho...*). Op. Cit., p. 134. Vale anotar que PARADA tece à Carta Espanhola uma crítica de certo modo semelhante à que fizaos artigos 70 e

Logo, a pergunta que intitula esse tópico é respondida da seguinte maneira: o Poder Judiciário é aquele que, no Brasil, realiza de forma ampla o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Mas há outros órgãos estatais de controle externo ou interno que, dotados de maior ou menor independência funcional, realizam um controle análogo ao jurisdicional, ainda que especial, relacionado a temas específicos, com alcance ou efetividade restrita, ou seja, o exercício desse controle não gera efeitos definitivos, não faz coisa julgada material (e.g. os tribunais de contas, os conselhos de contribuintes, as corregedorias ou controladorias administrativas, entre muitos outros).

É importante fazer aqui duas observações: (1) primeiramente que, ao realizar a mencionada função de controle jurisdicional especial, esses órgãos de controle submetem-se sem qualquer restrição ao controle jurisdicional do Poder Judiciário: controlam, mas, ao mesmo tempo são controlados³³⁵; além disso, (2) a esses órgãos de jurisdição especial devem ser aplicadas as mesmas condicionantes jurídicas que incidem sobre o amplo controle jurisdicional realizado pelo Poder Judiciário, ou seja, tudo o que se dirá na sequência deste estudo sobre o objeto do controle jurisdicional e, especialmente, sobre os métodos que devem ser utilizados para a realização desse controle aplica-se integralmente aos órgãos de jurisdição especial.

Em suma, o ordenamento jurídico brasileiro temperou o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, executado em sua plenitude pelo Poder Judiciário, com a criação de uma série de órgãos de controle externo e interno dotados de relativa independência, os quais também realizam a função de verificar a legalidade das condutas da Administração, função análoga à jurisdição, a partir dos métodos e condicionamentos jurídicos semelhantes aos utilizados pelo Poder Judiciário e que serão analisados na sequência deste trabalho.

71 da Constituição Brasileira de 1988. Diz ele: “A regulação do controle a cargo do Tribunal de Contas produziu também uma considerável dose de confusão”.

335. Discordo, nesse ponto, de GOMES, para quem a jurisdição especial atribuída aos tribunais de contas se sujeita a “controle pelo Poder Judiciário, restrito aos aspectos formais e de manifesta ilegalidade” – Cf. GOMES, Emerson Cesar da Silva. (*Responsabilidade...*). Op. Cit., p. 364.

3.3. Qual é o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa?

Não há dúvida que a teoria do controle da Administração há muito se assentou sobre a figura do *ato administrativo*. A partir dos ensinamentos clássicos, poder-se-ia dizer, sem medo de errar, que o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa seria o ato administrativo discricionário ou, de forma mais aguda, a legalidade e a validade dos atos administrativos discricionários.

A partir dessa ideia básica, o direito administrativo vai identificar os requisitos, aspectos, pressupostos ou elementos (a doutrina, especialmente a brasileira, não é uniforme na utilização dessas expressões³³⁶) de legalidade ou de validade do ato administrativo. Em linhas gerais, caso presentes determinados elementos, o ato administrativo seria válido; caso carente de um ou outro desses elementos, o ato poderia ser declarado inválido.

Observe-se ainda que, uma vez superada a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato administrativo discricionário*, não há distinções quanto ao objeto do controle jurisdicional dos atos vinculados e discricionários; incide sobre ambos ampla jurisdição. Assim, o objeto do controle jurisdicional da atividade administrativa poderia ser definido simplesmente como o *ato administrativo ilegal ou inválido* e, por conseguinte, o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, o *ato administrativo discricionário ilegal ou inválido*.

336. Utilizam a expressão *elementos*: MEDAUAR, Odete. (*Direito ...*). Op. Cit., p. 134; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 152; ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, 2ª Ed, p. 154; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Direito ...*). Op. Cit., p. 245. *Requisitos* é a expressão adotada por MEIRELLES, Hely Lopes. (*Direito ...*) Op. Cit., 2013, p. 161. *Aspectos* é, por sua vez, a expressão adotada por JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 405. Já Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO separa o que denomina *elementos* (conteúdo e forma) dos *pressupostos* do ato (sujeito, motivo, requisitos procedimentais, finalidade, causa e formalização). Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 401-421.

Ato administrativo, por sua vez, é uma expressão jurídica herdada do direito administrativo francês³³⁷ pela qual ainda perpassam algumas polêmicas. Alguns estudiosos brasileiros dão-lhe um conceito mais estrito, operando certa distinção entre todos os atos praticados pela Administração (atos da Administração, a abranger atos normativos, atos de direito privado, entre outros) e os atos administrativos propriamente ditos (atos individuais gravados por características específicas, dentre as quais a presunção de legitimidade, veracidade e a autoexecutoriedade)³³⁸. Já outros alargam esse conceito para abranger todas as decisões tomadas por órgãos e autoridades da Administração que produzam efeitos jurídicos (criando, reconhecendo, modificando ou extinguindo direitos)³³⁹, de modo a abranger os atos normativos ou regulamentares e mesmo os contratos³⁴⁰.

Considerados os objetivos e os limites do presente estudo, a distinção entre atos da Administração e atos administrativos propriamente ditos e as disputas entre as definições mais amplas e mais restritas não têm importância. Tanto uns como outros podem vir a caracterizar-se como atos discricionários, como também podem se tornar objeto de controle jurisdicional. Não há distinção entre eles sob o prisma do controle jurisdicional, sejam atos unilaterais, contratos, atos de direito privado, atos individuais ou normativos, ressalvado o caso dos chamados *atos políticos ou de governo*, que serão abordados com mais atenção ainda neste capítulo, em tópico próprio.

337. Sobre essa origem, vale consultar a monografia de GIRARD, Anne-Laure. (*La Formation ...*). Op. Cit..

338. Exemplo disso são os estudos de DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Direito ...*). Op. Cit., p. 233-234.

339. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Direito ...*). Op. Cit., p. 133-134.

340. É interessante a falta de uniformidade entre os autores. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, por exemplo, fica em uma posição intermediária: refere-se aos atos da Administração, mas exclui dessa lista os atos normativos, que considera atos administrativos em “*sentido amplo*”. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p.391-394. MOREIRA NETO, por seu turno, adota uma definição restritíssima, de modo a abranger entre os chamados atos administrativos propriamente ditos somente os atos unilaterais. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 150.

Ato administrativo, nesse diapasão, é a expressão que compreende ainda decisões tácitas, fruto do comportamento omissivo da Administração, do silêncio ou do simples decurso de prazo. A omissão ou o silêncio da Administração também são capazes de gerar efeitos jurídicos, geralmente efeitos negativos, mas não faltam exemplos no ordenamento de efeitos positivos para o silêncio administrativo³⁴¹.

Dessa forma, no contexto do presente trabalho, fala-se em *ato administrativo discricionário*, enquanto objeto do controle jurisdicional, para referir-se à atividade discricionária da Administração amplamente compreendida: atos unilaterais e contratos; atos individuais e normativos ou regulamentares; atos declaratórios ou constitutivos; atos de direito privado; atos materiais; entre outros.

O objeto do controle jurisdicional da discricionariedade, reiterar-se, é a conformação de toda essa atividade discricionária da Administração à *legalidade*, a qual, por sua vez, na acepção aqui utilizada, corresponde à *conformidade com o direito*. Assim, legalidade equivale à conformidade com as normas constitucionais, com a lei formal, com os regulamentos, com os princípios gerais do direito administrativo e com os precedentes jurisdicionais entre outras fontes ou formas de expressão do direito administrativo.

3.3.1. Legalidade e elementos do ato administrativo

A legalidade corresponde, assim, à validade jurídica da atuação (comissiva ou omissiva) da Administração, enquanto a ilegalidade corresponde à invalidade ou à nulidade jurídica dessa atuação.

Há muito, como visto nos capítulos anteriores, o direito administrativo desdobra a análise da legalidade do ato administrativo entre os elementos ligados à chamada *legalidade externa* e aqueles

341. Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. (*Curso...*). Op. Cit., 151 e seguintes e HACHEM, Daniel Wunder. *Controle Judicial do Silêncio Administrativo e a Atribuição de Efeitos Positivos como Alternativa à Judicialização*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Org. MARRARA, Thiago e AGUDO GONZÁLEZ, Jorge). São Paulo: Almedina, p. 209 e seguintes.

relacionados à *legalidade interna*. Essa abordagem não é tão frequente no direito administrativo brasileiro, mas muito auxilia na compreensão da abrangência do exame da legalidade. Como elementos de *legalidade externa*, compreendem-se aqueles relacionados ao meio de exteriorização ou com o modo de produção do ato administrativo, exigindo-se a conformidade desses elementos com o direito: seriam estes a *competência*, a *forma* e o *processo administrativo*. Por outro lado, os elementos de *legalidade interna* são o *conteúdo ou objeto*, a *finalidade* e o *motivo* do ato administrativo. Os elementos de *legalidade interna* revelam, na profundidade, o condicionamento do exercício do poder estatal à observância de valores associados à impessoalidade e ao interesse público. Correspondem às *condições de fundo* da legalidade, como diria EISENMANN³⁴².

Por mais básicas que sejam essas lições, também não há uniformidade na doutrina brasileira atual sobre quais são os elementos do ato administrativo. MEDAUAR³⁴³, por exemplo, indica um rol de cinco elementos: *agente competente; objeto; forma; motivo e fim*; enquanto Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO³⁴⁴ elenca dois elementos: *conteúdo e forma* e oito pressupostos: *objeto; pertinência à função administrativa* (pressupostos de existência); *sujeito; motivo; requisitos procedimentais; finalidade; causa e formalização* (pressupostos de validade).

A maior parte dos autores fixa-se, como não poderia deixar de ser, nos elementos indicados expressamente pela legislação. A Lei nº 4.717/1965 (que regula a chamada *ação popular*), estabelece que:

342. Cf. EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2014 (reprodução da edição de 1957-1958), p. 609 e 637. EISENMANN identifica o *motivo* com as *condições de fundo*, de cima uma acepção mais abrangente à expressão *condições de fundo*.
343. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Direito ...*). Op. Cit., p. 135-137. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Silvia Zanella. (*Direito...*). Op. Cit., p. 245-254; ARAGÃO, Alexandre Santos de. (*Curso...*). Op. Cit., p. 154-160; JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 405-412; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 152-156; MEIRELLES, Hely Lopes. (*Direito...*). Op. Cit., 2013, p. 161-165 e CARVALHO FILHO, José dos Santos. (*Manual...*). Op. Cit., p. 110-126.
344. Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 401-421. Em sentido parecido, mas não idêntico: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (*Curso...*). Op. Cit., p. 183-190.

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

O rol de seis elementos defendido neste estudo indica, como fica evidente, um elemento a mais que os indicados pela Lei nº 4.717/1965: o *processo administrativo*. Muito embora a maioria dos autores brasileiros não considere o *processo de tomada de decisão* – ou o *processo administrativo* – um elemento estruturante da formação dos atos administrativos, ninguém mais levanta dúvida quanto à importância assumida mais recentemente pelo processo (chamado por alguns de processo ou procedimento administrativo não contencioso) no âmbito do direito administrativo e, especialmente, na formação das decisões administrativas em geral.

A importância do *processo administrativo*, ademais, inspirou a edição da Lei nº 9.784/1999, a qual, por sua vez, deu azo a uma série de leis estaduais e municipais regulamentando-o, com o objetivo de fixar-se, em termos normativos, o modo pelo qual devem ser produzidas as decisões administrativas.

O tema é merecedor de maior atenção e será mais bem cuidado posteriormente, pois a essencialidade do *processo administrativo* e a extensão do cuidado para com os *motivos* e a *motivação* na formação do ato administrativo (requisitos, aliás, obviamente relacionados) são as duas grandes novidades, senão as duas vertentes ou tendências mais importantes a influenciar, no âmbito do direito administrativo contemporâneo – a teoria e a prática relativas ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Em suma, o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é a legalidade no exercício dessa discricção. Na aferição dessa legalidade, o Poder Judiciário e os demais órgãos que exercem, em algum nível, jurisdição especial, devem verificar tanto os elementos de legalidade externa, relativos aos meios de produção do ato administrativo discricionário, como os elementos de legalidade interna ou de fundo, relativos ao conteúdo, à finalidade e ao motivo que levaram à edição do ato.

Os elementos de legalidade externa, reitera-se, são tratados pela legislação brasileira e, há muito, pela doutrina clássica do direito administrativo. São a competência do agente, a forma do ato e o processo administrativo.

A *competência* corresponde à existência de atribuição legal para a tomada da decisão. A *forma* é o meio permitido pela legislação para a exteriorização do ato: expresso ou tácito; escrito ou verbal. O *processo administrativo* tem pertinência primeiramente: (1) com a adoção de um processo para decidir; (2) com o cumprimento das obrigações inerentes a uma atuação processualizada – participação dos interessados; contraditório; e compromisso na coleta das provas (evidências factuais ou técnicas) enquanto elementos motivadores da decisão, e (3) com a obrigação de exarar-se uma decisão calcada nesses elementos factuais e técnicos e que considere os argumentos trazidos pelos interessados que eventualmente participaram do processo.

Também os elementos de legalidade interna são reconhecidos pela legislação: *objeto*, *finalidade* e *motivo*.

O *objeto* corresponde ao conteúdo do ato, o modo pelo qual o ato se materializa: e.g. o ato que revoga uma licitação tem como objeto extinguir a licitação. As decisões tomadas pela administração devem ter um conteúdo lícito. Por exemplo: a licença para a construção de um *shopping center* em uma zona de ocupação urbana exclusivamente residencial (ainda que por autoridade competente e que tenha seguido os ritos e a forma indicada pela legislação) não tem um conteúdo ou objeto lícito, pois a legislação que trata do zoneamento urbano não autoriza o licenciamento dessa atividade comercial naquele local.

A *finalidade* é o móvel ou o verdadeiro objetivo pelo qual se edita um determinado ato administrativo. Para que a legalidade da atuação administrativa se configure, não basta que seu objeto seja admitido pela legislação: é necessário que as finalidades ou os objetivos do ato não escondam intenções ou interesses subjetivos ou impróprios das autoridades administrativas. A autoridade que utiliza de sua competência (de seus poderes) para favorecer interesses pessoais (ainda que indiretamente, isto é, ainda que por meio do favorecimento ou desfavorecimento de um terceiro) ou para realizar objetivos simplesmente desvinculados do interesse público – que, em tese, deveria orientar uma dada

decisão – abusa de seus poderes; desvia-se das finalidades, deduzidas à partir do ordenamento jurídico, que deveriam conduzir sua atuação; e escolhe o interesse pessoal em detrimento do interesse público.

Trabalhe-se em caso semelhante ao do exemplo ilustrado para o esclarecimento desse elemento: imagine-se o deferimento da licença para a instalação de um *shopping center* em uma dada localidade do município que, muito embora seja autorizada pela legislação, tenha como externalidade a desvalorização ou a valorização de imóveis vizinhos ao empreendimento. Imagine-se, então, que as autoridades responsáveis pelo licenciamento se beneficiem direta ou indiretamente da valorização ou desvalorização dos imóveis vizinhos, por exemplo, porque os proprietários desses imóveis ou as pessoas que tenham o interesse de adquirir os imóveis a menor preço (no caso da desvalorização) sejam apoiadores políticos ou contribuintes de campanha eleitoral. Observe-se, portanto, que a legalidade não se consumará de modo completo se a atividade administrativa tiver objeto ou conteúdo legais mas aderir a finalidades ou interesses pessoais das autoridades públicas.

A inobservância da *finalidade* ocorre, aprofunde-se um pouco mais, tanto quando a decisão está voltada a atender preocupações de caráter privado como nos casos em que a decisão busca atender equivocadamente um interesse público distinto daquele a que o ato deveria estar vinculado.

A utilização de medidas de polícia para o fechamento de um estabelecimento comercial ou industrial, ou para a apreensão de bens, com o objetivo de favorecer concorrentes de mercado do suposto infrator; ou a remoção compulsória de um agente público; ou a desapropriação de um bem, com a finalidade de punir um inimigo político, são claros exemplos da primeira modalidade de desvio de finalidade: a prática de um ato administrativo com o propósito de atender a um interesse particular, pessoal da autoridade pública ou de terceiros³⁴⁵.

345. CHAPUS cita um caso de desapropriação com o fim de extensão de uma estação de tratamento de esgotos para a produção de água de reúso e na qual posteriormente se constatou que a desapropriação serviria somente para uma espécie de financiamento público do sistema de tratamento dos rejeitos de uma indústria local, da qual o pre-

A realização de autuação tributária, o bloqueio de bens ou a aplicação de penalidades em temas relacionados à atividade de ordenação ou polícia administrativa, todos com o objetivo de forçar o particular a vender um bem para a Administração, ou ainda com o intuito de constrangê-lo, perseguir-lo e forçá-lo a desistir de contestar decisão administrativa ou de reivindicar administrativa ou judicialmente seus direitos (como desistir de contestar o valor de avaliação de um dado bem em processo de desapropriação, por exemplo) são exemplos de como a Administração pode incidir em desvio de finalidade, ainda que em tese defenda os interesses da própria Administração.

Desvios parecidos – casos nos quais as medidas administrativas aparentemente defendem o interesse público – ocorrem quando uma regulamentação superveniente a uma decisão judicial tenta, na verdade, obstar a execução do referido julgado, ou quando a Administração estabelece penalidades ou medidas de ordenação ou polícia administrativa com finalidade meramente arrecadatória ou financeira³⁴⁶.

Note-se que muitas vezes não há uma divisão clara entre o interesse público e o interesse de particulares. Há, com muita frequência, uma pluralidade de interesses tanto públicos como privados (primários ou secundários) que se relacionam de modo complexo, e nem sempre do cruzamento desses interesses se extrai uma contraposição clara entre os interesses públicos e os interesses privados. Nesses casos, para que a Administração não seja acusada de desvio de finalidade, os cuidados

feito posteriormente viria a ser o diretor geral. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1054.

346. CHAPUS relata um caso curioso, datado de 1924, em que o prefeito de Biarritz, famoso balneário francês, baixou uma medida de polícia proibindo os banhistas, por suposto apreço à moralidade pública, de trocar de roupa nas praias, fora dos vestiários instalados pela Administração, pelo uso dos quais se cobrava tarifa. A medida foi anulada pelo Conselho de Estado, sob a alegação de desvio de poder, pois se entendeu que a intenção municipal era meramente financeiro-arrecadatória. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1052. O Judiciário brasileiro também tem casos em que se invalidaram medidas de polícia administrativa desvinculadas do exercício efetivo da atividade fiscalizatória por entender que se tratavam de medidas meramente arrecadatórias, conferir nesse sentido: RE nº 844.952/MG, Rel. Min. Roberto BARROSO, DJe 06/03/2015; RE nº 350.120/RJ, Rel. Min. Joaquim BARBOSA, DJe 01/02/2011; RE 858.031/PE, Rel. Min. Dias TOFFOLI, DJe 09/06/2016; ADI 2.551, Rel. Min. Celso de MELLO, DJ 20/04/2006.

das autoridades administrativas devem ser ainda maiores para que: (1) não se envolvam em decisões nas quais seus interesses pessoais as tornem impedidas ou suspeitas; (2) reste claro qual é a finalidade principal (ou as finalidades principais) da decisão administrativa; (3) estipulem quais são os resultados ou impactos esperados como fruto da medida decidida; (4) definam quais os interesses particulares envolvidos, como se manifestaram ao longo do processo e como foram considerados pela decisão, e (5) procedam com transparência, em especial nas interações e relações porventura mantidas entre a Administração e os particulares interessados. Observe-se que, nesse ponto, como ficará ainda mais claro pela leitura dos itens seguintes, finalidade, motivo e processo administrativo acabam se associando para a determinação da legalidade da decisão administrativa.

O *motivo*, com a disseminação das hipóteses de atuação discricionária e com o desenvolvimento dos estudos jurídicos sobre a discricionariedade, tem se tornado, reiteradamente, ao lado do processo administrativo, um dos elementos mais importantes para a aferição da legalidade da atuação administrativa. Aparentemente simples, o motivo corresponde à adstrição da atividade administrativa aos fundamentos fáticos e jurídicos que, em termos jurídicos, a autorizam. É o motivo, “trocando em miúdos”, o fundamento jurídico existente (constitucional, legal, regulamentar etc.) do ato administrativo e, além disso, o fundamento de fato que, enquadrando-se na hipótese legal cogitada como fundamento jurídico, completa o poder e o dever de atuação da Administração em um caso concreto.

Imagine-se a autorização emitida para a comercialização de um medicamento voltado ao tratamento do diabetes tipo 1. A autoridade, órgão ou entidade competente (neste caso, no direito brasileiro, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA) buscará fundamento jurídico (motivo de direito) que lhe faculte, no caso concreto (mediante pedido de um laboratório fabricante, por exemplo), autorizar a referida comercialização. Mas, além disso a agência deverá realizar estudos e eventualmente os testes de laboratório necessários para verificar se o referido medicamento realmente (motivo de fato) é seguro para consumo e se de alguma sorte é eficiente no tratamento do diabetes tipo 1. Observe-se que, uma vez carecedora de um desses motivos (de direito ou de fato), a decisão de autorizar a comercialização deve ser considerada ilegal.

Pode-se vislumbrar, já a partir dessa descrição sumária, quão amplo é o espectro ou o objeto sobre o qual o controle jurisdicional deve incidir, na medida em que se olhe a legalidade a partir de todos os seus elementos, com a devida profundidade e que se dê, enfim, a importância cabível para elementos de legalidade externa e interna tais como o processo administrativo, a finalidade e o motivo, os quais estão, por sua vez, claramente relacionados entre si, como será demonstrado adiante.

3.3.2. Do ato ao processo e do processo ao ato

É no final do século XX, após a democratização e a Constituição de 1988, que a doutrina brasileira começa a estudar mais seriamente o processo de formação das decisões administrativas³⁴⁷. Não é sem assombro que se constata a tardia aproximação do direito administrativo brasileiro em relação ao tema da processualidade e sua importância, o qual, como se viu anteriormente³⁴⁸, é um instituto nascido no final do século XIX, na Espanha, e que ganha impulso no período pós-guerras com a edição do APA (*Administrative Procedure Act*) norte-americano.

O fato é que um esforço quase heroico de alguns professores brasileiros conduziu à edição da Lei nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo “*no âmbito da Administração Pública Federal*”. A Lei nº 9.784/1999, embora se note uma certa timidez em suas disposições –, a começar pelo fato de autolimitar sua aplicação à esfera da Administração federal –, representou um enorme avanço no direito administrativo brasileiro, pois fincou as bases de uma administração mais transparente, mais racional e menos autoritária³⁴⁹.

347. V. Capítulo 2, item 2.4: “*Redemocratização e reação*”.

348. V. Capítulo 1, item 1.4: “*O controle jurisdicional da discricionariedade é um tema global?*”.

349. Mesmo passadas aproximadamente 2 (duas) décadas de sua aprovação, nota-se que a Lei nº 9.784/1999 ainda é pouco aplicada e, até mesmo, mal compreendida. Avalio, como acima já fiz, que a Administração brasileira persistirá no caminho de sua democratização, tendo em conta a necessidade de romper com seus antigos costumes de matizes profundamente autoritários, o que ainda demandará grande esforço dos operadores do direito.

Efetivamente, a Lei nº 9.784/1999 criou as ferramentas básicas para a introdução no direito brasileiro do processo como uma regra geral comportamental da Administração. Melhor dizendo, estabeleceu normas suficientes para a caracterização do *processo* como elemento de estruturação ou formação da atividade administrativa, das decisões administrativas ou dos atos administrativos em geral.

Reitere-se que, sem embargo da autolimitação perpetrada, e restringindo seu âmbito de abrangência à Administração Federal, a grande maioria dos Estados e muitos Municípios editaram leis próprias, todas muitíssimo semelhantes à lei federal, em função do que é possível hoje enxergar a Lei nº 9.784/1999, na prática, como se fosse uma lei geral. Isso não bastasse, é fundamental lembrar que a Lei nº 9.784/1999 regulamenta os direitos fundamentais do art. 5º, LIV e LV, contraditório e devido processo legal, constatação que, se não lhe autoriza, por si só, a ser reconhecida como um conjunto de normas gerais e nacionais, seguramente possibilita que algumas de suas normas, especialmente as de caráter mais genérico, possam ser vistas como as melhores, senão como a versão mais bem acabada do dever de regulamentar os princípios inseridos no referido art. 5º da Constituição, e, desse modo, que sejam consideradas de vigência nacional sempre que inexistir lei local que preencha essa lacuna de regulamentação.

De qualquer modo, em que pese as polêmicas que podem vir a surgir sobre o seu âmbito de aplicação, a Lei nº 9.784/1999, retome-se, contém o ferramental básico para a disciplina do modo de formação das decisões administrativas, pois, a saber: (1) estabelece os princípios aplicáveis ao processo administrativo (em todas as suas espécies); (2) fixa de forma razoavelmente ampla a figura jurídica do “*interessado*” no processo administrativo como titular de direitos e obrigações; e (3) descreve de forma genérica, mas muito clara: (3.1) as normas de legitimação para iniciar, recorrer ou intervir no curso do processo; (3.2) as normas de instrução do processo; (3.3) as normas que regulam o dever de decidir; e (3.4) o dever de motivar a decisão administrativa.

Observe-se que o art. 2º, da Lei nº 9.784/1999, em seu *caput*, descreve uma série de princípios reitores da atuação administrativa, dentre os quais: a motivação, a proporcionalidade, o contraditório e a

segurança jurídica. Ainda como desdobramento dessas normas, o mesmo artigo erige nos incisos V, VI, VII, XII e XIII as regras de transparência; a adequação entre meios e fins; a indicação dos pressupostos de fato e de direito da decisão; e o impulso de ofício e irretroatividade de nova interpretação de norma administrativa. Ressalte-se que todas essas normas, ainda que dotadas de grande generalidade, orientam a produção de todas as decisões administrativas, sem exceção!

Além disso, quando devidamente combinados, os artigos 3º, 5º e 9º, da Lei nº 9.784/1999 são bastante claros sobre a *universalidade* do processo, isto é, sobre a obrigatoriedade de instaurar-se processo previamente às decisões administrativas e de permitir a participação de todos aqueles que sejam em tese interessados no resultado da deliberação administrativa. O art. 3º crava o direito dos interessados de ter ciência (inciso II) e de participar do processo, formulando alegações (inciso III). O art. 5º, por seu turno, destaca que o processo será iniciado de ofício ou mediante provocação de um interessado, o que, dito de outro modo, importa reconhecer que, mesmo que a Administração não venha a comandar a abertura de processo previamente a uma determinada decisão, a provocação do interessado é o que bastaria para impor a esta o dever de instaurá-lo. Por fim, o art. 9º não deixa dúvidas sobre quem seriam os interessados que, no exercício do direito de participar da formação das decisões administrativas, poderiam obrigar a Administração a instaurar um processo quando esta não proceder a essa abertura “*de ofício*”:

“Art. 9º São legitimados como interessados no processo administrativo:

I — pessoas físicas ou jurídicas que o iniciem como titulares de direitos ou interesses individuais ou no exercício do direito de representação;

II — aqueles que, sem terem iniciado o processo, têm direitos ou interesses que possam ser afetados pela decisão a ser adotada;

III — as organizações e associações representativas, no tocante a direitos e interesses coletivos;

IV — as pessoas ou as associações legalmente constituídas quanto a direitos ou interesses difusos.”

Em resumo, titulares de direitos ou interesses individuais, aqueles que têm direitos ou interesses que possam ser comprometidos pela decisão e organizações e associações voltadas à defesa de direitos e interesses coletivos ou difusos: todos têm o direito de requerer a abertura de um processo administrativo ou de intervir no seu curso de forma ampla em defesa de seus próprios interesses ou de seus representados. A utilização da expressão *interesse* amplia ainda mais o espectro subjetivo dessa norma, de modo a não limitar a participação no processo àquele que se julgue titular — ou que demonstre ser titular — de um direito subjetivo. A mera afetação pela decisão, de forma direta ou indireta, dos objetivos, das atividades, do patrimônio ou dos valores sociais tangentes à atuação daqueles interessados, indicados pelo art. 9º da Lei, é o suficiente para legitimá-los a atuar no processo administrativo.

Também muitíssimo importantes na dinâmica do *processo de construção da decisão administrativa*, são as normas gerais de instrução, constantes dos artigos 29 e seguintes da Lei nº 9.784/1999. Nesse ponto, vale destacar, desde logo, o *caput* do art. 29, que estabelece textualmente que a finalidade da instrução é “*averiguar e comprovar os dados necessários à tomada de decisão*”. A norma parece simples e até certo ponto óbvia, mas é aqui fundamentalmente que se ligam de forma indissociável o *processo administrativo* e os *motivos* enquanto elementos estruturadores da legalidade externa e interna da decisão administrativa.

O art. 29 estabelece, em outros dizeres, que é obrigação das autoridades administrativas coletar as evidências necessárias que forneçam lastro ou motivos de fato para a que a decisão administrativa seja editada. Ou seja, no ambiente jurídico formado pelo processo administrativo, os fundamentos de fato da decisão são tratados como prova, como evidências. Ademais, nesse ambiente, compete às autoridades administrativas responsáveis pela decisão dar o impulso oficial à correta instrução do processo, ou, caso se prefira, compete a essas autoridades realizar, de ofício, a completa coleta das provas enquanto ingredientes factuais imprescindíveis à legalidade da decisão a ser tomada.

A norma do *caput* do art. 29 é reforçada pela obrigação de fazer, instituída pelo § 1º, do mesmo artigo, segundo o qual: o “*órgão competente para a instrução fará constar dos autos os dados necessários à decisão do processo*”, cravando, sem deixar qualquer margem de dúvida, o dever das autoridades administrativas de corretamente instruir os autos do *processo administrativo*. Esse dever expressa um compromisso da Administração com a correta, completa e isenta instrução do processo enquanto instrumento de realização da legalidade. É o que no direito administrativo norte-americano seria chamado de compromisso com o “*correct fact-finding*” (com a instrução probatória correta):

“Uma instrução probatória correta (correct fact-finding) pode ser tão mais importante que a aplicação correta da lei aos fatos apurados”³⁵⁰

Ainda quanto à instrução do processo, saliente-se que, em que pese responsabilizar as autoridades administrativas pelo impulso do processo e pela sua correta instrução, a lei faculta aos interessados o direito de participar da instrução do processo, de solicitar a produção de provas e de arguir as alegações que acharem cabíveis. O próprio art. 29, *caput*, estabelece que a instrução realiza-se: “*de ofício ou mediante impulso do órgão responsável pelo processo, sem prejuízo do direito dos interessados de propor atuações probatórias*”, disposição que é reforçada pelo art. 38, segundo o qual: “*O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo*”.

Além disso, vale frisar que, para a instrução das decisões de impacto geral, a lei disciplina a realização prévia de procedimentos participativos, tais como a *consulta pública* (art. 31) e a *audiência pública* (art. 32), entre outros meios de participação eventualmente convenientes (art. 33).

350. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 635. Em sentido semelhante: MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard e SHANE, Peter. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 740 e seguintes e CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 210 e seguintes.

Por fim, mas não menos importante, dentre as normas básicas para a conformação do ambiente processual voltado à gestação ou ao modo de produção das decisões administrativas, a Lei nº 9.784/1999 consagra o dever da Administração de emitir uma decisão em prazo razoável (art. 48) e de cumprir com o dever de motivação (art. 50), outro elemento estruturador da legalidade dos atos administrativos que, por sua relevância, será aprofundado no tópico seguinte.

Como se vê, o processo administrativo ou o processo de construção da decisão administrativa repousam no direito brasileiro atual, especialmente depois do advento da Lei nº 9.784/1999, como um requisito necessário para a edição de atos ou decisões administrativas. Diante disso, tornou-se um elemento de legalidade externa do ato, como a *competência* do autor ou a *forma* de exteriorização da decisão. Outrora confundido com a forma – no sentido de que esta abrangeria as formalidades prévias necessárias para a edição de um ato administrativo – e por vezes mal acomodado no elemento identificado como motivo, o *processo*, é, em verdade, um elemento autônomo que tangencia a forma, o motivo e até mesmo a finalidade, é um elemento que os liga, porém não se confunde nem com um, nem com outro, pois tem densidade e significado jurídicos suficientes para ser tratado autonomamente em relação aos demais.

O processo não constitui mera formalidade ou meio de externalização, mas também não se expressa por meio da simples identificação dos motivos ou da finalidade para decidir. A dinâmica processual, em termos jurídicos, estabelece uma relação complexa entre os interessados na decisão (a sociedade, em sentido mais amplo) e a Administração, relação essa que se guia fundamentalmente pela participação e pelo contraditório, dois caminhos seguros para a construção de uma decisão legal, impessoal e racional. Como dizia MERKL³⁵¹, o processo é um caminho previsto juridicamente para se chegar a um fim; o fim, no caso do *processo administrativo*, é a legalidade da decisão administrativa; o caminho é um procedimento com regras claras de participação e de contraditório que possibilitem a correta, completa e imparcial coleção dos motivos justificadores da decisão tomada.

351. Cf. MERKL, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Granada: Comares, 2004, p. 272.

É importante reiterar, por fim, que há uma grande movimentação envolvendo muitos ordenamentos jurídicos ao redor do globo no sentido da valorização do processo como instrumento de construção das decisões administrativas³⁵², fato que somente reforça tudo o que até se defendeu.

Dito isso, é fundamental não só identificar o processo de formação do ato como um dos elementos da legalidade externa e que, portanto, determina a validade ou invalidade de uma decisão administrativa: é importante desde já antecipar que seu papel deve se tornar um dos principais – ao lado dos motivos e da finalidade – na aferição do modo pelo qual o controle jurisdicional da discricionariedade vai se dar.

3.3.3. Motivos e motivação

Não há qualquer novidade em se elencar os motivos como fatores determinantes da legalidade ou da validade dos atos administrativos. A Lei nº 4.717/1965 (Lei de Ação Popular), como visto, em seu artigo 2º já estabelecia que a inexistência de motivo poderia anular o ato administrativo, detalhando, inclusive, em seu *parágrafo único, alínea d*, que “*inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”.

A doutrina nacional, ademais, tem sido praticamente unânime em abraçar os motivos como um dos elementos estruturantes (ou como requisitos de validade) do ato administrativo e, também em destacar a clássica *teoria dos motivos determinantes* como aplicável no controle jurisdicional da atuação administrativa. Referências, aliás, à teoria dos motivos determinantes na jurisprudência dos tribunais brasileiros também não faltam³⁵³.

352. É particularmente impressionante o conjunto de estudos reunidos recentemente por AUBY, congregando mais de 50 autores, de todas as partes do mundo, sobre o tema do processo administrativo. Cf. AUBY, Jean-Bernard. (*Introduction...*). Op. Cit..

353. Cf. EDcl no AgInt no REsp 1.564.805/MS, Rel. Ministro Francisco FALCÃO, DJe 17/8/2017); AgRg no AREsp 500.567/CE, Rel. Ministro Herman BENJAMIN, DJe 15/11/2014; REsp 1.487.139/PR, Rel. Min. Geraldo Og Nicéas Marques FERNAN-

Carece, porém, o direito brasileiro de um maior aprofundamento desse tema, que tem se tornado, mundo afora, um divisor de águas, na perspectiva de determinar-se até onde vai o poder de controle jurisdicional da atividade administrativa discricionária.

Se, por um lado, já é absolutamente unânime, em especial na doutrina brasileira, que o motivo é o elemento que se consubstancia na existência de fundamentos de fato e de direito para a decisão administrativa, ou, em outro dizer, que o motivo é a causa em razão da qual o ato é praticado³⁵⁴, de outro lado, pela maneira com que essa definição é na maioria de vezes tratada e efetivada, parece bastar que os motivos sejam meramente enunciados para que o elemento esteja inteiramente presente e para que a decisão seja considerada legal ou válida.

Mas não deve ser tão perfunctório o tratamento jurídico conferido aos motivos! Em outros ordenamentos e em parte da doutrina brasileira vai se encontrar caminhos abertos para o aprofundamento e para a inteira compreensão desse tema, no mais das vezes concentrado em três teorias: a teoria do *erro de direito* a teoria do *erro de fato* e a teoria da *qualificação jurídica dos fatos*. Estas possuem a função de completar a já enunciada teoria dos *motivos determinantes*, de modo que não só a inexistência dos fatos ou do direito invocados, mas também os erros de fato, a qualificação jurídica dos fatos e os erros de direito são capazes de invalidar a decisão administrativa. Ou, melhor, erros de fato, erros na qualificação jurídica dos fatos e erros de direito, quando observados, retiram do ato administrativo um dos elementos estruturantes de sua legalidade interna: o *motivo*.

Note-se, desde logo, que a Lei nº 4.717/1965 e a Lei nº 9.784/1999 construíram as molduras jurídicas básicas para a compreensão e aplicação dessas teorias, estabelecendo, ao lado do amplo dever de motivar (art. 50, incisos I a VIII, da Lei nº 9.784/1999), que “*a motivação deve ser explícita, clara e congruente (...)*” (art. 50, § 1º, da Lei nº 9.784/1999).

DES, DJe 03/05/2018; EDcl no AgRg no REsp 1.510.984/PR, Rel. Min. Herman BENJAMIN, DJe 15/02/2018; MS 18.671/DF, Rel. Min. Ari PARGENDLER, DJe 29/05/2013; REsp 1.444.840/DF, Rel. Min. Benedito GONÇALVES, DJe 23/04/2015 e AgInt no RMS 52794/PE, Rel. Min. Regina Helena COSTA, DJe 19/05/2017.

354. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1039.

A motivação é um elemento formal que corresponde à exteriorização ou à declaração expressa dos motivos que determinaram a decisão. O que a lei diz, no §1º, do art. 50, é que a enunciação dos motivos deve ser explícita, clara e congruente, predicados estes imprescindíveis à legalidade da decisão administrativa, uma vez que determinantes da existência dos fundamentos de fato e de direito para decidir ou, simplesmente, de motivo.

Porém, não é qualquer motivação (ainda que bem escrita, em bom vernáculo e com aparente congruência lógica ou jurídica) que atenderá ao prescrito pelo § 1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999. A motivação *explícita, clara e congruente* é fundamentalmente aquela que não padece dos vícios correspondentes ao *erro de direito*, ao *erro na qualificação jurídica dos fatos* ou ao *erro de fato*, como a seguir restarão descritos.

Como *erros de direito* entendem-se aqueles relativos à fundamentação jurídica da decisão, notadamente decisões que se baseiam (1) em *norma jurídica inexistente* ou decisões motivadas com o uso de (2) *norma jurídica inaplicável* ao caso concreto.

O ato de despesa fundado em lei orçamentária a que, na verdade, não o autoriza exemplifica a primeira hipótese. Nesse caso a norma que em tese autorizaria o empenho da despesa não é encontrada na lei referida nos fundamentos do ato.

Trata-se, como se vê, de um erro grotesco e evidente, mas tem igual relevância para a aferição da legalidade da decisão administrativa em que a indicação de uma norma jurídica que, em que pese existir, não se aplica ao caso concreto. Há inúmeros exemplos que ilustrariam esta segunda hipótese. Um deles é a aplicação de penalidade, baseada na lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), contra empresas que se envolveram em casos tratados pelas hipóteses normativas da referida lei, mas ocorridos antes de sua vigência. Nesse caso, a norma jurídica existe e, em tese, coaduna-se com a ocorrência material concreta ensejadora da pena. Mesmo assim, a norma jurídica é inaplicável, em função de não vigorar na época em que os fatos efetivamente aconteceram. É outro erro de direito, não tão grosseiro como no primeiro exemplo analisado, todavia tão evidente quanto.

O erro de direito também ocorrerá quando aplicada como fundamento da decisão uma norma inconstitucional ou no caso de uma decisão embasada em norma regulamentar que seja questionada por sua ilegalidade. Também nesses casos o fundamento normativo da decisão existe, mas não serve para fundar a decisão porque, é inaplicável em função de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade.

Outra hipótese, ainda mais complexa, mas também configurada como erro de direito, é o *erro de interpretação*. Nesses casos a autoridade administrativa retira da norma jurídica um comando diverso daquele que deveria retirar caso fizesse a exegese normativa correta. A interpretação deve ser atenta às finalidades da norma jurídica e à sua coerência com todo o sistema jurídico vigente (com a Constituição, com as leis e os regulamentos, com os princípios gerais de direito administrativo, com os precedentes jurisdicionais e com os precedentes administrativos). Quando isso não acontece, a Administração vicia o ato praticado com erro de direito. A inabilitação ou a desclassificação de empresas em uma licitação, diante de uma interpretação excessivamente formalista das normas da lei ou do edital que regem o certame é um exemplo frequente desse tipo de vício ou erro de direito³⁵⁵.

Já como erros relacionados à *qualificação jurídica dos fatos* entendem-se todos aqueles nos quais, muito embora a autoridade administrativa indique como fundamento jurídico uma regra existente, válida e em vigor, esta não consegue ligar os fatos, nos quais a decisão também se fundamentaria, à referida hipótese normativa. Não consegue enquadrá-los juridicamente de forma clara e coerente. Segundo CHAPUS: “*para que a decisão seja legal é necessário que seu autor não se atrapalhe na qualificação jurídica dos fatos que foram tomados em consideração*”³⁵⁶.

355. É interessante anotar que, segundo CHAPUS, a jurisprudência francesa admite a convalidação do erro de direito, nas hipóteses em que a mera substituição da base jurídica enunciada como razão de decidir regularize a decisão, convalidação, ademais, que pode ser realizada pelo próprio juiz, ao examinar a causa. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1041.

356. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1043.

As autoridades administrativas tendem, por vezes, a se confundir, especialmente quando a legislação utiliza expressões muito abertas ou normas muito genéricas (tais como os princípios ou conceitos jurídicos indeterminados) para lhes facultar, condicionar ou proibir uma conduta. Expressões como *grave comprometimento da ordem pública*; *salubridade pública*; *excepcional valor artístico*; *falta grave*; *liberdade de cátedra*, entre muitas outras utilizadas pela legislação, sempre ensejam dúvida sobre o perfeito casamento entre os fatos concretos e a hipótese legal abstrata³⁵⁷. A imprecisão do comando normativo, por seu turno, se de um lado exige da Administração um esforço maior para a correta demonstração da presença dos motivos ou para a devida qualificação jurídica dos fatos, de outro abre a porta para a interferência jurisdicional. Em razão disso, há nesses casos alguns cuidados essenciais exigíveis das autoridades administrativas.

Primeiramente, há que se ter cuidados especiais na instrução do processo administrativo, notadamente no que se refere aos aspectos técnicos da motivação: o suposto *valor artístico* ou o *comprometimento da ordem pública* devem restar firmemente evidenciados a partir da coleta de dados factuais e de sua análise técnica (tem-se aqui não só a exigência de clareza da motivação, como também o dever da autoridade administrativa para com a correta, completa e isenta instrução do processo). Não basta, frise-se, que a qualificação jurídica dos fatos seja declarada na decisão, é necessário que esteja demonstrada pela instrução do processo.

357. Ainda há pouca referência na doutrina brasileira à *teoria da qualificação jurídica dos fatos*, em que pese, como visto, haver larga aplicação da *teoria dos motivos determinantes*. No direito francês, a bem da verdade, uma não sobrevive sem a outra: a determinação dos motivos ou de sua correta abordagem pela decisão administrativa passa pela perfeita qualificação jurídica dos motivos de fato. O *leading case* da qualificação jurídica dos fatos, no Conselho de Estado, é o caso GOMEL, de 1917. Nesse caso, entendeu-se que o ato do prefeito de Seine, que desaprovava o projeto de construção nas cercanias da praça *Beauvau* por entender que o projeto atentava contra a *perspectiva monumental* da referida praça, carecia da correta qualificação jurídica dos fatos, pois a praça *Beauvau* de então não poderia ser vista, em seu conjunto, como formando uma *perspectiva monumental*. Ou seja, a qualificação jurídica da praça como *monumental* foi rejeitada pela Corte. Cf. LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. *Droit Administratif, Les Grandes Décisions de la Jurisprudence*. Paris: PUF, 2014, 16ª Ed., p. 716.

Em segundo lugar, é necessário que a Administração, ao fundamentar sua decisão, seja coerente com relação aos seus próprios precedentes e aos precedentes jurisdicionais tirados de casos semelhantes. A conduta de um servidor público, por exemplo, tida em um caso como *falta leve*, não pode ser vista, em outro caso similar, como uma *falta grave* e vice- e versa. Não se pode decretar o tombamento de um bem, por suas características arquitetônicas específicas ou seu *excepcional valor artístico*, e deixar de agir da mesma maneira em casos equiparáveis. Não se pode insistir em proibir a realização de manifestações públicas, por supostamente comprometerem de forma grave a *ordem pública*, quando, em casos semelhantes, o Judiciário já formou precedentes vinculantes ou, pelo menos, reiterados, declarando que referido tipo de manifestação não compromete a *ordem pública*.

Por fim, a decisão administrativa deve ter apreço à coerência argumentativa, à consistência lógica e jurídica interna dos argumentos que respaldam, em tese, a decisão tomada. Ainda que abertas à interpretação, as expressões genéricas utilizadas pelo legislador, tais como as exemplificadas, ou as normas simplesmente enunciadas como princípios (e.g. moralidade, razoabilidade) não correspondem a um vale-tudo, a um cheque em branco para que as autoridades administrativas façam o que bem lhes apeteça. É preciso que haja nesses casos uma ponderação racional³⁵⁸, concretizada por meio da declaração dos motivos e da argumentação jurídica, para se determinar se a norma prevalente, no caso concreto, é realmente a que foi aplicada pela autoridade administrativa, ou, melhor, para deixar claro, ao cabo da decisão, que os fatos tomados em seus efeitos concretos realmente ensejam a aplicação da respectiva norma jurídica.

A recém-aprovada Lei nº 13.655/2018 consolida, de certa forma, essa regra de conduta ao estabelecer: “*Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da*

358. Cf. JANSEN, Nils. *Los Fundamentos Normativos de la Ponderación Racional en el Derecho*. In: *la Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jan). Madri: Marcial Pons, 2011, p. 51 e seguintes.

decisão”³⁵⁹. Dizendo de forma mais simples: não basta alegar a aplicação de um conceito jurídico indeterminado ou de um princípio geral, é necessário ir além e justificar a escolha realizada à luz de outros princípios, de outros conceitos e das consequências concretas visadas pela decisão³⁶⁰.

Por fim, o *erro de fato*, derradeiro instrumento de análise teórica para a determinação da correta enunciação dos motivos em um ato administrativo específico, ocorre quando se constata a inexatidão material dos fatos tomados como razão de decidir pela Administração. Dito de outro modo, os fatos tomados pela Administração como fundamento para decidir devem ser reais³⁶¹.

Processo administrativo e motivo voltam aqui a interagir para determinar o verdadeiro alcance jurídico da teoria do *erro de fato*. Isso porque, a realidade dos fatos, no contexto jurídico criado pela adoção do processo como caminho preparatório da decisão administrativa, corresponde ao que a autoridade administrativa deve concluir ou deduzir a partir da análise do conjunto probatório reunido no processo administrativo. O fato real, nesse sentido e como já se disse anteriormente, é o fato que corresponde à prova ou evidência processual.

Como decorrência dessa constatação, chega-se facilmente à conclusão de que, se o processo não contém provas suficientes para a configuração do fato tomado pela Administração como base para decidir, a decisão é ilegal ou inválida. A ilegalidade decorre da ausência de *motivo*, caracterizado pela existência de *erro de fato*.

359. Cf. Art. 20, do Decreto-Lei nº 4.667/1942, alterado pela Lei nº 13.655/2018.

360. Também com relação ao vício na qualificação jurídica dos motivos de fato a jurisprudência francesa admite convalidar a decisão, inclusive pelo próprio juiz da causa, quando se tratar de um erro material que possibilite uma operação de simples substituição de motivos. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1045.

361. O *leading case* da teoria dos erros de fato no direito francês é o caso CAMINO, de 1916, na análise realizada pelo Conselho de Estado. Naquela oportunidade a Corte ponderou que todo ato administrativo unilateral repousa sobre motivos de fato e que a legalidade do ato depende da existência material dos motivos alegados que, por sua vez, correspondam à hipótese normativa autorizadora da atuação administrativa. Cf. LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 705.

A teoria do erro de fato se aplica claramente aos processos disciplinares ou sancionatórios em geral. Se um servidor público em função de chefia for acusado de assediar moral ou sexualmente um subordinado, seria necessário que a produção de evidências desse comportamento, realizada com a participação do acusado, em contraditório, resulte clara e indubitosa ao final do processo, para que eventual punição lhe seja aplicada. O mesmo ocorreria com a empresa acusada de inobservância de regulamentos fitossanitários impostos à sua atividade. Sem uma prova clara, que conduza à conclusão do efetivo cometimento do ilícito pelos agentes da empresa acusada, sua punição padeceria de erro de fato³⁶².

Mas essas não são as únicas aplicações da teoria do erro de fato, ainda que talvez pudessem ser consideradas as mais frequentes. Também em decisões de impacto social mais amplo, como ocorre nos processos que resultam na produção de *atos normativos*, a teoria do erro de fato deve ser aplicada. Observe-se que, da regulação econômica, da regulação de serviços públicos, da regulação do exercício das liberdades individuais em geral (na perspectiva de proteção do indivíduo contra si mesmo), dentre outras medidas normativas ordenadoras ou de polícia administrativa, sempre decorrerão efeitos mais ou menos extensos tanto no funcionamento da economia como nos comportamentos e interações sociais de grupos ou indivíduos, ou ainda, no tocante aos estímulos para a realização de determinadas atividades que são subentendidas como de interesse público.

362. Muito embora não costume citar expressamente a *teoria dos erros de fato*, é comum que a jurisprudência brasileira aborde a inexistência dos motivos de fato como causa para a anulação de atos administrativos. Exemplo disso encontra-se no acórdão dado pelo STJ, no MS nº 18.671/DF, Rel. Min. Ari PARGENDLER, DJe 29/05/2013, já anteriormente referido e segundo o qual: “*Comprovando-se a falsidade dos motivos que ensejaram a declaração da condição de anistiado político será o ato respectivo tornado nulo pelo Ministro de Estado da Justiça, em procedimento em que se assegurará a plenitude do direito de defesa, ficando ao favorecido o encargo de ressarcir a Fazenda Nacional pelas verbas que houver recebido indevidamente, sem prejuízo de outras sanções de caráter administrativo e penal*”. Na mesma linha, o acórdão dado no AgRg no AREsp nº 500.567/CE, Rel. Ministro Herman BENJAMIN, DJe 15/11/2014.

Regular a competição no setor de serviços públicos pode ter impacto positivo no valor das tarifas, mas pode levar as empresas do setor à ruína econômica e à descontinuidade na prestação de serviços públicos essenciais. Uma dada regulação do câmbio pode diminuir a inflação ou estimular o consumo, mas pode também levar os setores exportadores à bancarrota e o restante da economia produtiva ao sucateamento. Desestimular o consumo de cigarros pode resultar positivamente tanto para a conservação da saúde das pessoas como para o orçamento público da saúde, mas pode reduzir a atividade econômica e a arrecadação tributária. Permitir a comercialização de um determinado medicamento pode ajudar no tratamento da obesidade, mas pode aumentar os casos de transtornos psicológicos. Observe-se que as escolhas da Administração, em se tratando de atos normativos, raramente são simples e dificilmente, em todos os casos hipotéticos enunciados, prescindirão de vastos estudos técnicos.

É assim que, em vez de esconder-se no argumento da *discricionariedade técnica*³⁶³, erigindo-se uma nova muralha de proteção das autoridades públicas, o direito administrativo tem buscado respostas para a verificação da legalidade dessas medidas normativas e de largos efeitos coletivos ou difusos. Nesse ponto, as respostas mais

363. A ideia antes defendida de uma *discricionariedade técnica* imune à jurisdição também se encontra superada. O direito administrativo italiano, talvez o que mais tenha trabalhado com essa noção, distingue atualmente a *discricionariedade administrativa* da *discricionariedade técnica* (melhor chamada de *valutazione*, avaliação, pelo Código de processo administrativo atual). A primeira obrigaria a autoridade administrativa a ponderar e comparar os interesses envolvidos na decisão (interesse público primário e interesses públicos secundários). A segunda obrigaria a autoridade administrativa a avaliar a escolha a ser realizada a partir de parâmetros científicos ou que *exijam competência técnica específica*. No entanto, no ambiente do processo administrativo, a *discricionariedade técnica* acaba por se concretizar mediante o cumprimento de deveres relacionados à correta instrução processual, por meio da realização de laudos, pareceres ou perícias capazes de esclarecer qual é a escolha correta a ser feita em uma dada situação concreta. Cf. CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 124-126 e 212 (sobre o vício de *istruttoria*). Ver também sobre o tema GIANNINI, para quem “o vício de juízo técnico, que interfere no procedimento, tanto na fase de instrução como na fase de decisão, não possui uma configuração própria, mas se converte ou em violação de lei ou em excesso de poder ou também as vezes em inoportunidade”. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. (*Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 479.

frequentes se dão a partir da conjugação, uma vez mais, das técnicas inerentes ao processo administrativo com a teoria do erro de fato. As evidências de ordem técnica relacionadas ao cabimento (conveniência e oportunidade), ao impacto (proporcionalidade), ao custo-benefício (economicidade) ou ao sucesso (finalidade) das medidas cogitadas constituem motivos da decisão administrativa ou, melhor dizendo, fundamentos fáticos que devem ser comprovados por meio de estudos técnicos e pareceres, tais como: estudos de impacto, estudos de viabilidade e estudos de custo-benefício ou “*value for money*”, os quais, não se olvide, devem ser ainda combinados com a participação dos interessados no processo e com a possibilidade de contraditar as provas técnicas e de trazer para a autoridade administrativa novos elementos de convencimento, visando à tomada da decisão, visando à escolha correta.

Além disso, é importante gizar que o dever das autoridades administrativas relacionado à impulsão de ofício da instrução processual – há quase unanimidade entre os doutrinadores nacionais em apontar que o processo administrativo se rege pelo princípio da verdade material³⁶⁴ – não faculta à Administração a produção de uma prova tendenciosa, unicamente voltada à legitimação formal de um decisão administrativa previamente tomada, ainda que não exarada expressamente. Para o direito administrativo e, conseqüentemente para a legalidade das decisões administrativas, o compromisso das autoridades administrativas para com o correto, completo e isento *fact finding* deve ser maior do que o impulso de atuar segundo a vontade pessoal do governante. Assim, a prova técnica deve abranger todas as visões sobre um dado tema. Se houver, por exemplo, correntes científicas que defendem o uso de anfetaminas no combate à obesidade e, ao mesmo tempo, correntes que não concordam com esse uso diante dos efeitos colaterais que a substância provoca, a ANVISA (Agência

364. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 372; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 516; FORTINI, Cristiana; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho e CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 2ª Ed., p. 135-136 e NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 207.

Nacional de Vigilância Sanitária) não poderia deixar de considerar as duas posições técnicas na instrução da decisão normativa que eventualmente permitiria, proibiria ou restringiria a comercialização de medicamentos que contenham a referida substância. A edição de normas para que proíbam, restrinjam ou condicionem a comercialização ou a publicidade de cigarros – outro exemplo – deve ser precedida de estudos de impacto e de custo-benefício das medidas, e a visão, os argumentos e os estudos eventualmente fornecidos pela indústria do tabaco, nesses casos, são tão importantes como os das organizações antitabagistas, dos formuladores de políticas públicas e de psicólogos, médicos e cientistas que estudam o câncer.

Ora, a decisão administrativa que, tendo a abrangência e a repercussão social e econômica dos vários exemplos citados, não se comprometa de modo sério e isento com a instrução do processo administrativo, padecerá inevitavelmente de erro de fato. É justamente por isso que a Lei nº 9.784/1999, em dois artigos distintos (art. 38, *caput* e §1º e art. 50, §1º), expressou o dever da Administração de admitir a participação do interessados na fase instrutória do processo administrativo – mesmo em se tratando de matéria de ordem técnica – e, mais do que isso, de fundamentar sua decisão levando em consideração todo o conjunto probatório formado no curso do processo:

“Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão. (...)

Art. 50. (...)

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.”

Não se deve ter dúvida, portanto, nem da obrigação de correta, completa e isenta instrução do processo administrativo nem da necessidade do cumprimento desse dever pelas autoridades administrativas, para que a motivação de suas decisões se dê de modo explícito, claro e coerente e, enfim, para que não se contamine definitivamente o motivo do ato administrativo com o vício do *erro de fato*.

Ainda que a Lei nº 9.784/1999 e as demais leis que regulam os processos administrativos no Brasil ensejem algumas dificuldades de interpretação, seja no tocante à obrigatoriedade do processo, seja em relação ao dever de motivar, não há dúvida de que o motivo, enquanto fundamento de fato e de direito das ações administrativas, deve ser o resultado de uma atuação processual da Administração, atuação esta que demanda compromisso e isenção na produção e na análise das evidências factuais ou provas colhidas, ainda que técnicas, as quais serão mais extensas e complexas quanto maior forem, em tese, os efeitos, a repercussão, ou o eventual impacto social e econômico das decisões a serem tomadas.

A importância, na contemporaneidade, de associar-se *motivo e processo administrativo* como elementos da legalidade da atuação administrativa está justamente em, com isso, abrir-se um largo caminho para a atuação do controle jurisdicional da Administração, especialmente no tocante à discricionariedade. Abandonam-se, desse modo, todos os resquícios da antiga *teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário*³⁶⁵.

Pondere-se, em remate desse tópico, que, apesar de amplitude da compreensão aqui veiculada a respeito do objeto do controle

365. Muito já se falou sobre isso ao longo de todo o estudo, mas vale aqui anotar mais duas posições valiosas sobre a ampla jurisdição da discricionariedade. Uma delas é de CHAPUS, para quem os casos CAMINO e GOMEL (note-se que são casos julgados em 1916 e 1917): “colocaram fim a um excesso de reserva (de jurisdição) que supreendentemente persistia há muitos anos”. Cf. CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1047. Outra é de GIANNINI: “de fato, a experiência mostra que a inoportunidade pode produzir consequências desastrosas, e é suficiente considerar o caso de planejamento urbano inoportuno ou do planejamento de um setor econômico para antever um dano irreversível verdadeiro. Daí a tendência, que pode ser registrada em todos os ordenamentos mais avançados, em direção a um incremento do controle da oportunidade”. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. (*Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 478.

jurisdicional sobre a atividade discricionária da Administração e das anchas vias que se abrem para o seu exercício, a partir de uma visão mais aprofundada da legalidade, a aplicação dos pressupostos descritos tende a levar o Judiciário e os demais órgãos de controle a conformar sua atuação em limites os quais, se não podem ser considerados mais restritos, podem ser reconhecidos como mais aderentes à racionalidade jurídica, evitando, assim: (1) o desvio das decisões, pura e simplesmente, para o terreno da política ou, pior, da retórica política; (2) o desvio das decisões para o campo das convicções pessoais ou para o interesse particular dos juízes e demais controladores³⁶⁶; e, este sem dúvida, o pior dos sintomas: (3) a omissão jurisdicional.

A análise do objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa travada no presente tópico, porém, não restaria completa se dois aspectos excepcionais não fossem enfrentados. Primeiramente, o fato de o controle de legalidade não ser atualmente a única modalidade de controle da discricionariedade administrativa e a decorrente necessidade de saber como pelo menos um desses controles, o controle de resultados, deve ser jurisdicionalmente praticado –, se é que deve ser jurisdicionalmente praticado. Em segundo lugar, há que se analisar a figura dos *atos políticos ou de governo*, tradicionalmente excluídos do controle jurisdicional, ponderando se a Constituição vigente os aboliu ou não e, caso ainda existam, como fazer para identificá-los e controlá-los.

3.3.4. Controles de eficiência e resultados e controle jurisdicional

É necessário reconhecer que nem todo o controle feito sobre a Administração tipifica-se como controle de legalidade ou de validade dos atos administrativos, ainda que se compreenda da maneira mais ampla possível todas essas expressões jurídicas: ato administrativo, controle, legalidade e validade jurídica dos atos.

366. Praticamente todos os dispositivos incluídos recentemente na Lei de Introdução a Direito Brasileiro pela Lei nº 13.655/2018 voltam-se ao atendimento dessa finalidade.

Sem a pretensão de realizar a análise de todos os tipos de controle existentes e de contrastá-los com o controle de legalidade – havido aqui como o objeto principal do controle jurisdicional da Administração –, o que importaria em afastar-se excessivamente dos objetivos deste trabalho, é imprescindível que se analise com mais cuidado um dentre os diversos tipos de controle geralmente identificados pela doutrina: o controle de eficiência e de resultados. Não é incomum que muitos teóricos se refiram aos controles de eficiência e de resultados como sinônimos. Segundo MEDAUAR, por exemplo, a função do controle de eficiência é “*medir os resultados da atividade da Administração sob múltiplos perfis: o da funcionalidade organizacional, o da racionalidade dos procedimentos, o da melhor utilização dos recursos, o do grau de validade das escolhas discricionárias*”³⁶⁷. Para MOREIRA NETO, em linha bastante próxima: “*(...) a boa administração tem como parâmetros gerais os conceitos de eficiência e de resultado de gestão: a eficiência como otimização da aplicação dos meios (...) e o resultado como a idoneidade do fruto da gestão realizada*”³⁶⁸.

Muitos, ademais, são os exemplos retirados do ordenamento jurídico brasileiro de aplicação desse tipo de controle: o controle da execução dos contratos de gestão firmados com organizações sociais, regulados pela Lei nº 9.637/1998 (art. 8º, § 2º) e das parcerias com o terceiro setor regidas pela Lei nº 13.019/2014 (art. 6º, II); o controle do cumprimento das diretrizes orçamentárias nos termos da Lei Complementar nº 101/2000 (art. 4º, I, e); o controle do atingimento de metas pelas entidades integrantes da administração indireta, com base no Decreto-lei nº 200/1967 (art. 28, III); a fiscalização do cumprimento das metas da política nacional de saneamento estabelecida pela Lei nº 11.445/2007 (art. 23, III, VI, VII e X); os sistemas de monitoramento e controle de resultados instituídos pelo Plano Nacional de Educação (Lei nº 13.005/2014), entre outros³⁶⁹.

367. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Controle...*). Op. Cit., p. 80.

368. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 118.

369. Mas ainda há muito que se implementar nessa área, pois não é crível que planos urbanos (como o plano diretor criado pelo Estatuto da Cidade – Lei nº 10.257/2001), os programas de uma operação urbana consorciada (art. 33, da Lei nº 10.257/2001), ou programas de fomento econômico (como no caso da política de empréstimos

Como se vê, o controle de resultados é largamente utilizado na Administração brasileira, em especial, muito embora não só, no caso de planos e de políticas públicas continuadas. Nestes, o controle de resultados é essencial para se que estabeleçam mecanismos de acompanhamento voltados à calibração à ou revisão futura dos planos e das políticas analisados. Como geralmente se sustenta, se as políticas públicas têm como objetivos resolver concretamente determinados problemas públicos, seu controle deve necessariamente “*conhecer os efeitos gerados pelas medidas empreendidas*”³⁷⁰.

Tudo isso revela quão importante é controlar o resultado das ações administrativas e, mais ainda, revela que no direito administrativo atual proliferam instrumentos para controle da eficiência e de resultados, ao lado dos tradicionais controles de legalidade. Há, assim, uma tendência na legislação brasileira, como bem assinalado por SOUZA, de movimentar-se em dois sentidos: “*De um lado, um movimento que visa a atender a certa ‘reivindicação de parâmetros mais precisos de controle da gestão pública’.* O puramente baseado em valores e princípios jurídicos abstratos começa a dar sinais de fadiga (...) De outro lado, são normas que evidenciam um movimento de ‘acentuação do controle prospectivo’, isto é, das possíveis consequências ou impactos da gestão pública (...)”³⁷¹.

Uma vitória desses movimentos deu-se com a inserção, pela Emenda Constitucional nº 19/1998, da *eficiência* entre os princípios reitores da Administração consagrados no art. 37, da Constituição.

Interessante é observar que a EC 19/1998, ao alterar a redação original do *caput* do art. 37, tornou a eficiência uma norma jurídica e, como consequência, fez com que o controle de eficiência passasse a ser

subsidiados às empresas chamadas campeãs nacionais) sejam implementados sem que haja um rigoroso sistema de acompanhamento de resultados e de revisão e recalibragem de suas metas e instrumentos.

370. Cf. DIAZ, Eduardo Gutiérrez. *La evaluación de las políticas públicas*. In: *Teoría y Práctica de las Políticas Públicas* (Org. ALBALADEJO, Gema Pastor). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 101.
371. Cf. SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Em busca de uma Administração Pública de Resultados*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 55.

também um controle de legalidade. Porém, apesar disso, é importante que se note que o controle de eficiência e resultados tem objetivos estratégicos de certo modo distintos do controle de legalidade.

À legalidade importa a atuação concreta do direito e, mais enfaticamente, a conformidade com o direito e a defesa dos direitos. Trata-se de um controle de conformidade de uma dada ação (ou omissão) com normas (prescrições gerais e abstratas) preestabelecidas e, cuja consequência encontra-se no plano da validade e efetividade das ações e da eventual punição dos agentes públicos responsáveis. À eficiência, por outro lado, importa o atingimento das metas e dos indicadores de desempenho (bastante concretos) preestabelecidos e o constante aperfeiçoamento dos meios para o atingimento dessas metas. A ineficiência não gera *a priori* consequências no campo da validade ou da efetividade das ações administrativas, nem a punição dos agentes responsáveis, mas, sim, a revisão das metas, dos indicadores, e dos meios escolhidos para seu atingimento ou a descontinuidade da ação.

Ainda que, em última instância, legalidade e eficiência tenham como móvel a realização do interesse público e a concretização dos objetivos constitucionais, que uma forma de controle não prescindida da outra e que haja uma profunda conexão entre ambas – lembre-se de que, dentre os motivos que a Administração deve cogitar para suas decisões discricionárias (e que lhes determina, por vezes, a legalidade), encontra-se o impacto social ou econômico que provocarão –, a verdade é que são muito distintos os seus consectários em termos de efeitos jurídicos.

Por mais necessária e bem planejadas que sejam, muitas vezes as metas fixadas em um plano não são atingidas. Um atleta planeja por anos sua atuação para ganhar medalhas em uma olimpíada e uma empresa planeja seriamente, ano após ano, como auferir as receitas necessárias, realizar os investimentos e conter as despesas para que obtenha lucro para os seus acionistas. Da mesma forma, a Administração planeja como melhorar a *performance* dos estudantes no conhecimento da língua e em matemática, no entanto, muitas vezes essas metas não são atingidas. É natural que isso aconteça, pois há fatores que incidem sobre a vida das pessoas e das organizações que não são inteiramente previsíveis e, mesmo quando previsíveis, não produzem consequências certas.

Planejar é ainda a melhor maneira de atingir-se objetivos concretos. Mas a frustração na realização dessas metas ou dos indicadores preestabelecidos em um plano de ação administrativa não se amolda à ideia de um comportamento ilegal ou em desconformidade com o direito dos agentes responsáveis. Tentativa e erro, sim, encontram-se na lógica das ações planejadas. A frustração gera o desafio subsequente, tanto em termos de fixação das metas, de revisão dos instrumentos de ação ou, ainda, de alteração ou extinção de uma dada política ou ação administrativa.

A eficiência, desse modo, enquanto norma jurídica, importaria em obrigar a Administração a atuar de modo planejado, a criar os processos necessários à correta eleição de metas e indicadores de *performance* e, enfim, estabelecer meios ou instrumentos de ação (considerando impactos, custo-benefício, entre outros fatores), mas não importaria em obrigá-la a sempre lograr os melhores resultados, os resultados ideais ou prefixados, ou a tomar a realização dos objetivos concretos preestabelecidos como condição *sine qua non* da legalidade de sua atuação, na perspectiva de uma lógica puramente *utilitarista*³⁷². A bem da verdade, nem o atingimento dos objetivos fixados é garantia da legalidade nem sua irrealização leva necessariamente à ilegalidade.

Parece ser essa também a visão de COUTINHO ao dizer que o papel do direito, no tocante à regulação das políticas públicas, seria: “*apontar fins e situar as políticas no ordenamento (direito como objetivo), criar condições de participação (direito como vocalizador de demandas), oferecer meios (direito como ferramenta) e estruturar arranjos complexos que tornem eficazes essas políticas (Direito como arranjo institucional)*”³⁷³. Assim, criar políticas, estruturar o seu planejamento orçamentário ou executivo, e estabelecer processos participativos (como

372. Sobre o *utilitarismo*, consulte-se os escritos de SANDEL, analisando de forma comparativa, no plano da filosofia do direito, os conceitos de Jeremy BENTHAM e John STUART MILL. Cf. SANDEL, Michael. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014, p. 45-74.

373. Cf. COUTINHO, Diogo. *O direito nas políticas públicas*. In: *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. (Org. MARQUES, Eduardo; e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de). São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Unesp e Editora Fiocruz, 2013, v. 1, p. 194.

já abordado anteriormente) para a escolha devidamente motivada das metas, dos indicadores e dos instrumentos a serem utilizados e também para o acompanhamento da execução das políticas são requisitos que podem ser inferidos do princípio da eficiência e que, uma vez descumpridos, podem, sim, ensejar o reconhecimento de uma ilegalidade. O atingimento ou não atingimento de uma determinada meta não tem esse efeito.

Isso não quer dizer que ilegalidades não possam vir a ser cometidas em algum momento da concepção, deliberação ou execução do plano ou da política e que a falta de resultado não possa vir a ser considerada um indício disso. Mas o importante é que se deixe bem claro que a falta do resultado esperado não é, em si, uma ilegalidade e, nesse sentido, não se encontra no objeto dos controles jurisdicionais.

Cabe à jurisdição decidir questões de direito (art. 5º, XXV, da Constituição), mas não cabe à jurisdição decidir uma política ou um plano ou fixar metas, orçamento, indicadores de desempenho, meios ou instrumentos de ação; conseqüentemente não lhe compete rever todo esse “*complexo arranjo*”, diante dos resultados obtidos ou punir a falta de resultado. Por outro lado, cabe à jurisdição, sim, o controle de legalidade de todas as etapas da política ou do plano: ela precisa verificar se há política; se houve planejamento; se o processo foi observado; se os motivos são sustentáveis; se a finalidade da ação administrativa é compatível com o direito; se houve realização efetiva do controle de resultados preconizado pela legislação; e se a Administração revisou a política ou o plano em função da experiência concreta.

Desse modo, a realização do controle de resultados, enquanto tal, não é objeto do controle jurisdicional. Melhor dizendo, os órgãos de controle jurisdicional não têm a atribuição jurídica ou o poder para realizar controle de resultados. Porém, está, sim, sob revisão jurisdicional a efetiva execução do controle de resultados; a verificação da presença dos elementos de legalidade na concepção, deliberação e execução tanto das ações administrativas, como das políticas e planos públicos; e também, por fim, a fiscalização do próprio controle de resultados enquanto atividade específica de autocontrole desenvolvida pela Administração.

3.3.5. Atos políticos ou de governo

Segundo as clássicas lições de JÈZE, atos políticos ou de governo seriam aqueles que “unicamente por razões de oportunidade política escapam a todo controle jurisdicional”³⁷⁴. A teoria francesa dos atos de governo remontava ao denominado *Caso Laffitte*, julgado pelo Conselho de Estado em 1822³⁷⁵. Porém, em, 1925, ocasião da terceira edição de seu “*Princípios Gerais de Direito Administrativo*”, o mestre da escola de Bordeaux já declarava que os atos de governo eram fruto de mera criação empírica e que a longevidade e a contradição dessa noção com as “*ideias modernas*” lhe pareciam “*um escândalo intolerável*”³⁷⁶. Por sorte, ainda segundo ele, os atos de governo vinham se tornando cada vez mais raros, sendo excluídos da jurisdição somente os atos (1) de relacionamento entre o poder executivo e o legislativo; (2) a decretação de estado de sítio; (3) os atos diplomáticos, e (4) as medidas de polícia tomadas no curso de uma guerra declarada contra estados estrangeiros³⁷⁷.

Apesar das enfáticas declarações de JÈZE, o direito francês conservou até hoje a noção de atos de governo, ressalvado o fato de que a jurisprudência do Conselho de Estado os tenha numericamente reduzido ainda mais. Atualmente, o direito francês só reconhece dois tipos de atos de governo: (1) *atos do executivo tomados no relacionamento com o Parlamento* (ou atos entre os poderes constitucionais) – por exemplo, a iniciativa legislativa, a promulgação da lei (que corresponderia à sanção presidencial no direito brasileiro), a decisão presidencial para nomeação de membro do Conselho Constitucional, entre outros; e (2) *atos do executivo em matéria de relações com*

374. Cf. JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2005 (fac-símile da 3ª Ed. de 1925), tomo 1, p. 394.

375. No Caso Laffitte (CE 1er mai 1822, Rec. 202) o banqueiro que dá nome ao caso cobrava as prestações atrasadas de um empréstimo feito à Pauline Borghèse, irmã de Napoleão Bonaparte, ocasião que o Conselho decidiu que havia no caso “*uma questão política cuja decisão pertence exclusivamente ao Governo*”. Cf. WALINE, Jean. (*Droit...*). Op. Cit., p. 350.

376. Cf. JÈZE, Gaston. (*Les Principes...*). Op. Cit., tomo 1, p. 395.

377. Cf. JÈZE, Gaston. (*Les Principes...*). Op. Cit., tomo 1, p. 398 e seguintes.

potências estrangeiras, e.g. atos relativos à negociação de um tratado internacional, relativos à proteção de cidadãos no exterior, extradição e atos de guerra³⁷⁸.

O direito administrativo brasileiro, acostumado a querelas doutrinárias em temas com esse grau de generalidade e sem uma previsão normativa inequívoca, tem forjado um incomum consenso nessa matéria. Ressalvada a posição de MEIRELLES, que admite a existência de atos políticos ou de governo como atos “*que se fundam na ampla liberdade de apreciação (...) sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos*”,³⁷⁹ e mesmo assim admitindo controle jurisdicional destes com “*maiores restrições*”, praticamente toda a doutrina nacional converge atualmente ou para afirmar a inexistência desse tipo de ato, ou para admitir ampla jurisdição sobre os mesmos.

MEDAUAR, por exemplo, admite a existência de atos políticos, mas explica:

*“Com frequência o ato de governo vem estudado sob o ângulo do ‘controle jurisdicional’ da Administração, visto haver uma afirmação tradicional de que tal ato fugiria desse controle. Na realidade atual, tal chavão não se sustenta (...) por força do inc. XXXV do art. 5º, da CF (...). Firmou-se no direito pátrio a orientação no sentido da admissibilidade da apreciação jurisdicional do ato de governo se deste decorrer lesão ou ameaça a direito”*³⁸⁰.

378. Cf. WALINE, Jean. Op. Cit., p. 351-353. No mesmo sentido: FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. (*Droit...*). Op. Cit., p. 329-332 e MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit...*). Op. Cit., p. 575-579.

379. Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. (*Direito...*). Op. Cit., 2013, p. 791.

380. Cf. MEDAUAR, Odete. (*Direito Administrativo Moderno*). Op. Cit., p. 147. Outros autores, como se disse, apoiam a tese de que os atos políticos existem no ordenamento brasileiro, mas submetem-se à ampla jurisdição, dentre eles: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. (*Curso...*). Op. Cit., p. 194-196; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. (*Direito...*). Op. Cit., p. 901; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 392; PEGORARO, Luiz Nunes. (*Controle...*). Op. Cit., p. 146-147; CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, 2ª Ed, p. 54. MOREIRA NETO nem ao menos admite a existência do ato político no “sistema jurídico brasileiro”, Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 151.

A análise de alguns julgados recentes, porém, faz pensar sobre esse quase consenso existente no direito brasileiro em torno do controle jurisdicional dos atos de governo. O consenso (ou quase consenso) teórico encontra-se refletido no efetivo exercício da jurisdição?

De fato, a jurisprudência recente dos tribunais superiores oscila constantemente em relação a esse ponto. Com muita frequência, inclusive, o STF tem decidido por maioria de votos, não sem acirrada e declarada discordância entre os ministros, e no STJ também há relativa alternância de tendências.

Um dos temas tratados no STF, que pode ser considerado se não coincidente, ao menos correlacionado com o dos atos políticos, é o da possibilidade do controle jurisdicional sobre os chamados atos *interna corporis* do Legislativo. Nesse caso, a posição tradicional da Corte Constitucional brasileira é a externada pelo voto do Min. Dias TOFFOLI, no ARE nº 1028435 AgR/PR, segundo o qual:

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de não caber ao Poder Judiciário, a pretexto de realizar o controle de atos legislativos, imiscuir-se em matérias interna corporis, sob pena de violação do princípio da separação dos Poderes”³⁸¹.

Porém, há posições na Corte Suprema que não concedem tamanha imunidade aos atos *interna corporis* do Legislativo. Observe-se a posição do Min. Roberto BARROSO:

“O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e

381. Cf. AgR no ARE nº 1.028.435/PR, Min. Rel. Dias TÓFFOLI, DJe. 15/08/2017. Em sentido semelhante: AgR no MS nº 31.951/DF, Min. Rel. Luiz FUX, DJe. 31/08/2016; AgR em MS nº 34.063/DF, Min. Rel. Edson FACHIN, DJe. 05/10/2016; e MS nº 32.033/DF, Min. Rel. Gilmar MENDES, Min. Rel. para Acórdão Teori ZAVASCKI, DJe. 18/02/2014.

das instituições republicanas. Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias”³⁸².

Sublinhe-se que o trecho transcrito deve ser interpretado *contrariu sensu*, ou seja: a decisão salienta que só há controle jurisdicional sobre os atos *interna corporis* quando seja para proteger direitos fundamentais e outras normas essenciais da Constituição, o que, em sentido contrário, significa que há controle jurisdicional sobre os atos *interna corporis*, justamente o oposto do que salientou o Min. Dias TOFFOLI na decisão anteriormente transcrita.

Nessa mesma linha caminha o Min. Celso de MELLO, para quem:

“O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República, ainda que essa atuação institucional se projete na esfera orgânica do Poder Legislativo. Não obstante o caráter político dos atos parlamentares, revela-se legítima a intervenção jurisdicional, sempre que os corpos legislativos ultrapassem os limites delineados pela Constituição ou exerçam as suas atribuições institucionais com ofensa a direitos públicos subjetivos impregnados de qualificação constitucional e titularizados, ou não, por membros do Congresso Nacional (...) sem que isso caracterize situação de ilegítima interferência na esfera orgânica de outro Poder da República”³⁸³.

Observe-se que, por meio da interpretação *contrariu sensu*, dá-se uma certa flexibilidade para a Corte decidir conforme as

382. Cf. MS nº 34.327/DF, Min. Relator Roberto BARROSO, DJe. 01/08/2017.

383. Cf. MS nº 24.849/DF, Min. Relator Celso de MELLO, DJ. 29/09/2006.

circunstâncias do caso concreto, pois, raciocinando em termos de regra e exceção – sendo regra a não interferência, sem, entretanto, que se deixe claro nos precedentes quais as exceções –, o Tribunal fica razoavelmente livre para definir exceções no varejo, caso a caso, como demonstra enfaticamente outra decisão do Min. Celso de MELLO: “*A submissão das questões de índole regimental ao poder de supervisão jurisdicional dos Tribunais implicaria, em última análise, caso admitida, a inaceitável nulificação do próprio Poder Legislativo, especialmente em matérias em que não se verifica evidência de que o comportamento impugnado tenha efetivamente vulnerado o texto da Constituição da República*”³⁸⁴.

Observe-se que não há precedentes no STF que façam menção expressa à mesma deferência com relação a matérias *interna corporis* do Executivo, mas o raciocínio desenvolvido pela Corte para os *atos políticos* do Legislativo poderia ser visto como um esboço de sua compreensão a respeito de todos os atos políticos, inclusive os *atos de governo*, ou, caso se prefira, os atos políticos do Executivo. A análise do *Caso Césare Battisti*, relacionada ao ato político de extradição, revelou a divisão da Corte nessa matéria, filiando-se a maioria dos ministros à ideia de que o ato final do processo de extradição é de juízo *exclusivamente político*:

“No campo da soberania, relativamente à extradição, é assente que o ato de entrega do extraditando é exclusivo, da competência indeclinável do Presidente da República, conforme consagrado na Constituição, nas Leis, nos Tratados e na própria decisão do Egrégio Supremo Tribunal Federal na Extradição no 1.085. (...). A anulação, pelo Supremo Tribunal Federal, da decisão do Ministro da Justiça que concedeu refúgio político ao extraditando, não o autoriza, a posteriori, a substituir-se ao Chefe de Estado e determinar a remessa do extraditando às autoridades italianas. O descumprimento do Tratado de Extradição, ad

384. Cf. MS 33705 AgR / DF – DISTRITO FEDERAL – AG.REG. EM MANDADO DE SEGURANÇA – Relator(a): Min. CELSO DE MELLO – Julgamento: 03/03/2016 – Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

argumentandum tantum, gera efeitos apenas no plano internacional, e não no plano interno, motivo pelo qual não pode o Judiciário compelir o Chefe de Estado a entregar o súdito estrangeiro”³⁸⁵.

A decisão acima lastreia-se na ideia de imunidade dos atos políticos ou de governo, interpretação, ademais, reiterada pela Corte Suprema com relação à possibilidade de *controle jurisdicional do veto presidencial*:

“Ementa: agravo regimental no mandado de segurança. Estatuto da pessoa com deficiência. Reserva de vagas em instituições de ensino público e privado para estudantes. Veto presidencial. Ato político sujeito ao exame do congresso nacional. Descabimento da impetração. Agravo ao qual se nega provimento”³⁸⁶ – grifos do autor.

No STJ, por seu turno, há pelo menos uma decisão recente, fruto do acórdão proferido pela Min. Regina COSTA, no REsp nº 1.248.667/PR, que aborda textualmente a reserva de jurisdição sobre os atos políticos do Executivo:

“Por maior que seja o âmbito da ação civil pública, é pacífico o entendimento que descabe ao Judiciário substituir o Poder Público fixando providências e diretrizes administrativas, por mais relevantes que elas sejam, sob pena de comprometer-se, irreparavelmente, o princípio da harmonia e separação dos poderes. O exercício da atividade administrativa, ao distribuir os recursos orçamentários, constitui, como não poderia deixar de ser, um juízo discricionário do Poder Público, cuja apreciação pelo Judiciário encontra-se excluída, nos termos do pacífico entendimento da doutrina e da jurisprudência. Trata-se, no caso, das denominadas questões políticas, ou

385. Cf. Petição avulsa na Ext. nº 1085/ITA, Min. Relator Gilmar MENDES, Min. Relator para Acórdão Luiz FUX, DJe. 03/04/2013.

386. Cf. AgrR no MS nº 33.694/DF, Min. Relatora Cármen LÚCIA, DJe. 26/10/2015.

‘interna corporis’, examinadas magistralmente por RUY BARBOSA, em obra clássica, verbis: ‘A linha diretriz não me parece difícil de traçar. De um lado estão os grandes poderes do Estado, com as suas atribuições determinadas em textos formais. De outro, os direitos do indivíduo, com as suas garantias expressas em disposições taxativas. Em meio a uma e outra parte, a Constituição, interpretada pela Justiça, para evitar entre os direitos e os poderes as colisões possíveis. Quando, portanto, o poder exercido não cabe no texto invocado, quando o interesse ferido por esse se apoia num direito prescrito, a oportunidade da intervenção judiciária é incontestável. O assunto será então judicial. Quando não, será político. (...). Versa, enfim, sobre a maneira de exercitar esse poder; sua conveniência, sua oportunidade? Neste caso a questão é política; porque seus elementos de apreciação pertencem intrinsecamente à função conferida, e a ingerência de outro poder a anularia intrinsecamente’ (in *Os Atos Inconstitucionais do Congresso e do Executivo perante a Justiça Federal*, Companhia Impressora, Rio, 1893, pp.126/7)³⁸⁷.

A longa transcrição do acórdão justifica-se pela erudita citação feita da obra de RUY BARBOSA, a qual, curiosamente, nada ajuda na compreensão do tema, pois na transcrição verifica-se que o famoso jurista dos primeiros anos da República brasileira utilizava o adjetivo *interna corporis* para se referir aos atos discricionários em geral. De qualquer sorte, a Min. Regina COSTA vota expressamente pela existência de atos políticos – “*questões políticas*” em seu voto – e os isenta do controle jurisdicional³⁸⁸.

387. Cf. REsp nº 1.248.667/PR, Min. Rel. Regina Helena COSTA, DJe 22/09/2016.

388. Vale ainda notar que, em caso recente, a mesma ministra votou em sentido aparentemente oposto, em mais uma demonstração de que o tema não se encontra bem assentado em nossos tribunais: “*Não se pode falar aqui que a decisão feriu o princípio da separação dos poderes. Note-se que a concretização dos direitos fundamentais não deve ficar condicionada ao alvedrio do Administrador Público, sendo relevante que o Poder Judiciário quando demandado opere como Órgão controlador da atividade administrativa. Ademais, seria verdadeira deformidade julgar que o princípio da*

Mas há, ainda, dois casos que provocaram recentemente muita polêmica e que merecem ser analisados. Um deles é o caso da obstrução judicial à nomeação do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil pela também ex-presidente Dilma Rousseff.

Nesse caso, o Min. Gilmar MENDES, já citado na introdução desse estudo, foi enfático quanto à possibilidade de amplo escrutínio jurídico de um ato admitidamente de governo: a nomeação de um ministro. A decisão aplicou fundamentalmente o princípio da moralidade e da impessoalidade, reconhecendo que a teoria do “*desvio de finalidade*” seria “*perfeitamente aplicável*”³⁸⁹.

Observe-se que o *approach* utilizado pelo Ministro para analisar o ato político foi o mesma que os tribunais geralmente utilizam para julgar qualquer ato ou decisão discricionários da Administração: a “*consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos*”. Daí o STF ter negado (ainda que implicitamente) a tese de que, em decisões anteriormente citadas, o mesmo STF abraçara: a imunidade jurisdicional dos atos políticos ou de governo³⁹⁰.

separação dos poderes, inicialmente criado com o objetivo de garantir os direitos fundamentais, fosse, ao reverso, usado como obstáculo à realização desses direitos” – Cf. REsp nº 1.671.358/PE, Min. Rel. Regina Helena COSTA, DJe 31/10/2017.

389. Cf. MC no MS nº 34.069/DF, Min. Rel. Gilmar MENDES, DJe. 31/03/2016.

390. Vale observar que, anteriormente, entre os anos 1950 e 1960 (sob outro regime constitucional, portanto), o STF chegou a exarar algumas decisões diretamente sobre o tema dos atos de governo. Um acórdão sobre o tema é o do Ministro Luiz GALLOTTI, de 1953, no qual o relator declara: “*Desde que se recorre ao judiciário, alegando que um direito individual foi lesado por ato de outro Poder, cabe-lhe examinar se esse direito existe e foi lesado. Eximir-se com a escusa de tratar-se de ato político seria fugir ao dever que a Constituição lhe impõe, “máxime” após ter ela inscrito entre as garantias fundamentais, como nenhuma outra antes fizera, o princípio de que nem a lei poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual (art. 141, § 4º).*” – Cf. MS nº 1.959/DF, Min. Rel. Luiz GALLOTTI, DJe. 13/08/1953. Do mesmo Min. Luiz GALLOTTI há uma outra passagem ementada do seguinte modo: “*As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo (...). Mas a discricção legislativa ou administrativa não pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais*”. Cf. MS nº 1.423/DF, Min. Relator Luiz GALLOTTI, DJ. 14/06/1951.

Em outro caso, ainda mais recente, também referido na introdução desse trabalho, decidiu-se pela obstrução à nomeação pelo presidente Michel Temer da Deputada Federal Cristiane Brasil, para o cargo de Ministra do Trabalho. Neste caso, a Min. Carmen LÚCIA manteve a suspensão da nomeação e, muito embora não tenha disposto sobre o mérito da demanda, salientou:

*“Observam os reclamantes que a discussão posta na ação popular teria natureza constitucional, concernente à moralidade administrativa, ao princípio da separação dos poderes e à competência privativa do Presidente da República para nomeação dos Ministros de Estado”*³⁹¹.

Ou seja, ainda que não se tenha julgado definitivamente a ação, o STF reconheceu a relevância constitucional do tema tratado, deixando claro que o que se encontrava em julgamento era a incidência do princípio da moralidade sobre o ato político de *“nomeação de Ministros de Estado”*, e manteve, desse modo, a suspensão do ato de nomeação editado pelo Presidente da República a quem, segundo a Constituição compete *privativamente*: *“nomear e exonerar os Ministros de Estado”* (art. 84, I).

Como se vê, quanto aos atos de governo – diferentemente do que se constata na doutrina – há uma clara oscilação na Corte Suprema, que ora reconhece que há esferas de imunidade jurisdicional – em relação às quais deveria prevalecer os princípios da democracia representativa e da separação de poderes –, ora defende um controle jurisdicional universal sem zonas de reserva ou imunidade, mesmo na relação entre os poderes³⁹².

391. Cf. MC na RcL nº 29.508/DF, Rel. Min. Carmen LÚCIA, DJe. 11/04/2018.

392. Fato muito parecido ocorre, no STJ, na questão já tratada anteriormente relativa ao controle das políticas públicas. Nesse caso, o STJ geralmente reconhece a capacidade de interferência do Judiciário em casos relativos às políticas de saúde, notadamente nos casos de omissão da Administração (Cf. AgR em REsp nº 901.721/RJ, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe. 15/02/2018; AgR em REsp nº 937.500/MG, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 06/09/2016; AgR em REsp nº 873.437/MG, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, DJe. 16/02/2018), mas rejeita os mesmos argumentos e, conseqüentemente a interferência do Judiciário em outros setores, tais como saneamento, habitação, assistência social etc. (Cf. REsp nº 1.565.817/SC, Min. Rel.

O fato é que a defesa da existência dos atos de governo e a tese de sua imunidade jurisdicional geralmente não produzem qualquer simpatia. Mesmo porque, uma vez não definidos jurídica e claramente na forma de *numerus clausus*, como atualmente ocorre no direito francês, abre-se uma porta perigosa para o arbítrio e para o autoritarismo. Como a Constituição brasileira não traz explicitamente essa definição, ou seja, como não estabelece quais são os atos de governo e qual será o tratamento que estes obterão dos órgãos de controle jurisdicional, a missão do intérprete fica realmente tormentosa, o que, de certo modo, explica as oscilações do Judiciário nesse ponto.

Há que se reconhecer ainda que as constituições contemporâneas e as cortes constitucionais têm deixado um espaço cada vez menor para as decisões políticas controladas exclusivamente pela via política. Mas há também que se admitir que há um espaço aparentemente ineliminável para estas, pois as decisões políticas são inerentes à separação de poderes e à imbricação, em termos de arranjo normativo (poder-se-ia dizer, em termos de *regras do jogo*), entre política, governo, administração e democracia.

Volte-se ao caso da nomeação de Ministros de Estado, pois ele fornece um bom exemplo desse arranjo normativo que, ao mesmo tempo, influencia e é influenciado pelos usos e costumes da política. Pelas regras constitucionais, no presidencialismo praticado no Brasil, acostumado ao epíteto *presidencialismo de coalizão*, o governo precisa de constante apoio das duas casas do Legislativo para que possa atuar e realizar seus compromissos ou programas eleitorais. Para que se conquiste essa *governabilidade*³⁹³, é importante para o Executivo

Sérgio KUKINA, DJe. 10/11/2017; AgR em REsp nº 396.775/MS, Min. Rel. Gurgel DE FARIA, DJe. 22/08/2017; AI nº 969.660/MG Min. Rel. Mauro CAMPBELL MARQUES, DJe 03/06/2009; REsp nº 1.428.552/MG, Min. Rel. Sérgio KUKINA, DJe 30/06/2016).

393. Cf. ARANTES, Rogério e COUTO, Cláudio. *Constituição, Governo e Governabilidade*. In: *Constituição e Política na Democracia: Aproximações entre Direito e Ciência Política* (Org. WANG, Daniel Wei Liang). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 197-220. Sobre o conceito de governabilidade e as dificuldades ensejadas pelo ordenamento constitucional brasileiro, ver ainda: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995 e SANTOS, Wanderley Guilherme dos. (*A Democracia ...*). Op. Cit., pos. 731 de 3024.

obter o apoio de uma significativa maioria tanto na Câmara de Deputados quanto no Senado, maioria esta que lhe possibilite a aprovação de projetos de lei e eventualmente de emendas constitucionais. Essa maioria é muito difícil de ser obtida no Legislativo brasileiro, pois há um número excessivo de partidos políticos ali representados. Boa parte dos motivos desse número excessivo encontra-se no sistema eleitoral, que induz à fragmentação partidária, à presença de múltiplos partidos no Legislativo e às consequentes dificuldades de governabilidade³⁹⁴. Diante disso, a utilização da nomeação de Ministros de Estado (e seus correspondentes nos Estados e Municípios: os Secretários de Estado ou Municipais), com o intuito de arregimentar uma bancada de apoio no Legislativo, tornou-se um expediente normal, corriqueiro, que o governo maneja em função das pretensões muitas vezes paroquiais de cada bancada partidária. A imprensa apelidou esse costume de política do “*é dando que se recebe*”, ressaltando os traços morais (ou imorais) desse comportamento. Mas esse é um expediente típico da política brasileira, já de muito tempo, e por vezes absolutamente essencial para a própria manutenção do mandato do Presidente da República³⁹⁵.

Tomar-se todo esse quadro, em que interesses paroquiais dos partidos e pessoais dos agentes políticos tradicionalmente se misturam ao interesse político – e muitas vezes ao interesse público – de manutenção da governabilidade, e rotulá-lo de *imoral* e, assim sendo, de *inconstitucional*, rompe um laço importante que une a norma da separação de poderes à estabilidade ou harmonia política, dando-se azo ao conflito entre os poderes instituídos, e obviamente, à instabi-

394. V. notas 306 e 307 *supra*.

395. Muito embora o tema da governabilidade não esteja aqui colocado como objeto, trata-se somente de um exemplo. Acrescente-se dois pontos ao raciocínio aqui desenvolvido para que se perceba a gravidade desse problema político no Brasil. Nas eleições de 2014, elegeu-se Dilma Rousseff presidente, no segundo turno, com uma maioria apertada: cerca de 51% dos votos válidos. Em que pese a maioria formada, a bancada de seu partido (PT) na Câmara de Deputados tinha 68 deputados em um total de 513, o que correspondia a pouco mais de 13% de apoio. Ainda que se contasse a principal coalizão mantida pelo então governo, com o PMDB (atual MDB), o apoio total não chegava, nos seus melhores momentos, a 25% da Câmara. Acrescente-se a isso o fato de que o *impeachment* tem sido usado no Brasil como um instrumento de responsabilidade política do Presidente da República e os ingredientes para a crise de governabilidade estarão praticamente todos “*mis en place*”.

lidade política por meio da retirada dos poucos mecanismos que, mal ou bem, favorecem a governabilidade no contexto analisado e gerado pelo sistema eleitoral vigente³⁹⁶.

É certo que talvez não seja esse o móvel pelos quais as constituições geralmente preconizam a existência de atos de governo e sua maior ou menor reserva jurisdicional, mas não se duvide de que a *versão brasileira* dos atos de governo – entendidos assim aqueles que devem estar baseados em critérios exclusivamente políticos e, portanto, imunes ao controle jurisdicional – tem profunda ligação com a conquista e a manutenção da governabilidade. Uma governabilidade que, como não poderia deixar de ser, é fruto de uma percepção criada a partir da experiência concreta da política parlamentar no Brasil, ao longo dos séculos.

Constate-se, além disso, que em muitos ordenamentos constitucionais ocidentais (além do francês, já mencionado) – e, que não podem, aliás, ser considerados menos democráticos que o brasileiro nem podem ser vistos como fruto de uma tradição histórica menos democrática que a brasileira –, é comum constatar-se a presença de uma zona de restrição à penetração do controle jurisdicional, cujo intuito é o de preservar alguns temas para a decisão política ou, melhor para a decisão tomada no curso do processo político a partir de uma racionalidade eminentemente política.

É o que acontece no ordenamento italiano com os chamados atos “*emanados do governo no exercício do poder político*”, exemplificados pelos mecanismos de responsabilidade política do primeiro ministro perante o parlamento que “*não são sindicáveis por qualquer juiz*”³⁹⁷. Também no ordenamento espanhol, a Lei nº 29/1998

396. Vale anotar a aguda percepção de ARANTES sobre os potenciais conflitos entre os poderes, a partir da partilha feita pela Constituição de 1988: “*Mal comparando, a Constituição de 1988 parece ter sido, nesse sentido, um verdadeiro ‘big bang’ institucional: uma explosão que deu origem a diversas galáxias de poder que gravitam quase que autonomamente, sem um centro de atração, e que frequentemente se chocam num movimento de razões aparentemente desconhecidas, mas que revelam a força misteriosa de um caos organizado*”. Cf. ARANTES, Rogério. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp-Educ, 1997, p. 209.

397. Cf. CLARICH, Marcello. (*Manuale...*). Op. Cit., p. 475-476.

(que regula a jurisdição contencioso-administrativa) permite a jurisdição dos atos de governo somente quando a questão debatida envolva a “*proteção de direitos fundamentais, os elementos regulados e a fixação de indenizações*”³⁹⁸, o que, *contrariu sensu*, permite deduzir que os atos de governo são reconhecidos pelo direito e desfrutam de imunidade jurisdicional, ressalvados os casos em que haja violação de direitos fundamentais e os casos de responsabilidade do Estado pelos danos causados pela medida, em função do que a imunidade deixa de valer.

Como se vê, tal como disse WALINE em referência aos ensinamentos de CHAPUS: “*M. René Chapus sublinhou que o ato de governo não era esse monstro que gostávamos de descrever com frequência excessiva, mas simplesmente o exercício da função governamental*”³⁹⁹. Indo além, pode-se dizer que, em democracias menos maduras e mesmo nas democracias mais consolidadas que tenham problemas estruturais de governabilidade, os atos de governo tendem a assumir um papel importante na estabilização das relações político-institucionais e na harmonia entre os poderes. Dito de outro modo, na medida em que avança e se consolida o Estado Democrático de Direito, as hipóteses de atos políticos ou de governo se reduzem, mas não são eliminadas.

Mas, mesmo não sendo os atos de governo “*esse monstro*”, não se pode interpretar a Constituição de modo a ampliar imensamente as zonas de imunidade do governo e da política, do Executivo, do Legislativo e mesmo do Judiciário. O limite disso tudo é a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito ou dos valores que lhe são essenciais, tais como o de concretização dos direitos fundamentais. Ou seja, se os atos de governo calibram a aplicação da separação de poderes, conciliando o direito, o governo (e a governabilidade) e a democracia, um número excessivo de atos reconhecidamente imunes pode levar ao efeito contrário, ou seja, ao desequilíbrio do sistema e ao arbítrio como regra.

Observe o que diz PASTOR:

398. Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. (*Princípios...*). Op. Cit., v. II, p. 152.

399. Cf. WALINE, Jean. (*Droit...*). Op. Cit., p. 354.

“Em que pese a hostilidade com que se lhes tem tratado, os atos de governo, são um instrumento permanente e fundamental de todo sistema político, cuja compatibilização com os princípios do Estado de Direito não pode nem deve confiar-se a uns tribunais que, por importante que seja sua função, não deve endossar a decisão de questões atinentes às relações entre poderes do Estado ou temas de alta relevância política ou constitucional, cuja resolução deve se buscar em outras instâncias”⁴⁰⁰.

LUQUI, em reflexão que transborda as lindes do direito argentino, reforça essa linha:

“Na atualidade, essa tendência se modificou, mas não de maneira absoluta. Inclina-se cada vez mais a restringir os atos estatais que antes eram imunes à revisão jurisdicional, imunidade que nunca desaparecerá totalmente, pois, como assinala Weil com acerto, atua como válvula de escape, já que se é o ‘demasiado rígido, o controle correria o risco de não poder resistir à pressão do poder’. Se os chame atos políticos ou de governo (...) o certo é que – ainda que sejam cada vez menos – sempre existiram e sempre existirão”⁴⁰¹.

Desse modo, não há incongruência do conceito de atos de governo com as normas inerentes ao Estado Democrático de Direito ou com o art. 5º, XXXV, da Constituição. Os atos de governo têm, ao contrário, uma função importante no edifício constitucional de normas, pois, preservando determinadas decisões de sua eventual revisão jurisdicional – por razões de ordem política –, confere-se estabilidade e governabilidade para algumas ações fulcrais do Estado.

400. Cf. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *(Principios...)*. Op. Cit., v. II, p. 153.

401. Cf. LUQUI, Roberto Enrique. *(Revisión...)*. Op. Cit., v. 1, p. 267.

Mas quais são os atos que, a partir da Constituição de 1988, poderiam ser considerados atos políticos ou de governo? A falta de normas explícitas na Constituição sobre essa matéria dificulta muito a missão do intérprete, mas é possível adotar alguns critérios: o primeiro desses critérios é o da tradição histórica, ou seja, o critério da coerência para com o tratamento ou para com a interpretação que normalmente vem se dando às competências criadas diretamente pelo texto constitucional. É o caso, por exemplo, de toda a remansosa jurisprudência sobre os atos *interna corporis* do Legislativo, ou da recente decisão sobre o veto presidencial. A seguir-se esse critério, por exemplo, o STF deveria ter obedecido a tradição segundo a qual a nomeação de Ministros de Estado é um ato incondicionado e imune à jurisdição e, no limite, alterar a interpretação tradicionalmente conferida à Constituição daquele momento para a frente, isto é, a partir do momento em que a Corte passasse a entender que o ato deixou de figurar na lista dos atos de governo, passando a ser compreendido como um ato administrativo (sujeito, portanto, ao controle jurisdicional).

Nessa linha de raciocínio, o STF, enquanto a Constituição não fosse expressa na delimitação de quais são os atos de governo, deveria fixar uma lista e, de modo algum, diante dos primados da harmonia entre os poderes e da segurança jurídica, poderia dar efeito retroativo a uma interpretação que alterasse a lista dos atos de governo.

Outra saída é tentar determinar, a partir da interpretação do Texto Constitucional, quais seriam os atos políticos ou de governo e, nesse sentido, há pelo menos duas pistas já seguidas anteriormente pela jurisprudência: a primeira delas é verificar na Constituição o que se encontra definido como competência privativa de cada um dos Poderes e inferir que a prerrogativa conferida privativamente ao Executivo ou ao Legislativo (art. 51; art. 52; art. 61, § 1º; art. 84 e outros) não poderia ser objeto de controle pelo Judiciário. A nomeação de Ministro de Estado, entraria nesse rol. Outra corresponderia a verificar no sistema de controles recíprocos inerentes aos freios e contrapesos da separação de poderes, quais mecanismos de controle são realizados diretamente pelo Executivo e pelo Legislativo, reciprocamente, sem atuação direta

do Judiciário, como, por exemplo, no caso do veto presidencial (art. 57, § 3º, IV)⁴⁰².

A verdade é que não há um critério exegético único que possa substituir a declaração expressa da Constituição. Na falta desta, os critérios interpretativos enumerados poderiam ser combinados, para a formação de uma lista curta e clara de atos de governo, ainda que jurisprudencial e ainda que cambiável empiricamente ao longo da história.

Sublinhe-se que, seja qualquer a lista dos atos de governo, não há como se impedir a atuação do controle jurisdicional para a proteção dos direitos fundamentais e, no caso brasileiro, das demais cláusulas pétreas listadas no art. 60, § 4º, da Constituição. Não de quaisquer regras ou princípios constitucionais, observe-se, mas dos direitos fundamentais, pois todas as demais regras e princípios Constitucionais giram em torno desse epicentro normativo: os direitos fundamentais e sua concretização. Obviamente a guarda da Constituição impede que outras cláusulas imutáveis sejam afetadas pelos atos de governo: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; e a separação dos Poderes, de vez que também darão margem para a atuação do controle jurisdicional.

Por fim, é importante ressaltar que a desobediência dos ritos fixados pela Constituição para a prática e o controle dos atos políticos fora do Judiciário enseja a atuação do controle jurisdicional. Seria o caso, por exemplo, da promulgação pelo Executivo de uma lei que não tenha seguido estritamente os procedimentos para realização do veto e sua ratificação ou derrubada pelo Legislativo (como estabelecido pelo art. 66, da Constituição). Nesses casos, o Judiciário deve intervir, sempre que provocado, para reconhecer a inconstitucionalidade formal e declarar a nulidade do ato político.

402. Nesse caso haveria ainda a ratificação da decretação de estado de defesa, de intervenção federal e o pedido de autorização para a decretação de estado de sítio (art. 57, § 6º, I e art. 49, IV); a celebração de tratados, acordos ou atos internacionais (art. 49, I); a declaração de guerra ou celebração de paz (art. 49, II); a autorização para o Presidente da República se ausentar do país por mais de 15 dias; a aprovação da indicação de magistrados e de ministros do TCU indicados pelo Presidente da República (art. 52, III, a e b), entre outros.

De qualquer sorte, apesar da longa discussão que há e ainda pode vir a ocorrer sobre os atos de governo, o fato é que, uma vez admitidos, os atos de governo não são objeto de controle jurisdicional senão na hipótese de afrontarem ou obstarem a concretização de direitos fundamentais; na hipótese de tenderem a abolir as cláusulas pétreas indicadas no art. 60, § 4º, da Constituição; ou, por fim, quando, por erro ou fraude, não tiverem sido submetidos, como deveriam, aos procedimentos de controle de outro Poder, conforme disposto expressamente na Constituição.

3.4. Conclusão

O desafio enfrentado neste capítulo era o de tentar encontrar essas balizas jurídicas para o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. A ideia que permeou todo o estudo feito até aqui era a de identificar fundamentos, tanto calcados no direito positivo quanto consistentes do ponto de vista teórico, para divisar técnicas ou métodos jurídicos que possibilitem aos controladores o exame da discricionariedade, sem que se majorasse excessivamente o poder da jurisdição a ponto de torná-la não um instrumento de proteção da liberdade ou dos direitos fundamentais, mas uma ameaça aos mesmos.

O caminho para a construção dessas técnicas ou desses métodos, como dito, passava pela resposta a três questões estruturais: (1) quem realiza o controle jurisdicional? (2) Qual é o objeto do controle jurisdicional? E, finalmente, (3) como deve ser executado o controle jurisdicional?

As duas primeiras questões foram respondidas nesse capítulo.

Viu-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o protagonismo do controle jurisdicional é do Poder Judiciário, mas há também outros órgãos estatais, dotados de relativa independência, que realizam de forma especializada o controle da Administração, tais como os tribunais de contas, os Conselhos de Contribuintes e as Controladorias e Corregedorias. Esse controle utiliza as mesmas técnicas que devem ser empregadas pelo Judiciário, inclusive nos aspectos relativos à análise da discricionariedade administrativa. Os efeitos da função de controle

exercida por esses órgãos especiais são restritos, pois suas decisões podem vir a ser revisadas pelo Judiciário e submetem-se ao mesmo crivo de legalidade pela qual passam as decisões administrativas em geral.

Viu-se ainda que o objeto principal do controle da discricionariedade administrativa é o exame da legalidade dos atos e das decisões administrativas em geral sob o ângulo de todos os seus elementos estruturantes: competência, forma e processo (como elementos de legalidade externa) e objeto, motivo e finalidade (como elementos de legalidade interna). Viu-se ainda quão intensas e agudas podem ser as técnicas de controle retiradas da visão contemporânea dos elementos processo, motivo e finalidade, cuja interação cria instrumentos poderosos de controle da discricionariedade administrativa. No entendimento defendido, a correta e profunda compreensão desses elementos da legalidade se, de um lado reforça a fiscalização ou o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, de outro tende a levar o Judiciário e os demais órgãos de controle a se conformar em limites aderentes à racionalidade jurídica, contribuindo para evitar boa parte dos sintomas negativos presentes na realidade brasileira e analisados na primeira parte do capítulo, tais como o arbítrio, o excesso e a omissão no exercício da jurisdição.

Assinalou-se que há, por fim, duas limitações jurídicas não absolutas, mas muito relevantes, para a determinação do objeto do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Primeiramente, não há controle jurisdicional de resultados. Os controles de resultados, tão celebrados neste momento do direito administrativo, são exercidos pelos órgãos de autocontrole, de controle interno, mas não pelo Judiciário ou pelos demais órgãos de jurisdição. A estes incumbe-se o controle de legalidade e, particularmente quanto ao controle de resultados, a verificação dos elementos de legalidade desse controle (quanto à existência de mecanismos de autocontrole; à fixação dos critérios e indicadores e também à sua efetiva execução).

Por fim, destacou-se que os atos políticos ou de governo não só existem no ordenamento constitucional brasileiro como são relativamente imunes ao controle jurisdicional – exceção feita aos atos que afrontarem ou obstarem a concretização de direitos fundamentais; aos

voltados a abolir as cláusulas pétreas indicadas no art. 60, § 4º, da Constituição; ou, por fim, aos que padeçam de inconstitucionalidade formal por erro no procedimento adotado para o seu controle político.

Resta, portanto, abordar uma questão, ainda que muito já se tenha caminhado no rumo de sua resposta: como deve ser executado o controle jurisdicional? É essa indagação que será investigada no próximo capítulo.

CAPÍTULO 4

Métodos para o controle da discricionariedade

Sumário: 4.1. O como é mais importante! 4.2. Testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa; 4.2.1. Os testes mais comuns de competência, forma e objeto; 4.2.2. Os testes relacionados ao processo administrativo: existência do processo; instrução completa e adequada; instrução imparcial; 4.2.2.1. A efetiva instauração do processo; 4.2.2.2. A instrução correta do processo; 4.2.2.3. A instrução imparcial do processo; 4.2.3. Os testes relacionados ao motivo: o erro manifesto; a consideração da prova produzida; as considerações equivocadas; o bilan, a ponderação e a proporcionalidade; 4.2.4. Os testes para identificar o desvio de poder ou finalidade; 4.3. Uma nota sobre a improbidade administrativa; 4.4. Ex lege ou de lege ferenda?

4.1. O como é mais importante!

O direito brasileiro, como já bastante discutido até aqui, sempre se envolveu no debate do alcance do controle jurisdicional dos atos discricionários da Administração. Porém, ao longo dos muitos anos em que essa matéria tem pautado o trabalho dos teóricos do direito e dos tribunais, deu-se uma atenção excessiva à ideia de impor-se limites diretos ao exercício da jurisdição. Estudou-se, com muito afincamento, por exemplo, a *imunidade do mérito do ato discricionário*, a reserva de jurisdição sobre a *discricionariedade técnica*⁴⁰³, a insuscetibilidade de

403. Conforme anteriormente ressaltado, a chamada *discricionariedade técnica* não é sinônimo de insindicabilidade jurisdicional (V. Capítulo 3, nota 363), porém, no Brasil, ainda que não haja unanimidade entre os autores – Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. (*Curso...*). Op. Cit., p. 256-257; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. (*Curso...*). Op. Cit., p. 445-446 e DI PIETRO, Maria Sylvania. (*Discricionariedade...*). Op. Cit., p. 119-124, – a junção da teoria da *imunidade jurisdicional do mérito* com a da

controle da *margem livre de apreciação*⁴⁰⁴, entre outros aspectos ligados ao maior ou menor grau de imunidade, reserva ou deferência da jurisdição em relação à discricionariedade. Ou seja, o móvel principal do direito brasileiro foi predominantemente responder: quais são os limites diretos existentes para o exercício da jurisdição da discricionariedade administrativa?

Por tudo o que se assentou ao longo deste trabalho, há que se reconhecer que essa estratégia não tem se revelado acertada. O tenebroso ambiente de insegurança jurídica, formado pela mistura da antiga *teoria da imunidade jurisdicional da discricionariedade*, ou dos resquícios desta, com o controle jurisdicional fundado eminentemente nos princípios gerais do direito administrativo já foi aqui detalhado. Na verdade, a doutrina tem criado portas que não levam senão a uma abertura excessiva para o exercício arbitrário da jurisdição.

O direito administrativo, repise-se uma vez mais, não poder admitir ou condescender com uma licença tão larga, concedida, no atual estágio de desenvolvimento do tema, para que o juiz deixe de julgar a *conveniência e oportunidade* do ato administrativo quando bem lhe aprouver ou para que, em posição diametralmente oposta, julgue as decisões discricionárias concretas unicamente com base nas convicções que possui (convicções muitas vezes subjetivas) a respeito dos princípios gerais de direito administrativo.

Seguindo essa linha de raciocínio, há que se admitir que a imposição de limites diretos para o exercício da jurisdição da discricionariedade administrativa tornou-se menos importante do que a fixação de limites indiretos por meio da criação de métodos e técnicas que devem ser aplicadas a esse controle.

discricionariedade técnica criou mais uma zona cinzenta sobre a jurisdição das decisões discricionárias, como revela com precisão GUERRA: “os tribunais superiores têm sido, em grande medida, deferentes no controle de temas de grande complexidade técnica, a exemplo da regulação de infraestrutura, do sistema financeiro, dos casos envolvendo regulação da saúde (...)”. Cf. GUERRA, Sérgio. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 99-102..

404. Cf. KRELL, Andreas. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 53-58; GUERRA, Sérgio. (*Discricionariedade ...*). Op. Cit., p. 73-75 e MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (*Curso...*). Op. Cit., p. 262.

Com efeito, uma vez definido o objeto da jurisdição da discricionariedade como sendo o controle da legalidade – entendida em termos amplos de conformidade com o direito –, a explicitação de como realizar esse controle, por meio de quais técnicas, métodos ou testes, torna-se mais essencial à tarefa dos operadores do direito do que a definição de limites diretos ao exercício da jurisdição que tendem historicamente ao desaparecimento, como anteriormente verificado.

Diante disso, a proposta aqui apresentada, para que seja superado esse estágio confuso no tratamento do controle da discricionariedade seja na teoria do direito administrativo, seja no exercício concreto da jurisdição, parte de duas ideias básicas: (1) não há *imunidade jurisdicional da discricionariedade administrativa* e (2) os limites de atuação da jurisdição, obviamente necessários para evitar o arbítrio, o abuso ou o desvio no próprio exercício da jurisdição, devem se formar não em função da discussão sobre a criação de zonas de reserva, de imunidade ou deferência, mas por meio da identificação mais clara e precisa (2.1.) do objeto da jurisdição (o controle de legalidade, como visto no capítulo anterior) e (2.2) dos métodos, técnicas ou testes que devem ser utilizados pelo controlador.

Assim sendo, responder ao questionamento sobre como deve ser executado o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é tão ou mais importante do que as discussões anteriormente feitas, que tentaram esclarecer quem executa esse controle e qual é o seu objeto. Discutir, por fim, os métodos de controle é, sem dúvida alguma, muito mais útil do que debater, em tese e quase infinitamente, os supostos limites materiais ou diretos para o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade.

4.2. Testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Quando se fala em método de controle, preconiza-se a necessidade de seguirem-se determinados ritos sem os quais o objeto do controle corre maior risco de não vir a se realizar. Pode ser feita uma analogia bastante simples com a realização de um trabalho acadêmico.

Nesse caso, há técnicas ou métodos cuja aplicação é aconselhável, e os professores insistem nisso com os seus alunos. Nada impede, nesse exemplo, que os alunos não sigam o método indicado pelo professor e, ainda assim, logrem realizar um bom trabalho de conclusão de curso, uma boa dissertação ou tese, no entanto, as chances de que isso aconteça geralmente se reduzem drasticamente. O método, dessa forma, se assemelha a um procedimento, ou seja, é um caminho para se atingir um determinado escopo ou objetivo.

Em vários planos da vida se dá o mesmo: o médico, quando atende um paciente febril, tem protocolos a seguir, um método, um caminho a transcorrer, com o objetivo de diagnosticar com precisão a doença de seu paciente; e um engenheiro que projeta os sistemas mecânicos de uma fábrica segue métodos precisos para tanto. O juiz, igualmente, quando exerce a jurisdição da discricionariedade, com o objetivo de examinar a legalidade da decisão administrativa, deve seguir um método, com o objetivo de realizar corretamente a função de controle. Reiterando a analogia, o juiz pode até chegar a uma decisão justa sobre a legalidade do comportamento discricionário da Administração sem a utilização do método, mas é pouco provável que isso ocorra.

Observe-se que, ao se falar em legalidade ou conformidade da atuação administrativa com o direito, faz-se direta referência aos elementos tratados no capítulo anterior: *competência, forma, processo, objeto, motivo e finalidade*. Seria completamente falso dizer que a lei, a doutrina e, por fim, a jurisprudência já não atuam com uso de métodos que, aliás, fazem uso corriqueiro dos elementos estruturais do ato administrativo para exame da legalidade de uma decisão específica⁴⁰⁵.

Mas há que se dividir a abordagem, a partir desse ponto, em duas partes, pois, ao lado de métodos já utilizados, há muito no direito brasileiro para a aferição da legalidade dos atos discricionários. Devem

405. A partir desse ponto é inevitável que se repita, em alguma medida, o que até aqui se discutiu sobre os elementos estruturantes da legalidade das decisões administrativas discricionárias. Sem essa reiteração, tornar-se-ia impossível compreender como se dá a aplicação dos métodos a seguir propostos. Saliente-se, porém, que as proposições tecidas doravante tentam ir além do que é usualmente feito pelo direito administrativo brasileiro, de modo a analisar os referidos elementos com um grau de profundidade maior e dar-lhes uma sistematização relativamente distinta.

passar a ser considerados outros métodos, ainda pouco utilizados e que, no caso do exame da discricionariedade, efetivamente possibilitem superar a barreira clássica da *imunidade jurisdicional* no exame da conveniência e da oportunidade da Administração sem que se descambe para o arbítrio jurisdicional.

As técnicas classicamente empregadas no Brasil para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa (como também para os atos administrativos vinculados) são relacionadas à aferição: (1) da competência da autoridade ou do órgão que praticou o ato; (2) da observância da forma fixada pela legislação para a exteriorização do ato; (3) da legalidade do objeto; (4) da eventual existência de desvio de poder ou de finalidade; e (5) da existência ou da veracidade dos motivos de fato e de direito que fundamentam o ato. O processo administrativo, no método tradicional, é geralmente percebido como um elemento contido na forma do ato, no sentido de que a forma compreenderia também as formalidades ou os procedimentos que devem ser seguidos previamente à tomada de uma decisão específica.

Mas é necessário incorporar maior profundidade na análise desses elementos estruturais da decisão administrativa, como, ademais, já se assinalou e já se pratica há um bom tempo em outros ordenamentos; e, dessa leitura mais profunda, ou simplesmente atualizada, dos elementos que estruturam a legalidade das decisões administrativas, é preciso extrair novos métodos que possam vir a auxiliar sobremaneira no exercício do controle jurisdicional.

Esses métodos estão principalmente relacionados ao *processo administrativo*, ao *motivo* e à *finalidade*, mas correspondem a técnicas diferentes das que normalmente são utilizadas pela doutrina e pela jurisprudência no Brasil. Tais técnicas visam, reiterar-se, aprofundar a percepção dos operadores jurídicos quanto à abrangência, às possibilidades e aos limites do controle de legalidade da discricionariedade administrativa.

Lançando um olhar pragmático sobre esses métodos ou técnicas (doravante serão chamados de *testes*, *testes de legalidade*, tais quais os exames pedidos pelo médico para diagnóstico), a ideia a ser passada aqui é a de que o juiz deva submeter a decisão administrativa *sub judice* a *testes*, ao cabo dos quais se constatará sua legalidade ou ilegalidade.

4.2.1 Os testes mais comuns de *competência, forma e objeto*

Os testes mais comuns são justamente aqueles que já se encontram no radar do controle jurisdicional ou, melhor dizendo, são aqueles que derivam dos métodos de controle geralmente utilizados. Correspondem geralmente a técnicas de identificação de vícios mais simples ou que se referem a situações já comumente tratadas pela legislação e pela jurisprudência no Brasil.

O teste de *competência* é o primeiro. Nesse caso, os tópicos a serem considerados no teste estão praticamente todos catalogados nos artigos 11 a 17 da Lei nº 9.784/1999, que procurou consolidar normas que refletissem o estado de maturidade da jurisprudência e da doutrina nacional com relação ao tema:

- (1) *A autoridade ou o órgão que praticou o ato tinham atribuição legal para tanto?*
- (2) *Em que pese não ter atribuição legal, havia delegação da competência (em vigor ao tempo do ato) feita pela autoridade ou pelo órgão que a possuía?*
- (3) *Havia impedimento legal para a delegação?*
- (4) *A autoridade ou o órgão tinham status hierárquico e condições legais para avocar a atribuição de praticar o ato?*
- (5) *O ato, embora praticado pela autoridade ou pelo órgão errados, foi ratificado ou homologado pela autoridade ou pelo órgão com atribuição legal?*
- (6) *A autoridade, embora competente (ou servidor integrante do órgão competente), deveria ter renunciado a participar do processo ou praticar o ato em função de suspeição ou impedimento (cf. artigos 18 a 21, da Lei nº 9.784/1999)?*

O teste de competência já conta com grande respaldo da jurisprudência. Atos praticados por autoridades incompetentes são geralmente anulados pelo Judiciário⁴⁰⁶. É importante dizer que, em alguns casos, a jurisprudência tem considerado o vício de competência convalidável, isto é, que o ato deve ser declarado válido, embora praticado por autoridade ou órgão incompetente, sempre que vier a ser posteriormente ratificado pela autoridade ou pelo órgão competente. É o que diz, por exemplo, o seguinte acórdão relatado pelo Min. Humberto MARTINS:

“Não deve ser reconhecida a nulidade em processo licitatório na hipótese em que, a despeito de recurso administrativo ter sido julgado por autoridade incompetente, tenha havido a posterior homologação de todo o certame pela autoridade competente. Isso porque o julgamento de recurso por autoridade incompetente não é, por si só, bastante para acarretar a nulidade do ato e dos demais subsequentes, tendo em vista o saneamento da irregularidade por meio da homologação do procedimento licitatório pela autoridade competente. Com efeito, o ato de homologação supõe prévia e detalhada análise de todo o procedimento, atestando a legalidade dos atos praticados, bem como a conveniência de ser mantida a licitação (...)”⁴⁰⁷.

O teste de forma tende a ser ainda mais simples. Como diz CHAPUS⁴⁰⁸, o vício de forma refere-se aos problemas relacionados à apresentação exterior da decisão administrativa – ao continente

406. Cf. MS nº 19930/DF, Min. Rel. Assusete MAGALHÃES, DJe 18/06/2015; AgRg no AREsp nº 222355/MG, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, DJe 05/02/2013; REsp nº 1127103/PR, Min. Rel. Luiz FUX, DJe 03/12/2010; RMS nº 30382/BA, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, DJe 11/10/2010; MS nº 13821/DF, Min. Rel. Arnaldo Esteves LIMA, DJe 09/04/2010; AgRg no MS nº 14012/DF, Min. Rel. Mauro Campbell MARQUES, DJe 06/11/2009, entre outros.

407. Cf. REsp nº 1.348.472/RS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 28/5/2013. No mesmo sentido: REsp nº 1348472/RS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 28/05/2013.

408. Cf. CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Op. Cit., t. 1, p. 1037.

(instrumentum) e não ao conteúdo (negotium) do ato. As perguntas básicas nesse caso são as seguintes:

- (1) *A lei impõe alguma forma específica de exteriorização da decisão?*
- (2) *Se impõe, essa forma foi observada?*
- (3) *Caso não observada, a decisão pode ser repetida ou retificada sem que se ofenda o direito subjetivo dos interessados?*
- (4) *Caso não observada, o meio utilizado conseguiu realizar as finalidades da norma formal a contento, sem prejuízo para os interessados?*

Um exemplo esclarecerá melhor o tema: imagine-se a divulgação de um edital de licitação regido pela Lei nº 8.666/1993 e que deva obedecer à seguinte norma:

“Art. 40 (...) § 1º O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo no processo de licitação, e dele extraindo-se cópias integrais ou resumidas, para sua divulgação e fornecimento aos interessados”.

Trata-se claramente de uma série de exigências formais (assinatura, rubrica etc.) para a edição do ato convocatório da licitação e sua divulgação. Imagine-se então que esses requisitos não tenham sido observados e que cópias do edital sem data, assinatura ou rubrica tenham sido fornecidas aos interessados. Observe-se que, nesse caso, a norma formal existe e foi descumprida, mas o ato pode ser repetido – a autoridade ou a comissão que comanda a licitação pode enviar aos interessados que já retiraram o edital uma cópia datada, assinada e rubricada, substituindo a que estava formalmente defeituosa e sem que isso lhes cause qualquer prejuízo! O ato original é ilegal, mas pode ser convalidado por sua repetição ou retificação.

Refletindo-se sobre o mesmo exemplo, imagine-se que o edital tenha sido integralmente disponibilizado por meio aberto,

eletrônico, na internet, e não tenha sido retificado ou repetido para que a norma formal do § 1º do art. 40 fosse cumprida estritamente. Ora, a finalidade da norma é garantir que todos os interessados tenham acesso a uma versão idêntica e segura (réplica do original) do edital. Se houve publicação igual para todos, em página oficial da Administração, na internet, embora a forma não tenha sido cumprida em seu rigor, a finalidade da norma formal foi plenamente atingida, sem que se prejudicasse qualquer interessado. Ou seja, o ato é legal!

A Lei nº 9.784/1999, também nesse caso, compila as diretrizes essenciais do teste de forma, fazendo uma clara separação entre a forma essencial, aquela que garante direitos dos administrados, e a forma não essencial, cuja inobservância permite a repetição, retificação ou convalidação do ato. O art. 22, da Lei nº 9.784/1999, estabelece:

“Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir”, e o parágrafo único do art. 2º o completa dizendo tratar-se de critérios a serem observados nos processos administrativos, ou seja, na formação das decisões administrativas: “VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados; IX – adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados; (...) XIII – interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”.

A jurisprudência, por fim, também caminha na mesma linha, separando as formalidades essenciais das não essenciais, também rotuladas de *formalismo excessivo*. Um exemplo é encontrado no voto da Min. Nancy ANDRIGHI, no MS nº 6169/RR:

“III – Embora possa se cogitar do excesso de formalismo, em processo administrativo, que prima pela informalidade, quanto à exigência de publicidade do julgamento por órgão Colegiado representante do poder revisional da Administração Pública, fato é que a intimação pelo

Diário Oficial, cientificando o recorrente da data próxima de julgamento de seu recurso administrativo, se faz necessária, para cumprir os anseios da Carta Magna, desde que haja circulação do periódico no local do julgamento, considerando-se, ainda, o fato de que o impetrante é pessoa jurídica com sede no Estado de Roraima”⁴⁰⁹.

No sentido de condenar o rigor formal excessivo, um exemplo é a decisão tomada no REsp nº 797.179/MT, relatado pela Min. Denise ARRUDA:

“Rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º)”⁴¹⁰.

Vale ainda anotar que, a partir de uma tendência ainda mais simplificadora dos requisitos formais das decisões administrativas (com vistas voltadas à eficiência administrativa), o direito tem procurado estabelecer efeitos jurídicos para o silêncio administrativo, fixando efeitos ora negativos⁴¹¹, ora positivos⁴¹².

409. Cf. MS nº 6169/RR, Min. Rel. Nancy ANDRIGHI, DJ 01/08/2000. No mesmo sentido: EDcl no AgInt no REsp nº 1564805 MS, Min. Rel. Francisco FALCÃO, DJe 17/08/2017 e REsp nº 798283/ES, Min. Rel. Laurita VAZ, DJe 17/12/2010.

410. Cf. REsp nº 797179/MT, Min. Rel. Denise ARRUDA, DJ 07/11/2006. Em sentido semelhante: REsp nº 657906/CE, Min. Rel. José DELGADO, DJ 02/05/2005.

411. No direito brasileiro, mesmo em casos não expressos, há o entendimento tradicional de que, extrapolado o prazo legal ou de razoabilidade para a decisão administrativa, do silêncio extraem-se efeitos negativos, correspondentes, portanto, ao indeferimento da pretensão. Um julgado relatado por Herman BENJAMIN, no STJ, ratifica essa posição ressaltando que não existe licença ambiental tácita no ordenamento brasileiro. Cf. REsp nº 1245149/MS, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe. 13/06/2013.

412. Um exemplo disso é encontrado no Anexo 4, item 4.B.4.3, do Decreto nº 32.329/1992,

Por fim, há que se abordar o teste de legalidade do objeto ou, simplesmente, o *teste de objeto*. Como dito anteriormente, o *objeto* corresponde ao conteúdo do ato, ao modo pelo qual o ato se materializa (*negotium*). A incongruência desse conteúdo com a lei (mais uma vez em sentido amplo) invalida a decisão administrativa. O teste é formado pelas seguintes questões:

- (1) *O conteúdo do ato é compatível com a lei em vigor?*
- (2) *O conteúdo do ato é compatível com regulamentos administrativos em vigor?*
- (3) *O conteúdo do ato é compatível com precedentes jurisprudenciais vinculantes?*
- (4) *A lei eventualmente aplicada é constitucional?*
- (5) *O regulamento eventualmente aplicado é legal e constitucional?*
- (6) *O conteúdo do ato é compatível com os princípios gerais de direito administrativo?*

Em alguns quesitos propostos, a análise enfrenta certa complexidade, mas, de modo geral, a incompatibilidade legal do objeto ou conteúdo do ato é facilmente aferível. O objeto contraria a lei, por exemplo, quando se lança um tributo contra um contribuinte imune ou isento; declara-se utilidade pública para desapropriação fora das hipóteses do art. 5º do Decreto-lei nº 3.365/1941 ou se autoriza a construção de uma indústria em área de preservação ambiental permanente; quando se aplica uma lei revogada ou se aplica retroativamente uma lei que não tem esse tipo de efeito. Há um contraste evidente entre o objeto da decisão e a legislação. Hoje, ademais, é praticamente óbvio

do Município de São Paulo, que admite a possibilidade de o interessado iniciar a executar obras, sem a emissão do respectivo alvará pela Prefeitura, quando, uma vez apresentado o requerimento, ele não chegará a ser despachado (deferido ou indeferido) no prazo máximo de 30 dias.

dizer que a obrigação de cumprimento da lei também se estende ao cumprimento da Constituição, de súmulas vinculantes (nos termos do art. 103-A, da Constituição, regulamentado pela Lei nº 11.417/2006), hierarquicamente superiores e de regulamentos, hierarquicamente subordinados à lei⁴¹³.

Mas a matéria ganha relativa complexidade no caso de aplicação de leis eventualmente inconstitucionais ou de regulamentos inconstitucionais ou ilegais. Falando-se, de qualquer sorte, em controle jurisdicional da atividade administrativa, estar-se-á diante de um tema razoavelmente comum que será decidido mediante provocação dos legítimos interessados. Melhor dizendo, a apreciação da constitucionalidade de leis e regulamentos é tema que não escapa ao cotidiano dos juízes e que está na essência do exercício do controle jurisdicional da administração. Sendo assim, o controle jurisdicional da legalidade do objeto da decisão administrativa passa pela verificação da constitucionalidade da lei ou do regulamento que conforma o seu conteúdo.

Duas nuances do tema são, entretanto, mais duras de enfrentar. A primeira refere-se à possibilidade de recusa pela autoridade ou pelo órgão administrativo de aplicação de leis ou regulamentos que considere inconstitucionais ou ilegais (este no caso dos regulamentos). O tema foi objeto de longa e recente tese em Coimbra, de Ana Raquel Gonçalves MONIZ, que ponderou pela possibilidade, em termos, de acolher-se excepcionalmente a tese de não aplicação de regulamentos (conclusão que é possível se estender em alguma medida às leis inconstitucionais⁴¹⁴) com os seguintes dizeres: *“Na verdade, impondo a força jurídica (autovinculativa) própria do regulamento (...) a excepcionalidade do exercício da competência de recusa de aplicação por parte dos órgãos administrativos, a respectiva admissibilidade passa por uma convocação dos princípios normativos, à luz dos quais se concluirá (ou*

413. Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *(Istituzioni ...)*. Op. Cit., p. 470 e ARAGÃO, Alexandre Santos de. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 30 e seguintes.

414. Cf. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 366-385.

não) pela necessidade (pelo dever) de afastamento da norma regulamentar inválida da solução do caso concreto”⁴¹⁵.

Observe-se, porém, que o prisma desse trabalho é o controle jurisdicional da Administração e, na medida em que o controlador tenha competência⁴¹⁶ para verificar a constitucionalidade das leis ou dos regulamentos aplicados ou não aplicados (sob alegação de inconstitucionalidade) à decisão em causa, esse controle recairá sobre o ato conforme praticado ou sobre a recusa de praticá-lo. Ou seja, no limite, somente questionar-se-á a matéria da inconstitucionalidade da lei ou do regulamento (ou da ilegalidade desse regulamento), o que configura outra vez um expediente jurisdicional comum, por mais ou menos complexo que seja realizá-lo no caso concreto.

A complexidade cresce mais um pouco nos casos em que se cogita que a decisão administrativa contraria um princípio e nenhuma outra norma jurídica. Sem que se dê uma volta excessivamente extensa pela teoria dos princípios jurídicos, pode-se afirmar, resumidamente, que os princípios são normas muito genéricas com alto grau de indeterminação⁴¹⁷ e que se projetam no ordenamento de modo mais abrangente, teleológico, mas com a potencialidade de entrar em confronto com outros princípios⁴¹⁸. A aplicação direta dos princípios – sem intermediação legal e sem adensamento normativo que lhe proporcione mais concretude – a um caso específico geralmente induz a inúmeras dúvidas quanto ao proveito da decisão: trate-se de uma decisão administrativa, trate-se de uma decisão jurisdicional.

415. Cf. MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. (*A Recusa...*). Op. Cit., p. 850-851.

416. É importante anotar aqui a posição cada vez mais intensa, tanto na doutrina como na jurisprudência brasileiras, de que os tribunais de contas não têm essa competência, diante da não recepção da Súmula 347, do STF, pela Constituição de 1988. Cf. FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. *O Tribunal de Contas e o Controle de Constitucionalidade: uma Releitura da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 197-213.

417. Cf. DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 130.

418. Cf. DUARTE, David. (*A Norma...*). Op. Cit., p. 132-133.

Como diz Virgílio Afonso da SILVA, servindo-se das lições de ALEXYS: princípios são *mandamentos de otimização*, são normas que “*ordenam que algo seja feito na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes*”⁴¹⁹. Assim, a aplicação de um princípio a um caso concreto demanda, reiterar-se, a análise do direito subalterno, editado com o objetivo de concretizar a norma de otimização.

Ainda que existam normas concretas voltadas à suposta aplicação de princípios, essa operação continuará sendo complexa, pois sempre haverá a possibilidade de questionamento da norma concreta perante o princípio: será que a escolha feita pelo legislador foi a melhor dentre as que possuía para a concretização dos princípios? Daí SILVA⁴²⁰ constatar que muitos atacam a teoria dos princípios pelo viés de um pretenso desbalanceamento que esta provocaria na separação de poderes.

Volte-se, porém, para a análise do ato administrativo. Nesse caso, o fato de existir uma lei ou um regulamento que concretize, em alguma medida, os princípios em tese aplicáveis ao caso concreto já representaria um grande avanço na direção da simplificação ou um acréscimo de segurança para o administrador e para o administrado, pois a vinculação a uma lei concreta tenderia a tornar presumível a legalidade da decisão tomada, mesmo que essa presunção seja relativa e mesmo que a lei, na qual a decisão de fundamenta, possa vir a ter sua constitucionalidade questionada.

Mas o problema torna a se agigantar nas hipóteses em que não há qualquer norma legislativa expressa, salvo os princípios gerais, a embasar ou a comprometer a legalidade do ato e, ainda assim, questiona-se a adequação da decisão aos referidos princípios, como, por exemplo, o da moralidade e o da razoabilidade administrativas. A verdade é que, nesse caso especificamente, o aumento da complexidade parece diminuir a eficiência do teste de objeto, pois a determinação da legalidade ou não do conteúdo do ato depende de sua análise com base em outros elementos estruturais da decisão: o motivo e o processo.

419. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. (*Teoria de ...*). Op. Cit., p. 244.

420. Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. (*Teoria de ...*). Op. Cit., p. 248.

É que não será possível a aplicação direta dos princípios a um caso concreto, presumindo que potencialmente entrem em conflito, sem que se utilize o expediente que vem sendo descrito pela doutrina jurídica como *ponderação*, que, sob o ângulo da estruturação das decisões administrativas, confunde-se com o *motivo* (os fundamentos fáticos e jurídicos do ato) e com o *processo* (enquanto veículo da fundamentação da decisão).

Sobre a ponderação, explica DUARTE:

*“(...) se perante uma situação específica, duas normas de princípio entram em conflito, a respectiva resolução é realizada através de uma ponderação entre os princípios presentes, ao abrigo da qual se justificará a prevalência em concreto de um sobre o outro. Assim, se, perante um princípio determinado algo é permitido e, perante outro, proibido, daí resulta que um deles prevalece, sem que daí decorra a invalidade do princípio preterido, que é apenas afastado no caso que suscita a ponderação”*⁴²¹.

Sem querer fugir do tema (que, aliás, retornará ao presente estudo a seguir), parece fundamental a essa altura fazer uma separação entre: o caso em que (1) a Administração aplica uma dada lei ou regulamento que pode vir a ter sua validade (constitucionalidade ou ilegalidade) questionada com base em princípios gerais de direito administrativo; e o caso (2) em que a Administração toma uma decisão que é objeto de questionamento com base diretamente nos princípios gerais de direito administrativo, uma vez que inexista lei ou regulamento voltados a concretizar as normas principiológicas.

421. Cf. DUARTE, David. *(A Norma...)*. Op. Cit., p. 134. Na mesma linha, talvez um pouco mais claro, ALEXY diz: “*As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação de princípios*”. Cf. ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 85.

Reflita-se sobre um exemplo para que o tema fique mais claro. Imagine-se o uso de um veículo oficial e do respectivo motorista, pelo prefeito de um dado município, para seus afazeres pessoais: para visitar seu médico pessoal ou para frequentar a academia de ginástica, por exemplo. Imagine-se então duas situações distintas: (1) na primeira, há um decreto ou uma lei municipal regulamentando o uso do veículo oficial e dos serviços do respectivo motorista, permitindo que o prefeito desfrute dos mesmos para as finalidades pessoais antes apontadas; (2) na segunda, não há norma legal ou regulamentar no Município que discipline o uso do veículo oficial ou dos trabalhos do respectivo motorista.

No primeiro caso, a aplicação do teste de legalidade do objeto passa pela questão de saber se a lei ou o decreto são constitucionais à luz, suponha-se, dos princípios da moralidade, da economicidade, da razoabilidade ou da impessoalidade. Observe-se que o ato passa no teste em um primeiro momento, pois tem respaldo legal ou regulamentar, mas pode ser reprovado jurisdicionalmente caso reconhecida a inconstitucionalidade da lei ou do decreto em que se fundamentou. Volta-se, portanto, ao enfrentamento de uma situação em que a jurisdição do objeto do ato administrativo se executa de modo corriqueiro a partir da análise da inconstitucionalidade de leis ou regulamentos, ainda que essa análise não seja desprovida de complexidades jurídicas relacionadas ao exame do caso concreto.

Já no segundo caso, observe-se que a aplicação do teste de objeto não basta para a aferição da legalidade do ato, pois, sem que possua uma lei ou um regulamento que lhe deem explícito respaldo, a aderência aos princípios da moralidade, economicidade, razoabilidade e impessoalidade da utilização do automóvel oficial para finalidades de ordem pessoal do prefeito, dependerá de juízos de *ponderação*⁴²² que deverão necessariamente: (1) constar do processo administrativo; e (2) constar dos

422. Vale observar que a ponderação aqui referida entre princípios, derivada da teoria dos princípios e dos direitos fundamentais de ALEXY, não tem estrita relação com a ideia (ainda que análoga) de ponderação comparativa de interesses secundários com o interesse público primário, defendida com frequência pelos autores italianos (e.g. GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni ...*). Op. Cit., p. 267 e CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 2015, p. 364), como pressuposto jurídico para o exercício da discricionariedade administrativa.

motivos jurídicos ou da qualificação jurídica dos fatos contida na decisão tomada. Nesse caso, o teste de objeto perde utilidade, fragiliza-se, pois a análise da legalidade do ato administrativo passa a depender de outros testes relacionados ao processo administrativo e ao motivo.

Observe-se, por fim, que cabe a aplicação do teste de objeto também ao silêncio administrativo, pois, ao gerar efeitos negativos ou positivos, conforme o caso⁴²³, depreende-se que mesmo o silêncio possui um conteúdo, veicula indiretamente uma decisão⁴²⁴ jurisdicionalmente apreciável pelo viés da legalidade do objeto.

4.2.2. Os testes relacionados ao processo administrativo:

existência do processo; instrução completa e adequada instrução imparcial

Como já se disse em outras passagens deste trabalho, contemporaneamente a figura do processo administrativo tende a tornar-se o *centro de gravidade* se não do direito administrativo, ao menos do sistema de controle jurisdicional da discricionariedade. Nessa dimensão, aliás, a ideia de processo administrativo como instrumento de formação de uma decisão administrativa, concilia-se com a noção de ato administrativo, não a exclui⁴²⁵. Em verdade, os dois conceitos jurídicos interagem para a formação de um cenário mais amplo sob o qual atua o controle jurisdicional da discricionariedade.

Como diz AUBY na introdução do impressionante e recente estudo que conduziu sobre o processo administrativo, reunindo aproximadamente cinquenta pesquisadores de diferentes países, inclusive do Brasil:

423. Cf. HACHEN, Daniel Wunder. *Controle Judicial do Silêncio Administrativo e a Atribuição de Efeitos Positivos como Alternativa à Judicialização*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Org. MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo). São Paulo: Almedina, 2016, p. 209-247.

424. Contra essa posição, inadmitindo o *mero silêncio* como ato administrativo: MAURER, Hartmut. (*Derecho...*). Op. Cit., p. 271.

425. Cf. SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 433.

*“Hoje é claro que o direito do processo (procédure) administrativo não pode ser isolado dos valores fundamentais de nossos sistemas jurídicos, que englobam a preocupação do Estado de direito, da proteção dos direitos fundamentais e da democracia administrativa. Nós sabemos atualmente que o processo administrativo não é somente uma questão de conveniência, de simplificação das formalidades burocráticas. É um lugar essencial de diálogo do Poder Público com os cidadãos, muito sensível como tal”*⁴²⁶.

De fato, há hoje um movimento intenso na legislação de diferentes países no sentido de construir, se não códigos de processo administrativo, ao menos um conjunto de princípios e regras que transformam profundamente os velhos costumes autoritários da Administração Pública. Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Reino Unido, Holanda, Suíça, Suécia, Grécia, Estados Unidos e Brasil são exemplos de países que instituíram ou reformaram mais recentemente sua legislação de processo administrativo.

Note-se, além disso, que a preocupação com o processo é resultado de um diálogo entre os sistemas jurídicos de matriz anglo-saxã, mais propriamente do direito norte-americano, com outros de matriz europeia-continental⁴²⁷. Na atualidade, a intensa circulação internacional de capitais e pessoas gera a necessidade de uma confluência cada vez maior, se não de certa padronização, dos naturalmente fragmentados ordenamentos jurídicos nacionais. A nova onda do processo administrativo é fruto tanto dessa necessidade quanto da ambição de que empresas e cidadãos, qualquer que seja a região do mundo em que estiverem atuando, recebam o resultado do desempenho das funções da Administração Pública com maior eficiência e, principalmente, com maior previsibilidade.

426. Cf. AUBY, Jean-Bernard. *Introduction Générale*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 4.

427. Cf. CHEVALLIER, Jacques. *Consultations Ouvertes et Participation du Public*. In: *Les Procédures Administratives* (Org. Association Française pour la Recherche en Droit Administratif - AFDA). Paris: Dalloz, 2015, p. 191.

Como resultado dessa nova onda de leis e códigos de processo administrativo, passa a ser uma constante a consagração de regras e princípios que obrigam a Administração a se portar com imparcialidade; a informar e se informar no curso do processo; e a ouvir os interessados e lhes dar acesso aos documentos, aos motivos e à decisão, além de possibilitar que interajam processualmente para fazer valer seus pontos de vista⁴²⁸.

Desse modo, e talvez esteja aqui a pedra angular da contribuição oferecida pelo presente trabalho, pode-se dizer que, no direito atual, o controle jurisdicional da discricionariedade está absolutamente ligado à noção de processo administrativo: à efetiva utilização do processo enquanto veículo decisório; à correta e completa instrução do processo; à imparcialidade da decisão; e à previsibilidade e segurança jurídicas. Dito de outra maneira, o modo pelo qual se estrutura a decisão administrativa ou o processo de tomada de decisão é que deve oferecer ao controlador da discricionariedade a medida das fronteiras que separam o controle de sua legalidade e o excesso ou abuso de jurisdição.

Nesse contexto, a missão do controle jurisdicional passa a ser principalmente a de medir se há desvios ou vícios no processo administrativo, os quais passam a ser considerados suficientes, por si só, para conduzir à anulação uma decisão administrativa. O aprofundamento dos estudos nessa matéria, como visto no capítulo anterior, leva necessariamente a entender a processualidade como um requisito ou elemento autônomo, distinto da forma, na aferição da legalidade das decisões administrativas⁴²⁹.

Daí a importância dos *testes de processo*. Na verdade, os testes a seguir defendidos ligam-se à necessidade de explicitar os caminhos que o controlador jurisdicional pode e deve seguir sem a necessidade de substituir o administrador público em sua função.

428. Cf. FROMONT, Michel. (*Introdução. In: Droit Comparé...*). Op. Cit., p. 13.

429. Não é muito diferente desta a conclusão de GONOD - Cf. GONOD, Pascale. *Les Procédures Administratives Rapport de Synthèse. In: Les Procédures Administratives* (Org. Association Française pour la Recherche en Droit Administratif - AFDA). Paris: Dalloz, 2015, p. 302 - segundo o qual “o juiz deu autonomia ao vício de processo separando-o do vício de forma”.

O foco principal do controlador da discricionariedade, insista-se, passa a ser o processo, ou seja, transforma-se na compreensão de como e por que a Administração tomou a decisão jurisdicionalmente questionada, para que, da observação dessa gênese, seja extraída uma conclusão sobre a sua legalidade.

4.2.2.1. A efetiva instauração do processo

Consideradas essas premissas, o primeiro teste a ser realizado consiste na verificação da efetiva instauração do processo, previamente à decisão administrativa. A verificação da legalidade, nesse caso, depende da resposta das seguintes questões:

- (1) *A decisão tomada pela autoridade ou pelo órgão competente foi precedida de processo?*
- (2) *Caso instaurado o processo a autoridade deu a devida publicidade a ele?*
- (3) *Caso instaurado o processo a autoridade ou o órgão competente vinculou-se à instrução do processo ao tomar a decisão?*
- (4) *O objetivo da decisão era a abertura de processo sancionatório ou a aplicação de penalidade administrativa?*
- (5) *Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados pela autoridade ou pelo órgão competente para proporcionar aos interessados o direito de conhecer e contraditar a decisão antes que ela fosse tomada?*
- (6) *Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar os fundamentos acertados da decisão?*
- (7) *Caso não precedida de processo, que cuidados foram tomados para demonstrar o atendimento do interesse público ou da finalidade ínsita à decisão tomada?*

Observe-se primeiramente que não há muita dúvida sobre a obrigatoriedade, no direito brasileiro, de instauração de processo administrativo previamente às decisões administrativas em geral. Ou seja, o processo deve ser instaurado previamente às decisões administrativas que produzam efeitos individuais, como também anteriormente às decisões que afetem interesses coletivos ou difusos. Deve ser instaurado previamente às decisões vinculadas e antecedentemente às discricionárias. Haverá exceções, como em casos de urgência, mas a obrigatoriedade da via processual, em regra, é geral.

Muito embora esta não seja uma realidade de fato vivenciada por uma grande parte da Administração Pública brasileira, pois nesta ainda se toma muitas decisões sem processo prévio, não há dúvida de que a Lei nº 9.784/1999 e as leis estaduais e municipais de processo administrativo editadas nos últimos anos estabeleceram normas suficientes para que o processo administrativo passasse a ser uma regra geral de comportamento.

Observe-se que não é somente a Lei nº 9.784/1999 – já sumariamente analisada no capítulo anterior – que autoriza essa afirmação. A Constituição fixa normas principiológicas que dão razão de sobra para que delas se deduza a obrigatoriedade do processo administrativo. Já de início, tanto o preâmbulo da Constituição como o art. 1º definem o Estado brasileiro como um Estado Democrático de Direito. Ora, o que é o Estado Democrático de Direito se não aquele em que se realiza o comando da Administração por meio da vontade impessoal das leis, e não da vontade pessoal dos governantes, e que permite que os governados, cidadãos ou administrados participem das decisões administrativas?⁴³⁰

Se dos imperativos da impessoalidade e da participação (inerentes ao Estado Democrático de Direito) já não se extrai simplesmente a obrigação de submeter-se ao processo enquanto instrumento decisório, o que dizer então quando esses imperativos se combinam com os direitos fundamentais arrolados no *art. 5º, inciso XXXIII*: direito de receber da Administração informações de interesse particular, coletivo ou geral; e *inciso XXXIV, letra “a”*: direito de petição aos poderes

430. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*A Administração ...*). Op. Cit., p. 35-38.

públicos em defesa de direitos e contra a ilegalidade? Já se tem até aqui várias normas que se combinam: impessoalidade, legalidade, publicidade (transparência) e participação –, notadamente por meio do amplo direito de petição. Pergunta-se, assim, uma vez mais: o que é o processo senão o instrumento jurídico que possibilita a realização concreta desses princípios?

Mas a Constituição não parou nisso. Consagrou no mesmo *art. 5º, inciso LIV*, o princípio do devido processo legal como garantidor do exercício da liberdade; ampliou o espectro de aplicação do princípio da ampla defesa e do contraditório, de modo a abranger explicitamente os processos administrativos – *inciso LV* –, e consagrou o princípio – *inciso LXXVIII* – da duração razoável do processo, também de modo a abrigar expressamente os processos administrativos. O *art. 37*, por fim, ao fixar os princípios gerais constitucionais regentes da Administração, reitera, quase como um mantra: legalidade; impessoalidade, publicidade e eficiência.

O que se vê é que a Constituição aproxima de modo claro o processo judicial do processo administrativo, cercando-os das mesmas garantias, das mesmas sujeições e dos mesmos direitos. Faz com que ambos, processo judicial e administrativo, desloquem-se do plano das relações jurídicas entre o Estado e o indivíduo, da esfera dos chamados direitos subjetivos, para cuidar de relações mais amplas, mais complexas, passando a lidar com interesses coletivos e difusos. Observe-se, portanto, que há um conjunto de normas constitucionais principiológicas que se atrelam e se completam, associam-se, enfim, para formar um sistema jurídico voltado à garantir que o Estado, do ponto de vista do exercício de seus poderes, atue de modo impessoal, transparente, legal, eficiente e com respeito ao direito de participação, de petição, de defesa e de contraditório dos governados. Da força desse conjunto normativo emerge o processo administrativo, uma consequência tão óbvia quanto necessária, como regra de agir, como instrumento cogente de atuação da Administração.

Logo, raciocine-se de modo simples: se dos princípios constitucionais já referidos emergem os mandamentos da impessoalidade, publicidade, ampla defesa, contraditório, amplo direito de petição, participação, legalidade e eficiência, e se o processo administrativo é

o veículo regulado infraconstitucionalmente e capaz de realizar esses vetores normativos, então a Administração tem a obrigação de decidir mediante instauração e realização prévia de um processo.

Fixado esse ponto e tendo a Administração decidido por meio do processo, um dos testes de legalidade fica superado, restando saber somente se o processo em causa não se desvirtuou dos seus objetivos. Daí as questões seguintes, destinadas a apurar se o processo atendeu ao mandamento da publicidade (transparência) e da vinculação, imprescindíveis para que os objetivos do processo sejam realizados.

Por outro lado, se a Administração não decidiu mediante prévio processo, em muito casos a decorrência não é outra senão a de simplesmente se anular a decisão, reconhecendo-se sua ilegalidade. É justamente para a determinação desses casos que serve o quarto quesito: qual é o conteúdo da decisão administrativa? A abertura de processo sancionatório? A aplicação de penalidade administrativa? Nesses casos, a Constituição, repise-se, estabelece (art. 5º, LIV e LV) os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, estatuidos literalmente que: *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”* e *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. Nesses casos, a ilegalidade é irreversível e a nulidade da decisão administrativa é absoluta.

Nos demais casos, na maioria daqueles em que se encontram enredados à decisão administrativa interesses coletivos ou difusos, a falta do processo gera necessidade da resposta de novos quesitos. Nesses casos, ao deixar de realizar o devido processo de formação dos atos administrativos, a Administração acaba trazendo para si o ônus de provar, perante a jurisdição, que a decisão possui lastro na legalidade. Se o processo é o veículo comum da legalidade e da racionalidade decisória, ante à falta do processo presumem-se a arbitrariedade, o descuido e a falta de base racional para a decisão administrativa.

O descumprimento da obrigação de instaurar processo poderia autonomamente, pura e simplesmente, levar à nulidade da decisão. Mas há ainda que se ponderar (especialmente no caso brasileiro, em que os costumes da Administração ainda não indicam a obediência

cotidiana e constante da regra processual) se a falta do processo, enquanto instrumento formal, impediu efetivamente que os direitos e obrigações inerentes à processualidade fossem observados⁴³¹.

Daí o teste proposto se dividir em dois caminhos claros: houve ou não processo? Se houve, o processo foi suficientemente transparente para que possa ser efetivamente compreendido como um processo administrativo? A autoridade ou o órgão vincularam-se ao conteúdo do processo? Ou seja, o processo serviu ao seu objetivo jurídico ou foi uma forma vazia e sem conteúdo, um arremedo, uma fraude, um mero invólucro do arbítrio administrativo?

Reitere-se que a não instauração do processo traz à autoridade o ônus de comprovar perante os órgãos de controle jurisdicional que não fez do exercício da função administrativa, notadamente da discricionariedade administrativa que lhe foi legalmente atribuída, um ato de puro arbítrio. A falta de realização do processo fragiliza a presunção de legitimidade da decisão administrativa e cria para a autoridade ou para os órgãos competentes, uma vez questionados, a obrigação de comprovar a legalidade do ato, evidenciando que foram permeáveis à participação dos interessados, reconhecendo-lhes, em alguma medida, o direito de previamente conhecer e contraditar a decisão; que houve motivação suficiente para respaldar a decisão; e que a decisão atende, sim, o interesse público, não se encontrando voltada aos impulsos de ordem pessoal ou aos meros caprichos das autoridades públicas.

Nesse caso, o ato administrativo ainda pode ter salvação e não deve ser declarado ilegal sem que antes as ponderações dos três últimos quesitos sejam realizadas – muito embora seja difícil imaginar que autoridades dadas ao improviso e que não conseguem ao menos instaurar um simples processo administrativo consigam dar ao juiz as respostas devidas quanto à oitiva dos interessados, à motivação e à finalidade.

431. SCHWARTZ, ainda que se volte à interpretação da legislação norte-americana, chega a conclusões semelhantes. Saliencia que o sistema de revisão judicial das decisões da Administração tem como principal escopo a revisão do processo administrativo e que, entretanto, em casos nos quais o processo simplesmente não existiu, as ferramentas para a análise da legalidade da decisão administrativa são praticamente as mesmas. Cf. SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 649.

Pode-se fazer, no caso, uma discreta aproximação das conclusões aqui defendidas com a teoria norte-americana, anteriormente mencionada, chamada *hard-look doctrine*, para a qual:

“A função do tribunal é assegurar que a Administração (agency) tenha tido razoável consideração para com todos os fatos e questões relevantes. Isso exige insistência para que a Administração articule com razoável clareza os motivos da decisão e identifique o significado dos fatos cruciais, um caminho que tende a garantir que as políticas administrativas efetivem regras gerais (general standards), aplicadas sem discriminações desprovidas de razoabilidade”⁴³².

Há, por fim, que se destacar que a instauração de um processo administrativo defende a Administração e as autoridades responsáveis pela decisão. É obviamente muito mais difícil para a Administração defender-se em juízo caso não tenha todos os elementos de racionalidade decisórios de um processo administrativo como respaldo.

4.2.2.2. A instrução correta do processo

Instaurar e realizar o processo previamente à decisão administrativa é, como se vê, uma obrigação basilar que estrutura o modo de agir da Administração contemporânea. A utilização do meio processual, por seu turno, obriga a Administração a aplicar-se com extremo rigor na instrução do processo.

A instrução processual, verifique-se, é o que proporcionará elementos fáticos, muitas vezes técnicos, que possibilitarão a devida motivação da decisão. Seja previamente à decisão sobre a aplicação de uma sanção administrativa, antes de uma desapropriação ou para a

432. Cf. CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 128. Para uma visão da aplicação dessa teoria no direito brasileiro conferir: ISSA, Rafael Hamze. (*O Controle...*). Op. Cit., p. 179 e seguintes.

edição de um regulamento sobre o funcionamento do sistema financeiro: em todos esses e em muitos outros exemplos é o conjunto dos fatos reunidos no processo, por meio de evidências ou provas, que dará suporte à aplicação efetiva do direito no caso concreto.

Por certo, decisões mais simples contarão com uma fase instrutória mais curta, enquanto decisões mais complexas contarão com uma fase de instrução mais longa e intrincada, porém, o fato mais relevante nesse ponto é que sempre se exigirá um compromisso da autoridade administrativa com a correta e, frise-se, completa instrução do processo, porque, sem o devido esclarecimento dos fatos, não há como se aferir a legalidade de eventual juízo discricionário realizado ao cabo do processo pela Administração.

Recorde-se que o processo administrativo, em geral, vincula-se ao chamado *princípio da verdade material ou real*, o que implica dizer que as autoridades que impulsionam o processo não podem se contentar com as evidências reunidas nos autos quando elas não corresponderem à realidade ou, como diz MEDAUAR: “*tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos*”⁴³³. A regência do princípio da verdade material, de fato, reforça os vínculos obrigacionais das autoridades do processo com a sua correta, isenta e completa instrução.

Logo, as questões objetivas compreendidas no teste de legalidade do processo pelo critério da *instrução completa* são as seguintes:

(1) *A autoridade administrativa efetivamente se aplicou no exercício do dever de não deixar dúvidas sobre os fundamentos fáticos ou técnicos da decisão?*

433. Cf. MEDAUAR, Odete. (*A Processualidade ...*). Op. Cit., p. 121. Ainda sobre o princípio da *verdade real* e sua aplicação aos processos administrativos confira: CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. (*Teoria Geral...*). Op. Cit., p. 83-85; BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. *O Princípio da Verdade Material no Processo Administrativo*. In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo* (Org. MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193-213; FORTINI, Cristiana et. al.. (*Processo ...*). Op. Cit., p. 135-136 e NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. (*Processo ...*). Op. Cit., p. 207-208.

- (2) *Os dados fáticos ou técnicos, constantes da instrução do processo, possibilitam que a decisão seja reexaminada jurisdicionalmente?*
- (3) *As provas produzidas foram adequadas em termos de compatibilidade material (técnica ou econômico-financeira) com o objeto da decisão administrativa?*
- (4) *As provas produzidas foram adequadas em termos de relevância e repercussão (impactos, externalidades) da decisão administrativa?*
- (5) *Os interessados participaram da produção das provas? Puderam juntar provas e contraditar as provas produzidas pela Administração e pelos demais interessados?*

Há uma questão de fundo em todo esse teste: a prova adequada ou a instrução adequada é aquela que possibilita que a questão decidida pela Administração seja jurisdicionalmente revisada sem maiores embaraços, sem dúvidas, sem que a produção de provas tenha que ser refeita em juízo.

Parece simples, mas o fato é que essa dedicação à instrução do processo nem sempre ocorre. Imagine-se o exemplo dos cidadãos de uma determinada cidade que, porventura, não se conformem com a escolha realizada pelo prefeito municipal relativamente à localização de novas escolas de educação infantil. Diriam os cidadãos que o prefeito escolheu desapropriar áreas mais caras do que outras disponíveis e, também, excessivamente distantes do local de maior demanda por educação infantil na cidade.

Ora, em um processo administrativo como esse, no curso de sua instrução, as autoridades municipais responsáveis deveriam identificar primeiramente, por meio dos levantamentos apropriados, qual é a demanda por escolas de educação infantil na cidade em questão. É fundamental diagnosticar quantas escolas são necessárias para o atendimento da população. Mas isso não bastaria. As autoridades deveriam se dedicar também a provar a geolocalização dessa demanda, pois de nada

adiantaria oferecer uma escola na região sul de uma determinada cidade para o atendimento de uma demanda que se localiza na região norte da mesma cidade – salvo comprovação, por exemplo, que o deslocamento diário dos pais para o trabalho confirme que gastariam menos tempo se deixassem seus filhos em escolas na zona sul, ainda que morem na zona norte. Quanto aos dispêndios financeiros, supostamente excessivos, a Administração deveria fazer constar prova, no processo, de que a escolha fora objeto de uma comparação entre diferentes imóveis, entre diferentes opções, e que as escolhas levaram em conta uma equação razoável de custo-benefício.

Se, no exemplo mencionado, os interessados questionam a Administração jurisdicionalmente e se constata que Administração não fez nenhum desses levantamentos no curso do processo, ou que fez alguns e não fez outros, o juiz não tem outra escolha senão a de impedir que as ações administrativas se consumem e ordenar que a Administração cumpra com sua obrigação de instruir corretamente o processo e tomar a decisão que decorra razoavelmente dos fatos colhidos.

Observe-se que é até possível que, após a devida instrução, comprove-se que a decisão era correta e corresponderia às melhores escolhas, mas como poderiam os cidadãos e o juiz saberem disso se a autoridade administrativa não tomou, ao tempo certo, os cuidados necessários para a correta instrução do processo? Presume-se – e não há como ser de outra forma – que a Administração tenha em seus quadros especialistas, ou que possa vir a contratar consultores externos, em número e com capacidade suficientes para instruir o processo administrativo com todos os dados necessários para que se compreenda e se afira a legalidade, a economicidade e a razoabilidade de sua decisão. Se não o fez, torna insuperáveis os indícios de uma decisão arbitrária, devendo ser obrigada a tanto, em sede de controle jurisdicional.

Observe-se que o governante, eleito pelo processo democrático, não é necessariamente um especialista na matéria sobre a qual deve decidir. Um administrador pode ter formação superior em medicina ou nem possuir qualquer tipo de formação superior e ser obrigado a decidir sobre, por exemplo, a escolha de modais de transporte coletivo. O juiz também não tem em regra essa formação técnica. Ambos, no entanto, o administrador público e o juiz, têm a capacidade de compreender o

fundamento das escolhas que são feitas, no cotidiano da Administração, quando essas estiverem bem instruídas.

Eis o que é fundamental no teste da correta instrução: os juízes, os cidadãos e mesmo os próprios governantes conseguem compreender os fundamentos ou os motivos de fato pelos quais foi tomada a decisão administrativa? Conseguem perceber a consistência ou a verossimilhança desses fundamentos fáticos e a relação de coerência destes com a decisão? Se isso é possível, a instrução foi correta. Se isso não é possível, é porque a instrução carece de elementos fático-probatórios, carece de evidências e, portanto, carece de legalidade, o que viciará a decisão administrativa final.

Há quem configure a obrigação de correta instrução do processo como um dever discricionário particular das autoridades que impulsionam o processo (*discricionariade instrutória*) em certos aspectos da fase de instrução, as quais poderiam incorrer em desvios (*ilegalidades instrutórias*) e, desse modo, contaminar a decisão tomada ao cabo do processo⁴³⁴.

Existem casos mais complexos, ademais, em que as repercussões futuras das decisões devem ser previamente estudadas com mais profundidade. O planejamento ou o estudo prévio de viabilidade de medidas administrativas que possuam largo e duradouro impacto econômico ou social não evita terminantemente que os objetivos dessas medidas sejam eventualmente frustrados, mas tendem a diminuir esse risco. Daí por exemplo os planos urbanos, as políticas monetárias, as políticas de incentivo e fomento a determinados setores econômicos, sempre de intenso impacto, terem de ser estudadas previamente na fase de instrução do processo administrativo, com vistas a mitigar seus impactos (ou externalidades) negativos e majorar o seu custo-benefício.

A não realização desse tipo de estudo sempre que as intervenções realizadas pela Administração possam gerar, em tese, efeitos de relevante impacto social ou econômico compromete a legalidade da instrução, pois a torna insuficiente para a tomada da decisão mais adequada no caso concreto.

434. Cf. DUARTE, David. (*A Norma...*). Op. Cit., p. 575 e seguintes.

Por fim, o teste se completa ao se perquirir se a Administração possibilitou aos interessados participarem da instrução. Nada ainda se inventou, no curso da civilização, que substitua as virtudes do contraditório como caminho para a boa decisão, para que o direito seja ao cabo do processo observado, para que não prevaleçam a irracionalidade ou o arbítrio. O contraditório, formado por meio da participação dos interessados e de garantias relacionadas ao direito de se manifestar no processo e de acompanhar a instrução processual, é de suma importância para que o processo logre os seus objetivos jurídicos intrínsecos tanto no caso do processo judicial como no caso dos processos administrativos. Haja o envolvimento do direito de defesa contra uma determinada acusação ou de um direito subjetivo, haja o envolvimento de interesses coletivos ou difusos, a possibilidade da participação e do contraditório são fundamentais para que se possa considerar observado o direito e, portanto, superado esse teste de legalidade⁴³⁵.

4.2.2.3. A instrução imparcial do processo

Mas é preciso reconhecer que, além de instaurar o processo e comprometer-se a realizar uma instrução completa dele, a Administração deve ainda zelar pela imparcialidade na instrução do processo.

O processo, de fato, serviria pouco aos seus objetivos se pudessem as autoridades administrativas torná-lo somente um repositório distorcido de uma vontade política ou pessoal previamente estabelecida. Agir processualmente, dessa forma, exige das autoridades administrativas e da burocracia estatal certo desprendimento, exige confiança nos métodos decisórios que a rotina processual impõe, exige honestidade de propósitos. Nesse ambiente, não se diz: abra-se o processo para punir determinado servidor ou uma dada empresa. Diz-se: abra-se o processo

435. Há um número muito grande de artigos da Lei nº 9.784/1999 que refletem a imperatividade de produzir-se em contraditório a prova do processo administrativo. Cite-se, exemplificativamente, as seguintes normas: art. 2º; art. 27, parágrafo único; art. 29, § 2º; os artigos 31, 35, 36, 38, 41 e 44 (estes especificamente sobre a instrução do processo) e o art. 68. Sobre a importância da instrução e do contraditório nos processos administrativos (notadamente no processo normativo, no direito brasileiro) confira-se PALMA, Juliana Bonacorsi. (*Atividade ...*). Op. Cit., p. 387 e seguintes.

para apurar o ocorrido e para que se decida o que for correto. Não se abre um processo para permitir a comercialização de um medicamento, abre-se para que se examine, com imparcialidade, se o medicamento é apto ou não a ser comercializado.

Percebe-se, por meio desses exemplos (e muitos outros ainda poderiam ser dados) –, que o processo exige do administrador público certa sinceridade, uma boa-fé na sua utilização, para que nem as autoridades manipulem o processo segundo seus caprichos pessoais nem se deixem manietar por interesses secundários de determinados grupos sociais ou empresariais, deixando diante de sua *captura* o ato de tomar a decisão correta.

Parte da doutrina identifica esse padrão de comportamento esperado da Administração com o chamado *princípio da imparcialidade*:

*“A norma de imparcialidade administrativa, na sua qualidade de norma convergente geral da função, é, como todas as anteriores, um sentido de dever ser constitucionalmente imposto para todo o exercício da função administrativa, cuja expressão normativa na regulação do procedimento modelo, como também se viu nos casos anteriores, não vai muito mais longe do que o enunciado da norma em torno do seu conceito (...)”*⁴³⁶.

Nessa linha de pensamento, o padrão de comportamento que o direito administrativo visa a impor à Administração é o de uma condutora isenta de processos que, ao final de seu trâmite, decide racionalmente, escolhe entre as melhores opções concretas, desvinculada dos interesses, idiosincrasias ou paixões pessoais das autoridades, e também decide atenta aos interesses públicos, tanto ao interesse primário como aos interesses secundários que se expressam (e tornam-se evidências procedimentais) por meio da participação, em contraditório, no curso dos distintos processos administrativos.

436. Cf. DUARTE, David. (*A Norma ...*). Op. Cit., p. 648. Sobre o princípio da imparcialidade, conferir também: FREITAS, Juarez. (*O controle ...*). Op. Cit., p. 70 e seguintes;

Diante dessas reflexões, o teste de *imparcialidade da instrução* passaria pelas seguintes questões:

- (1) *Houve impulso oficial à instrução processual?*
- (2) *A autoridade se cercou de cuidados para divulgar o processo e facultou a todos os potencialmente interessados*
- (3) *o direito participar do processo e da produção da prova?*
- (4) *Possibilitou-se o contraditório em torno da prova?*
- (5) *Foram utilizados meios abrangentes de consulta e participação em casos envolvendo interesses coletivos ou difusos?*
- (6) *Os meios de consulta e participação foram efetivos ou foram falseados ou falhos?*
- (7) *A autoridade se cercou de cuidados necessários para fazer contar do processo as diferentes visões técnicas ou científicas a respeito do tema tratado, quando for o caso?*
- (8) *A autoridade se baseou em prova trazida somente por um grupo de interesses?*
- (9) *A prova possibilita a ponderação dos interesses envolvidos?*

Como se vê, o objetivo das questões realizadas nesse teste é que a instrução do processo não se dê somente *pro forma*, de forma tendenciosa, como um procedimento meramente desconstrutivo de atos previamente decididos pelas autoridades ou visando ao atendimento de um determinado grupo de interesses em detrimento dos demais.

A prova formada com parcialidade não conduz a uma decisão legal. A parcialidade contamina o processo e, como decorrência, invalida a decisão administrativa. Como diz BADARÓ: “*Não é exagero afirmar que o reconhecimento do direito à prova é ‘um dos mais*

significativos elementos da transformação de um regime processual autoritário para um regime processual democrático”⁴³⁷. Ora, se amplo direito à produção de prova é, no sistema processual civil, um pressuposto para a correta formação das decisões judiciais, pode se dizer que, no processo administrativo, *mutatis mutandis*, somente o reconhecimento do amplo dever de impulsionar a produção de provas combinado com a obrigação de imparcialidade são capazes de produzir decisões juridicamente sustentáveis.

A imparcialidade não tem a ver obviamente com o *imobilismo no processo*⁴³⁸, mas com uma postura ativa e de *espírito aberto*, compromissada com a realização das escolhas mais corretas, com razoável grau de certeza e distanciada dos subjetivismos e imediatismos⁴³⁹.

Observe-se que a resposta ao primeiro quesito, sobre o impulso oficial à instrução processual, é importante na medida em que revela se a autoridade realmente se comprometeu com a instrução probatória ou caso tenha deixado de se conduzir única e exclusivamente por interesses particulares. Um processo, imagine-se, que decide um pleito de reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo iniciado eventualmente com um laudo econômico e um parecer jurídico juntados pelo particular-contratado não pode se fiar única e exclusivamente nessa *prova técnica*, ou nessas considerações de ordem técnica, para ser decidido. O impulso oficial importa no dever da autoridade administrativa de conduzir o processo imparcialmente e, diante disso, buscar a pluralidade possível de posicionamentos, ou seja, importa no dever de impulsionar o contraditório. Se não é correto que a Administração decida isoladamente, sem facultar a participação dos particulares interessados na formação da

437. Cf. BADARÓ, Gustavo. *Direito à Prova e os Limites Lógicos de sua Admissão: os Conceitos de Pertinência e Relevância*. In: *Garantismo Processual* (Org. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 221.

438. Cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*. In: *Participação e Processo* (Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 118.

439. Cf. MEJIAS, Lucas Britto. *Relação entre Busca pela Verdade, Deveres Instrutórios do Juiz e Regras de Atribuição de Ônus Probatório*. In: *Garantismo Processual* (Org. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 454-455.

decisão administrativa, também não é correto que a instrução processual seja conduzida, única e exclusivamente, pelos interesses dos particulares. Imparcialidade exige pluralismo e equilíbrio das posições e dos interesses defendidos no curso da instrução processual.

Para a garantia desse pluralismo e do equilíbrio das posições e dos interesses, a autoridade administrativa deve se comprometer com a ampla divulgação do processo e, mais do que isso, deve permitir que participem da instrução do processo todos os potencialmente interessados, todos que sejam direta ou indiretamente afetados por eventual decisão administrativa. Sem transparência no curso da instrução, não há contraditório e, sem contraditório, a possibilidade de uma decisão imparcial e, portanto, legal, é praticamente eliminada.

Ademais, quão mais extenso for, em tese, o impacto da decisão administrativa, mais intensamente deve ser cumprido esse dever de transparência e de impulso à participação e ao contraditório. Disso surge, conforme o caso (geralmente em casos envolvendo interesses coletivos ou difusos), o dever de utilização de meios abrangentes de consulta e participação, como a consulta e a audiência públicas. Conforme dito anteriormente, tais institutos de participação popular funcionam como *“instrumentos legalmente previstos que possibilitam aos administrados, diretamente ou através de representantes escolhidos especificamente para esse fim, tomar parte na deliberação, na execução ou no controle das atividades desenvolvidas pela Administração Pública, com o objetivo de tornar mais eficiente a atuação administrativa e dar efetividade aos direitos fundamentais, por meio da colaboração entre a sociedade e a Administração, da busca da adesão, do consentimento e do consenso dos administrados e, afinal, da abertura e transparência dos processos decisórios”*⁴⁴⁰.

Mas a Administração deve ainda buscar uma participação efetiva, verdadeira, quando opta por realizar consultas e audiências públicas. Na prática, há um bom número de exemplos de utilização falseada ou, pelo menos, excessivamente restrita, dos meios de participação: a falta da devida divulgação das consultas e audiências; a

440. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. (*A Administração Pública...*). Op. Cit., p. 96. No mesmo sentido: CHEVALLIER, Jacques. (*Consultations ...*). Op. Cit., p. 192 e seguintes.

divulgação dos documentos da consulta ou que serão objeto de debate na audiência com prazo insuficiente para possibilitar a devida reação dos interessados; a falta de exibição ou de debate em audiência das minutas dos atos a que a mesma se refere (por exemplo, uma audiência sobre um edital de licitação em que não se divulga a respectiva minuta do edital de licitação); e a falta de resposta, em algum momento do processo, às questões ou contribuições feitas pelos interessados ou a falta de consideração destas nas razões de decidir. Nesses casos a autoridade se engajou aparentemente na instrução imparcial, mas, na verdade, mais uma vez desviou o processo de seus objetivos, produzindo uma decisão ilegal.

Em muitos casos, a Administração tende a enfrentar questões sobre as quais há notória polêmica na sociedade, no mercado ou nos meios técnicos e científicos. Nesses casos, o mandamento da imparcialidade implica na necessidade de a autoridade se mover com cuidados extras, de modo a fazer constar do processo as diferentes visões técnicas ou científicas, as diferentes visões dos grupos sociais interessados e as diferentes visões do mercado a respeito do tema tratado. Observe-se que, em algumas situações, a realização de audiência ou consulta públicas não basta, e será necessário ouvir especificamente um seguimento ou outro do meio científico, social ou de mercado, justamente para evitar que o processo seja instruído de modo tendencioso. Casos como o de cultivo de transgênicos, instalação de usinas termoelétricas, segurança na emissão de radiofrequências, técnicas para a destinação final de resíduos sólidos, limites para a emissão de carbono, meios para o estímulo ao não consumo de cigarros ou a permissão de comercialização de anfetaminas são exemplos, entre muitos outros, em que esse tipo de polêmica, nos próprios meios científicos, pode ocorrer.

A instrução processual, desse modo, deve possibilitar às autoridades, levando-se em conta as circunstâncias concretas de cada caso, a realização com o maior alcance possível da ponderação imparcial dos interesses conflitados – ou potencialmente conflituosos – relacionados com a futura decisão administrativa. Esse *impulso oficial* em favor do contraditório deve demonstrar, ademais, ao cabo do processo, que as autoridades competentes não se basearam em fatos, evidências ou diagnósticos trazidos somente por um grupo de interesses,

por um determinado segmento de mercado ou, simplesmente, que reflitam uma visão parcial do problema enfrentado pela decisão administrativa⁴⁴¹.

A ponderação de interesses, referida na oitava questão do teste proposto, por seu turno, além de ser um expediente que demonstra a relação de interdependência entre o processo administrativo e os motivos enquanto elementos estruturantes da decisão administrativa, tem sido geralmente executada ou complementada por meio de estudos ou relatórios comparativos incluídos na instrução do processo, materiais esses que realizam a ponderação de impactos, de custos-benefícios e de viabilidade ou de conveniência e oportunidade, enfim, da respectiva decisão administrativa.

No contexto do que se expôs até aqui, *relatórios de impacto*, de *custo-benefício* (*value for money*) ou *estudos de viabilidade* são prova técnica que, a depender da extensão das repercussões ou dos efeitos do ato administrativo em deliberação, devem ser realizados com observância do contraditório e, sublinhe-se, podem constituir ferramenta essencial para a imparcialidade da decisão⁴⁴². VALENTE disserta sobre o tema, alegando que

“(...) a partir do momento em que o agente regulador é obrigado a confrontar os custos com os benefícios ou efetividades das alternativas possíveis, verifica-se maior transparência em seu processo de decisão. Com isso, é possível que o principal, e os demais atores, tomem conhecimento dos reais motivos que levaram à escolha da decisão final. (...) caso o agente queira afastar a escolha menos eficiente do ponto de vista econômico, será indispensável a apresentação da motivação convincente, sob pena de sua decisão ser questionada em momento posterior”⁴⁴³.

441. V. Capítulo 3, itens 3.3.1 e 3.3.2: “Legalidade e elementos do ato administrativo” e “Do ato ao processo e do processo ao ato”; além das notas. 350, 357- 362.

442. V. Capítulo 3, nota 295. No mesmo sentido: POSNER, Eric; ADLER, Matthew (Org.). *Cost-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.

443. Cf. VALENTE, Patricia Pessôa. (*Análise...*). Op. Cit., p.149-150.

Há que se reiterar, por fim, que o proposto *teste de imparcialidade do processo* exige da Administração uma postura ativa que impulse o contraditório no curso da instrução processual, de modo que se façam emergir os conflitos de interesses que repousam, por vezes, recônditos na sociedade e no mercado. A falta dessa atuação afirmativa das autoridades responsáveis pelo processo pode levar a uma instrução processual deficiente, parcial ou tendenciosa, configurando-se o chamado desvio ou vício de processo administrativo, o qual contaminará a legalidade da decisão administrativa editada ao cabo do processo.

4.2.3. Os testes relacionados ao *motivo*: o erro manifesto; a consideração da prova produzida; as considerações equivocadas; o *bilan*, a ponderação e a proporcionalidade

Como já dito, *motivo* e *processo administrativo* se associam, na atualidade, como elementos essenciais da legalidade na estruturação da decisão administrativa. Ademais, com a disseminação da discricionariedade administrativa, o exame dos motivos, por meio dos quais as autoridades justificam a conveniência e oportunidade de suas ações, passou a centralizar, sob o prisma do controle jurisdicional, boa parte da atenção do direito administrativo.

Se essas já são razões de sobra para arrolar o *teste de motivos* entre os outros que são aqui estudados, não é demais acrescentar que a legislação, a doutrina e a jurisprudência brasileiras há muito utilizam os motivos como crivo para o exercício do controle jurisdicional. A Lei nº 4.717/1965, por exemplo, estabelece que são nulos os atos administrativos imotivados, considerando para tanto que (art. 2º, parágrafo único, ‘d’): “*a inexistência dos motivos se verifica quando a matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido*”.

Apesar de uma parte da doutrina ter insistido, após a edição da Lei nº 4.717/1965, na tese absurda de que os atos discricionários não demandariam que as autoridades procedessem à explicitação

desses motivos (motivação), a Lei nº 9.784/1999 aprofundou a abordagem legal do tema, afastando dúvidas quanto à necessidade de motivação nos atos especificados pelo seu art. 50, a saber: “*Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses; II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções; III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública; IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório; V – decidam recursos administrativos; VI – decorram de reexame de ofício; VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais; VIII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo*”.

Observe-se que a lei foi ampla o suficiente na descrição dos atos que devem ser motivados, não deixando dúvidas de que a motivação, no direito brasileiro, é a regra, e a dispensa de motivação, a exceção. Além disso, dentre os atos enumerados pelos incisos do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, encontram-se muitos reconhecidamente discricionários, o que também elimina dúvidas quanto à necessidade de motivação da atuação discricionária da Administração⁴⁴⁴.

Repise-se, aliás, que a Lei nº 9.784/1999 estabeleceu uma regra muito importante para o aprofundamento da análise jurídica relativa aos motivos da decisão administrativa, fixando no § 1º do art. 50 que: “*A motivação deve ser **explícita, clara e congruente**, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste*

444. Vale diferenciar motivo e motivação, muito embora não seja este o móvel principal dos estudos aqui desenvolvidos. Para DI PIETRO: “*Não se confundem motivo e motivação do ato. Motivação é a exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. (...) A motivação diz respeito às formalidades do ato, que integram o próprio ato, vindo sob a forma de ‘consideranda’(...) a motivação é, em regra, necessária, seja para os atos vinculados, seja para os atos discricionários, pois constitui garantia de legalidade (...) Ainda relacionada com o motivo, há a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade.*” – Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. (Direito ...). Op. Cit., p. 253.

caso, serão parte integrante do ato” (grifos do autor). O que diz a lei, em outras palavras, é que deve ser cuidadosa, sob pena de invalidade, a revelação pelas autoridades administrativas dos motivos de suas decisões discricionárias; que não basta que as referidas autoridades encarem a motivação como um requisito meramente formal para a edição do ato administrativo; e que, pelo contrário, o conteúdo dessa motivação é importante e será considerado na aferição da legalidade da conduta⁴⁴⁵.

Nesse ponto, o direito administrativo brasileiro tem buscado acompanhar os desenvolvimentos havidos mundo afora sobre o tema da motivação, ainda que nem a nossa doutrina nem a nossa jurisprudência tenham atingido, até agora, o mesmo grau de maturidade que já se atingiu em outros países⁴⁴⁶.

O teste de motivo deve passar, na esteira do que se expôs no capítulo anterior, pela verificação de três modalidades de erro: o erro de direito, o erro na qualificação jurídica dos fatos e o erro de fato. O teste pode ser resumido na aplicação do seguinte questionário:

- (1) *A decisão foi motivada, ou seja, houve exposição dos motivos de fato e de direito para a fundamentação da decisão administrativa em causa?*
- (2) *Houve indicação de uma norma jurídica como fundamento da decisão?*
- (3) *A norma jurídica indicada como fundamento existe?*
- (4) *A norma jurídica indicada como fundamento é aplicável ao caso?*
- (5) *Os fatos alegados existem?*
- (6) *Houve correta qualificação jurídica dos fatos?*

445. A respeito da motivação e dos motivos como fatores determinantes de legalidade e validade dos atos administrativos, ver doutrina e jurisprudência do item 3.3.3.

446. V. Capítulo 1, item 1.4 e seus subitens.

A falta de motivação é um indício muito forte da inexistência de motivos. Dizendo de outro modo, é quase certo que a falta de declaração expressa dos fundamentos fáticos e jurídicos de uma determinada decisão indiquem a necessidade de sua invalidação ou do reconhecimento de sua ilegalidade diante da carência de motivos.

Excepcionalmente, no entanto, a invalidação não deve se dar porque o conteúdo do ato praticado é muito simples, tornando-se muito fácil verificar os seus fundamentos, ainda que não expressamente declarados, e o administrado ou o julgador consiga encontrar ou deduzir os fundamentos do ato a partir do processo administrativo. Nesses casos, em que pese o defeito de motivação, caberá a convalidação do ato⁴⁴⁷.

Superada a verificação da existência da motivação, o teste de motivos passa a mirar os fundamentos propriamente ditos da motivação, pois não basta que estes se encontrem declarados, é necessário penetrar-se mais a fundo em seu exame de legalidade.

É necessário, assim, conferir a eventual ocorrência de *erro de direito*: perquirir a existência, a eficácia (vigência), a validade (constitucionalidade, legalidade) e a aderência ao caso (interpretação) da norma jurídica que serviu de respaldo para a decisão. A aplicação de norma revogada; a aplicação retroativa de normas que não possuam esse efeito; a fundamentação a partir de normas que nada têm a ver com o caso decidido; a decisão baseada em norma inconstitucional ou em regulamento ilegal; a interpretação equivocada da norma jurídica de modo a extrair-se dela consequências incompatíveis com os seus objetivos ou com o ordenamento jurídico: em todos esses casos, há *erro de direito*⁴⁴⁸.

Superada a verificação do *erro de direito*, passa-se a verificação do *erro de fato* e da *qualificação jurídica dos fatos*.

447. V. Capítulo 3, notas 357 e 360.

448. Cf. REsp nº 1.691.451/ES, Min. Rel. Regina Helena COSTA, DJe. 18.10.2017; AgRg no AREsp nº 522.247/AL, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe 25/09/2014; AgInt no AREsp nº 418.220/DF, Min. Rel. Assusete MAGALHÃES, DJe. 08.03.2017; e REsp nº 960476/SC, Min. Rel. Teori Albino ZAVASCKI, DJe 13/05/2009.

Saber se os fatos que são utilizados como fundamento da decisão administrativa efetivamente existem passa por verificar a formação do processo administrativo e, notadamente, como se indicou, verificar também a correção e isenção de sua fase instrutória. Em suma, os fatos devem estar claramente configurados no processo. Os fatos, por vezes, são facilmente constatáveis: a certidão de tempo de serviço comprova se o funcionário que requereu a aposentadoria tem ou não o tempo de trabalho necessário para que o direito ao descanso remunerado lhe seja deferido. Mas, em muitas outras ocasiões, especialmente em casos de exercício da discricionariedade e em casos de maior repercussão socioeconômica, os fatos não são comprovados de maneira simples e demandam que o processo seja instruído com provas técnicas, pareceres jurídicos, estudos comparativos, relatórios financeiros etc.: a implantação de uma nova linha de metrô depende de estudos sobre a existência *de fato* de uma quantidade potencial de passageiros (demanda) que justifique a decisão; a decisão sobre o traçado de uma nova ferrovia depende de estudos dos impactos positivos e negativos de um determinado traçado da linha férrea em comparação com outros, verificando as diferenças de custo em comparação com os benefícios gerados; a decisão sobre a localização de uma usina de geração de energia depende de estudos ambientais, e assim por diante.

Como se pode deduzir, a falta de indicação, na motivação, dos elementos fáticos que sejam necessários (seja por exigência legal, seja diante da natureza das questões analisadas) para o embasamento da decisão leva à ilegalidade desta. Mais do que isso, os elementos fáticos considerados como razão de decidir devem constar do processo, devem estar amparados na instrução do processo, e a autoridade administrativa, analogamente às autoridades judiciais, não pode decidir *fora dos autos* do processo.

Tão essencial é a completa instrução processual, nesse ponto, que o direito norte-americano forjou a teoria da *evidência substancial* para demonstrar a importância de que o processo administrativo contenha as provas necessárias ao suporte da decisão administrativa, tornando-a um dos eixos para o *judicial review*⁴⁴⁹.

449. Cf. DUDLEY, Susan e BRITO, Jerry. (*Regulation ...*). Op. Cit., p. 49 de 115. No

Por fim, mesmo que haja indicação do direito e dos fatos, a decisão administrativa deve concatená-los de forma coerente. Como expressa a norma do §1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999, a decisão deve ser motivada de maneira “*explícita, clara e congruente*”. Essa congruência, coerência ou concatenação entre os fatos e o direito embasadores do ato administrativo pode vir a ganhar, na doutrina, várias denominações⁴⁵⁰, que invariavelmente corresponderão à correta *qualificação jurídica dos fatos*.

Observe-se que a *qualificação jurídica dos fatos* talvez seja, dentre os elementos estruturadores da legalidade dos motivos da decisão administrativa, o requisito mais importante, o mais ligado ao controle propriamente dito da discricionariedade administrativa – sendo o que mais se aproxima do juízo de conveniência e oportunidade da autoridade pública – e o de mais complexa aplicação.

São várias, realmente – e às vezes muito incisivas –, as etapas que devem ser percorridas para a determinação da correta *qualificação jurídica dos fatos*, as quais também podem ser resumidas por quesitos específicos:

- (1) *Os fundamentos da decisão são aferíveis e compreensíveis?*
- (2) *Há coerência nos fundamentos fáticos e jurídicos apontados na decisão?*
- (3) *A decisão tem consistência do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica?*
- (4) *Há coerência com precedentes administrativos?*
- (5) *Há razoabilidade e proporcionalidade na articulação entre fundamentos de fato e de direito?*

mesmo sentido: CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 740 e seguintes e SCHWARTZ, Bernard. (*Administrative...*). Op. Cit., p. 647 e seguintes.

450. V. Capítulo 2, notas 204, 205 e 206.

A primeira questão tem relação com a necessária transparência da decisão e sua controlabilidade. Ora, se a autoridade não consegue expor de forma clara os motivos pelos quais uma determinada decisão foi tomada, torna-se difícil examinar a propriedade desses motivos e, portanto, a legalidade da decisão. Claro, não se desconhece que há decisões muito simples, repetitivas, cuja motivação pode ser objeto, inclusive, de reprodução mecânica, como estabelece o § 2º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999: “*Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados*”. Mas isso não elimina a necessidade de clareza nos fundamentos, especialmente na articulação entre fatos e direito, pois desta dependem os administrados para exercer eventualmente o seu direito de reação contra a referida decisão.

É ilegal a decisão que não permite a compreensão dos administrados ou do juiz – muitas vezes nem a autoridade pública que a editou consegue compreendê-la ou explicá-la. A plena compreensão do ato, por seu turno, está afetada à possibilidade de aferição da ligação entre os argumentos de fato e de direito utilizados. Volte-se a um exemplo já dado, da implantação de uma nova linha de metrô: imagine-se que há demanda a justificar a implantação de uma nova linha de transportes coletivos, mas a demanda aferida por estudos não exige que o modal utilizado seja um metrô (com capacidade de transporte de altíssima demanda); poderia ser utilizado um VLT (veículo leve sobre trilhos), com menor capacidade de atendimento, mas custos proporcionalmente muito menores. Imagine-se, então, que, mesmo assim, a autoridade administrativa decida pela implantação do metrô. Pois bem: a decisão de implantar uma linha de transporte coletivo é correta, mas a escolha do modal, tal como feita, não pode ser aferida a partir dos elementos fáticos reunidos no processo.

Vale dizer que, no exemplo citado, ainda que a decisão, do ponto de vista formal, aparente estar motivada, ou seja, conte com aparente respaldo fático e conte com norma jurídica a fundamentá-la, o exame da articulação entre as normas que regem o caso (as quais podem ser princípios, como a economicidade) e os fatos demonstra a carência de um fundamento mais claro para a escolha realizada, pois há incompatibilidade entre os fatos aferíveis a partir do processo administrativo e a decisão tomada.

Ora, se o juiz examina, com esse rigor, a decisão tomada, não substitui um *juízo político* do Administrador, simplesmente exige clareza, aferibilidade a partir das evidências dos autos do processo e coerência da decisão; somente exige a correta *qualificação jurídica dos fatos*. Nesse ponto, o primeiro dos quesitos explicitados confunde-se com o segundo, pois a clareza depende, em grande medida, da coerência dos fundamentos fáticos e jurídicos contidos na decisão, o que, vale dizer, importa: (1) *na consideração de alegações relevantes trazidas pelos interessados e (2) na consideração do conjunto probatório reunido nos autos*.

De fato, a coerência relacionada à correta qualificação jurídica dos fatos não tem relação única e exclusiva com a lógica argumentativa da decisão, tem relação, outrossim, com a aderência do ato administrativo ao conjunto de argumentos e provas que se construiu, por meio do contraditório, ao longo do processo administrativo. Assim, não basta à Administração argumentar que seu funcionário cometeu uma falta grave e, logo, deve ser punido severamente se dos autos do processo, de sua instrução, decorre que o funcionário não cometeu a referida falta. No caso, a argumentação, ainda que lógica, não é aferível a partir da prova dos autos, não é, ademais, coerente com o conjunto probatório reunido nos autos que deveria ser claramente referido na decisão, de modo a estereotipar a incorreta qualificação jurídica dos fatos. Devido processo e motivação se somam, nesse caso, como em muitos outros, para a determinação da correta qualificação jurídica dos fatos.

Da mesma forma com que se exige coerência na qualificação jurídica dos fatos em um caso que envolve o interesse de um único funcionário, exige-se também nos casos mais impactantes, que resvalam o interesse de toda a sociedade ou do mercado. Assim, ao decidir sobre prioridades de uma política educacional, de saúde pública ou de saneamento básico, como também ao decidir sobre a regulação no setor financeiro ou do setor de telecomunicações, a Administração deve buscar demonstrar de modo claro a coerência de sua decisão, na correlação entre as hipóteses jurídicas de conduta (incluindo as normas-princípio) e os fatos (ainda que se trate da expectativa fundada dos fatos, como no caso de análises de impactos, ou da comparação entre soluções distintas cogitadas, como no caso dos estudos de custo-benefício).

A proibição ou a alta taxação tributária, por exemplo, do consumo e da comercialização de algumas substâncias químicas, como álcool, nicotina, canabidiol, entre outras, ainda que baseada nos benefícios à saúde que a proibição ou a restrição ao consumo eventualmente gerem, pode induzir ao tráfico e ao consumo clandestino dessas substâncias, aumentando os índices de criminalidade organizada. Em um caso como esse, deve ser cogitado, portanto, se é sustentável a articulação jurídica entre o direito (ou os objetivos das normas jurídicas aplicáveis à situação concreta) e os fatos, conforme explicitado na decisão administrativa, ou se haveria a Administração de: (1) cogitar outras opções de escolha que não foram cogitadas; (2) optar por uma solução que, embora cogitada no processo, não foi levada em consideração na decisão; e (3) optar por uma solução que, embora cogitada no processo e considerada na decisão, teve a sua análise feita de modo equivocado, optando-se por uma escolha com maiores impactos negativos sobre a sociedade ou sobre o mercado.

Em alguns casos, insista-se, ocorre que a Administração, na prática, desconsidera evidências colhidas no curso do processo. Entende o administrador público, ao arrazoar a decisão, que tais provas ou alegações trazidas pelos interessados simplesmente *não lhe interessam*. Nesses casos, o juiz pode entender que não havia motivo para a desconsideração das evidências ou dos argumentos e apontar uma deficiência, portanto, na qualificação jurídica dos fatos, como também que tenha havido uma motivação *fundada em motivos irrelevantes*⁴⁵¹. A articulação coerente dos argumentos que amparam a decisão administrativa, reitera-se, obriga a autoridade a considerar a prova produzida e o conjunto das alegações contidas nos autos do processo administrativo, sob pena de inobservância de um requisito formal cuja finalidade é salvaguardar a correta qualificação jurídica dos fatos pela decisão administrativa. Trata-se do caminho que garante o atingimento do fim.

Assim, por exemplo, a escolha entre distintos modos de gestão ou de prestação de um serviço público deve considerar estudos econômico-financeiros e estudos de demanda; a punição de um servidor público não pode deixar de considerar provas e eventuais atenuantes de sua conduta e as consequências concretas que advirão da punição,

451. Cf. CORSO, Guido. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 201.

como, por exemplo, a preterição do servidor em favor de outros nas listas de promoção (inclusive para afastar eventual alegação sobre desvio de poder); a proibição de uma manifestação pública, sob o argumento de ameaça à ordem pública, deve basear-se em prova dessas ameaças e não desconsiderar as evidências em contrário; a interdição de um estabelecimento e a imposição de vacinação obrigatória ou de abate de animais devem considerar os prós e os contras reunidos no processo administrativo.

É esse o raciocínio que, de certo modo, encontra-se em decisão recente do STJ, em que a falta de relatório de impacto ambiental para a realização de um dado projeto foi considerada suficiente para declarar a nulidade do decreto de utilidade pública de um imóvel para fins de desapropriação:

“A desapropriação por utilidade pública para fins de construção ou ampliação de distrito industrial deve ser precedida de prévia aprovação do respectivo projeto, nos termos do § 2º do art. 5º do Decreto-Lei 3.365/41, o qual deve delimitar a infraestrutura urbanística necessária, contemplando a realização do Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), indispensáveis à criação da unidade industrial. Dessarte, não havendo prévio projeto, nulos são os atos subsequentes ao decreto expropriatório, como no caso vertente. (...) suscita a nulidade processual do decreto expropriatório, porquanto o processo expropriatório não observou a exigência do normativo citado, de prévia e expressa aprovação pelo Poder Público competente do respectivo projeto de implantação, para criação ou ampliação de distritos industriais”⁴⁵².

Esses cuidados não eliminam obviamente a necessidade de maiores precauções das autoridades administrativas relacionadas à

452. Cf. REsp nº 1.366.346/MS, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe. 07/10/2016.

consistência da decisão do ponto de vista da argumentação lógico-jurídica. A observância do direito é o objetivo primacial do controle jurisdicional da Administração, o que implica em cuidados triviais com a argumentação jurídica contida na decisão. Falhas evidentes de aplicação da lógica jurídica, na justificação da aderência entre os fatos considerados para decidir e o direito cuja aplicação se cogita no caso concreto, podem levar à incorreta qualificação jurídica dos fatos. São exemplos claros desse vício: ignorar questões constitucionais básicas, como a consideração dos fatos à luz dos direitos fundamentais; interpretar um dispositivo normativo qualquer a partir unicamente de sua literalidade; ou utilizar argumentos e analogias claramente inapropriados.

A correta qualificação jurídica dos fatos exige, ainda, um esforço de coerência da Administração com os precedentes que ela própria criou. O inciso XIII, do parágrafo único, da Lei nº 9.784/1999, ao vedar a “*aplicação retroativa de nova interpretação*”, é consequência dessa norma, associada ao princípio da segurança jurídica e que exige o que no direito norte-americano tem sido chamado de *consistency*⁴⁵³. Se determinada conduta, suponha-se, de infração de normas sanitárias enseja habitualmente a punição com multa das empresas que a praticam, a mesma conduta não pode ensejar no caso de uma determinada empresa a pena de fechamento do estabelecimento. Uma conduta, ainda exemplificando, que examinada habitualmente pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) é tolerada do ponto de vista concorrencial, não pode ser entendida, em um caso específico, como lesiva da ordem econômica.

A incoerência com relação a precedentes administrativos afeta a qualificação jurídica dos fatos e, portanto, contamina a motivação das decisões administrativas. Isso não quer dizer que a Administração não possa alterar um entendimento anteriormente consolidado ou uma dada interpretação jurídica! Pode, obviamente. O que lhe é defeso, como expresso na Lei nº 9.784/1999, é alterar seu entendimento pontual e

453. Cf. AMAN JR., Alfred e MAYTON, William. (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 308-337 e DUDLEY, Susan e BRITO, Jerry. (*Regulation ...*). Op. Cit., p. 112 de 115. Trata-se praticamente do mesmo fenômeno que o direito italiano vai chamar de “disparidade de tratamento”, também como um comportamento das autoridades que levaria à contaminação do processo administrativo e da respectiva decisão discricionária. Cf. CLARICH, Marcello. (*Manuale ...*). Op. Cit., p. 215.

excepcionalmente, ou alterá-lo dando-lhe efeitos retroativos, a ponto de prejudicar terceiro que agiu tendo em conta a interpretação administrativa anteriormente divulgada.

Por fim, mas não menos importante, a qualificação jurídica dos fatos deve ser razoável e proporcional. Razoabilidade e proporcionalidade são duas ferramentas importantes para o controle da discricionariedade administrativa⁴⁵⁴.

A aplicação do princípio da razoabilidade importa em rejeição de considerações ou de motivação evidente ou manifestamente equivocadas. Por vezes, o erro cometido pela autoridade administrativa é grosseiro ou não se extrai qualquer racionalidade dos fundamentos que tentam qualificar juridicamente os fatos em um dado concreto.

Há precedentes jurisdicionais que demonstram que os Tribunais brasileiros já tentam aplicar esse critério. Observe-se um exemplo:

“É desarrazoada e desproporcional a suspensão das atividades da empresa que, no momento da fiscalização, apresenta comprovante do pedido de renovação da Licença de Operação, ainda que fora do prazo de 120 dias estabelecido no § 4º do art. 18 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA, porém antes do vencimento da licença anterior”⁴⁵⁵.

Já o princípio da proporcionalidade, de certo modo uma das facetas da razoabilidade⁴⁵⁶, é voltado a calibrar a relação dos fatos com

454. Cf. MEDAUAR, Odete. *(O Direito Administrativo em Evolução)*. Op. Cit., p. 31-319; MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 108-110 e 262-263; BINENBOJM, Gustavo. *(Uma Teoria...)*. Op. Cit., p. 219-225; PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*. Marseille: Economica, 1990; e SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. In: Revista dos Tribunais, v. 798, 2002, p. 23-50..

455. Cf. AgRg no AREsp nº 749.434/RO, Min. Rel. Regina Helena COSTA, DJe. 16/05/2016. Em sentido próximo conferir ainda: MS nº 11.382/DF, Min. Rel. Rogério Schietti CRUZ, DJe. 30/05/2017; REsp nº 1.670.556/MA, Min. Rel. Herman BENJAMIN, DJe. 30/06/2017; REsp nº 935.120/RJ, Rel. Min. Luiz FUX, DJe. 27/10/2010.

456. V.Capítulo 4, nota 453.

o direito alegado impedindo desproporção ou excessos evidentes. Essa calibragem é notadamente importante em medidas de polícia administrativa, mas também em atuações de maior repercussão ou impacto em que há de se perquirir: (1) a Administração decidiu mediante ponderação dos interesses envolvidos, ou decidiu de modo a criar uma desproporção ou um desequilíbrio injustificado entre tais interesses? Além disso, deve se verificar (2) se a Administração ponderou, em tese, os custos-benefícios das medidas decididas, comparando-os com os de outras opções ou escolhas possíveis ⁴⁵⁷.

Como se vê, a análise da correta *qualificação jurídica dos fatos* é um instrumento dos mais relevantes no controle da discricionariedade administrativa, pois serve para aprofundar a análise de adequação dos motivos alegados pela autoridade às circunstâncias concretas do caso analisado. De certo modo, essa faceta do controle jurisdicional já se revelava pela alínea “d” do art. 2º da Lei nº 4.717/1965, que, ao tratar do motivo, como elemento de validade do ato, dizia ser carecedora desse requisito a decisão administrativa “*juridicamente inadequada ao resultado obtido*”. O § 1º do art. 50 da Lei nº 9.784/1999, que atualmente estabelece o dever das autoridades de motivarem suas decisões de maneira “*explícita, clara e congruente*”, completa a antiga Lei nº 4.717/1965. As duas leis, é necessário reconhecer, dizem indiretamente que a mera indicação dos fatos ou do direito nos quais se funda a decisão não basta. A Administração deve buscar ligar fatos e direito por meio de sua correta qualificação jurídica, a qual deve ser *clara, adequada e congruente* com toda a profundidade do sentido jurídico que esses mandamentos podem vir a possuir ante as complexidades que ensejam as situações concretas sob análise da Administração e de seus controladores.

Os testes até aqui defendidos servem justamente para isso: tentam objetivar a análise do exercício da discricionariedade

457. V. Capítulo 1, item 1.4.2, inclusive notas 72 e seguintes. Observe-se que, no direito francês, a combinação dos critérios do *bilan*, do erro manifesto e da qualificação jurídica dos fatos tem levado o Conselho de Estado a examinar o cabimento de desapropriações; a localização de empreendimentos de infraestrutura, como um aeroporto, o trajeto de uma estrada ou ferrovia; o método construtivo para garagens subterrâneas; e o risco de instalação de fábricas ou usinas de energia.

administrativa, apesar das dificuldades ou complexidades geralmente inerentes a esse exame.

4.2.4. Os testes para identificar o desvio de poder ou finalidade

A teoria do *desvio de finalidade* é uma das mais tradicionais do direito administrativo, remontando ao caso *Pariset*, julgado em 1875 pelo Conselho de Estado Francês⁴⁵⁸. A ideia fundamental da teoria do desvio é a de que as autoridades públicas não podem servir de suas atribuições legais, de suas competências, para a satisfação de seus interesses pessoais.

Nascida no direito francês, a teoria do desvio de finalidade encontrou eco em muitos outros países, tal como demonstrado no Capítulo 1, itens 1.5.3, 1.5.4, 1.5.5 e 1.5.6.

No Brasil, há muito, a legislação, a doutrina e a jurisprudência reconhecem a figura do desvio de finalidade⁴⁵⁹.

Há também certa clareza quanto às dificuldades de se comprovar o desvio de finalidade, a ponto de se admitir que o desvio seja provado por meio de indícios que convençam o magistrado da existência de interesses pessoais do administrador que sobrepujaram, no caso concreto, o interesse público.

Como ressaltado por DALLARI:

*“O desvio de poder nunca é confessado, somente se identifica por meio de um feixe de indícios convergentes, dado que é um ilícito caracterizado pelo disfarce, pelo embuste, pela aparência de legalidade, para encobrir o propósito de atingir um fim contrário ao direito (...)”*⁴⁶⁰.

458. Cf. MORAND-DEVILLER, Jacqueline. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 645; LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 699 e CHAPUS, René. (*Droit ...*). Op. Cit., p. 1048.

459. Cf. V. notas 246, 247 e 265; Capítulo 2.

460. DALLARI, Adilson de Abreu. *Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo*.

Ante o atual conhecimento sobre o desvio de finalidade, desenvolvido a partir da doutrina e da casuística dos tribunais, o *teste do desvio de finalidade* pode se concentrar nas seguintes questões:

- (1) *Há indícios de que a autoridade administrativa usou sua competência para o favorecimento de seus interesses pessoais?*
- (2) *Há indícios do favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com a autoridade administrativa?*
- (3) *Há pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse público e os interesses pessoais do governante que justificariam a medida, aparentemente praticada em desvio de finalidade?*
- (4) *O interesse público que se buscou verdadeiramente atender está diretamente relacionado com a decisão administrativa?*
- (5) *As autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade?*

As duas primeiras questões referem-se aos casos mais comuns de *desvio de finalidade*, em que a decisão administrativa *disfarçadamente se anuncia em prol de* um interesse público, mas, na verdade, visa à satisfação de forma direta ou indireta de interesses pessoais do administrador. Claro que o interesse pessoal pode, em um determinado caso, se consubstanciar em um interesse político paróquial, meramente partidário, ou ainda no interesse de ajudar afetos ou de prejudicar desafetos. Lembre-se que a teoria do desvio de finalidade visa a concretizar o princípio da impessoalidade, a implantar o governo de leis e não de homens e, portanto, visa a zelar pelas práticas de *boa administração*⁴⁶¹.

In Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 7, 2006: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=128> consultado em 13/05/2018.

461. A norma da boa administração vem sendo mais e mais referida pelo direito admi-

Assim se conformam os exemplos mais frequentes de desvio de finalidade: a desapropriação utilizada para suposta utilidade pública, mas, na verdade, voltada a prejudicar um desafeto político ou pessoal; a remoção de um servidor de seu posto de trabalho para um local de difícil acesso, sob alegação de suposta necessidade do serviço, mas, na verdade, é para puni-lo com o objetivo de realizar vingança pessoal.

Mas há casos mais sutis que, por vezes, são catalogados como situações de *captura* das autoridades públicas por interesses privados que se confundem com os seus interesses pessoais. Decerto que o peso econômico de muitas atividades realizadas pela Administração, tais como a regulação de setores econômicos, de serviços públicos, do meio ambiente, a efetivação de programas de fomento (de crédito, fiscais e outros) ou a simples realização de grandes contratações constituem um estímulo para que os particulares se organizem com o intuito de influenciar as autoridades públicas em prol de seus interesses. A falta de canais formais e transparentes de interlocução entre o Estado e os particulares estimula a captura; por outro lado, a falta de ponderação clara dos interesses envolvidos e a eventual circulação de executivos entre o setor estatal e o privado (*revolving door*) são indícios de desvio de poder⁴⁶².

CHAPUS⁴⁶³ cita um caso razoavelmente recente, analisado pelo Conselho de Estado francês, em que o prefeito de uma dada

nistrativo, fruto da direta influência da Carta Europeia de Direitos Fundamentais, de 2000. Desde então, alguns autores brasileiros passaram a ela se referir como um princípio que concentra deveres múltiplos, como o de impessoalidade ou imparcialidade, transparência, participação, eficiência, moralidade, entre outros (Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *(Curso...)*. Op. Cit., p. 117; MEDAUAR, Odete. *(O Direito Administrativo em Evolução...)*. Op. Cit., p. 156 e FREITAS, Juarez. *(O Controle ...)*. Op. Cit., p. 70-77.

462. Sobre a teoria da captura confira-se: PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul (*Administrative ...*). Op. Cit., p. 18-20. Com mais ênfase, conferir SUNSTEIN, para quem a vulnerabilidade das agências independentes aos grupos de pressão é um dos paradoxos da regulação: “a Comissão de Comércio Interestadual (ICC) criou e deu força a cartéis na indústria dos transportes; a Comissão Federal de Comércio (FTC) algumas vezes comportou-se de modo anticompetitivo (...) e o FCC foi dominado pela indústria de comunicações”. Cf. SUNSTEIN, Cass. *Free Markets and Social Justice*. Nova York: Oxford University Press, 1997, p. 285.

463. V. nota 345, Capítulo 3.

cidade assume a construção de uma usina de reúso de água com o objetivo aparente de preservação ambiental, mas, na verdade, com o intuito de favorecer uma indústria instalada no município que necessitava aumentar sua capacidade de produção de água de reúso. O maior indício do desvio se deu algum tempo depois da implantação da estação de tratamento, no momento em que o alcaide assumiu um cargo de direção justamente na indústria beneficiada pelos investimentos públicos.

No Brasil, muitos escândalos políticos revelaram ser até certo ponto comum o desvio de finalidade em contratações públicas, na concessão de empréstimos por instituições de fomento ou mesmo na concessão de favores fiscais com objetivos enviesados de estimular a doação de contribuições para campanhas eleitorais⁴⁶⁴.

Em todos esses exemplos, pode vir a existir um conjunto de indícios que indique o mal-uso das atribuições legais conferidas às autoridades administrativas e o atendimento de interesses de ordem pessoal ou de favorecimento ou desfavorecimento de terceiros que mantenham algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal com as respectivas autoridades. Nesses casos, o ato é obviamente ilegal diante do desvio de finalidade.

Mas há que se admitir que haverá situações em que a aparente ocorrência do desvio de finalidade se desmente quanto analisado o caso mais a fundo, pois há (como dito na terceira questão descrita) uma pluralidade de interesses atingidos pela decisão administrativa, ou há, ainda, a coincidência ocasional entre o interesse público, interesses privados e também os interesses pessoais do governante.

Há que se deixar claro que não há uma contraposição permanente entre o interesse público e os interesses de particulares. A licença para a construção de um *shopping center*, por exemplo, pode interessar a um determinado grupo de empresas privadas, mas pode também se tornar uma fonte de receita pública, um polo gerador de empregos para trabalhadores e uma grande comodidade para os cidadãos que habitam uma dada região da cidade. No caso, há convergência de

464. Cf. ADI nº 4650/DF, Min. Rel. Luiz FUX, DJe. 24/02/2016.

múltiplos interesses, e o interesse público aponta no mesmo sentido que interesses particulares de vários e distintos grupos sociais. Em suma, muito embora o empreendimento possa vir a gerar lucro para os seus investidores, os principais interessados em sua realização –, vários outros grupos sociais e, inclusive, o Poder Público – ganharão com a iniciativa. Não há no exemplo, portanto, desvio de finalidade.

É possível ainda ir um pouco mais a fundo na exploração de casos semelhantes em que há convergência de interesses públicos e particulares que eliminam a incidência da teoria do desvio de finalidade. As PPPs (parcerias público privadas) e as chamadas operações urbanas consorciadas são exemplos em que, devido à própria natureza dos instrumentos jurídicos utilizados para a realização dos objetivos públicos, há alinhamento entre interesses de particulares e públicos, sem que exista, ao menos em tese, desvio de finalidade.

Imagine-se, por fim, uma região urbana degradada que passará por um processo de recuperação mediante a aplicação de grandes investimentos públicos. É possível que um parente próximo (um primo ou um tio) do prefeito dessa cidade fictícia tenha uma ou mais propriedades na área degradada, que será objeto de recuperação, e que ele, dessa forma, seja beneficiado pela implementação da referida política pública. A convergência de interesses públicos e particulares (de um familiar da autoridade pública), nesse caso, aparentaria a ocorrência de um desvio de finalidade, mas essa convergência pode ser aleatória, fortuita, inevitável e, mais do que isso, pode ser que, no *bilan* ou ponderação dos interesses públicos e privados tangentes à empreitada decidida pela Administração, os benefícios em favor do parente do prefeito fossem insignificantes. Mais uma vez não se configuraria o desvio de finalidade, pois o móvel central da decisão administrativa não se apartaria do interesse público, ainda que houvesse, em tese, interesses pessoais do governante na consumação da recuperação da área urbana degradada. Ademais, é evidente que a realização e o sucesso de políticas públicas geram dividendos político-eleitorais aos governantes e, nem por isso, é legítimo pensar que o móvel central da realização de determinadas políticas sejam esses dividendos (de grande interesse pessoal de qualquer governante) e que sempre, nesses casos, haja desvio de finalidade.

Portanto, a convergência de interesses públicos e particulares é quase uma constante no dia a dia da Administração e deve-se tomar grande cuidado, sob o prisma do controle jurisdicional, para que não se deduza que o desvio esteja em toda e qualquer parte. Há que se atentar para a pluralidade de interesse envolvidos e se, a partir do *bilan* ou ponderação de interesses realizados pela Administração, a medida analisada não se justifica. *Contrario sensu*, o controle jurisdicional deve analisar se efetivamente o móvel central da decisão tomada foi o interesse pessoal do governante, apesar dos demais interesses públicos ou particulares enredados à decisão.

A quarta questão guarda relação com a experiência concreta em torno da aplicação da teoria do desvio de finalidade em face de condutas até certo ponto – e desafortunadamente – usuais da Administração. Dessa experiência emerge que, em muitos casos, as autoridades públicas tentam atingir os interesses imediatos da Administração por meio de atalhos, de mecanismos que, muito embora possam demonstrar-se mais eficientes e rápidos, olvidam a observância dos direitos fundamentais do administrado. O interesse público (secundário) que se buscou verdadeiramente atender, nesses casos, não está diretamente relacionado com a decisão administrativa, cujo objetivo real se dissimula.

Medidas de polícia administrativa com finalidade meramente arrecadatória; criação de entraves regulatórios ou materiais impertinentes, com mera intenção de causar prejuízo ou de obter enriquecimento ilícito; usar da omissão ou do silêncio administrativo com esses mesmos objetivos; fixar regras ou planos urbanísticos que pura e simplesmente favoreçam a especulação imobiliária; utilizar de leis que preservem a tranquilidade, a salubridade e a ordem pública para fechar estabelecimentos ou impedir manifestações tendo como finalidade verdadeira executar perseguição política, religiosa, racial ou de gênero: todos esses são exemplos, entre muitos outros, do que aqui se diz. Nesses casos, o chamado interesse público secundário (arrecadatório, por exemplo) prepondera indevidamente, na decisão, sobre o interesse primário, em função de uma ponderação incorreta entre eles. Há, portanto, desvio de finalidade, ainda que as autoridades públicas laborem em benefício, em tese, da própria Administração, benefício material esse que não condiz com os objetivos maiores do direito e, principalmente, com a preservação dos direitos e garantias dos particulares sujeitos ao abuso efetivamente praticado.

A derradeira questão do teste aqui proposto volta-se finalmente a analisar se as autoridades tomaram os cuidados necessários para evitar o desvio de finalidade. Neste ponto, como se pode inferir, finalidade relaciona-se com dois outros elementos estruturantes do ato administrativo: o processo e o motivo. A correlação lógica e jurídica entre os interesses envolvidos na decisão e a finalidade dela dependem da transparência na exposição desses interesses ao longo do processo (por vezes fruto da participação e do contraditório) e, enfim, da ponderação desses interesses ou de seu *bilan* tanto por meio da utilização correta dos mandamentos processuais como por meio da correta identificação e exposição dos motivos que conduziram à decisão tomada.

Como já se disse no capítulo anterior, atentas à quase constante pluralidade de interesses tangentes às decisões administrativas, notadamente nos casos de impacto econômico mais amplo e repercussões sociais gerais, as autoridades devem cuidar para que, no bojo do processo administrativo e da motivação do ato: (1) não se envolvam em decisões nas quais seus interesses pessoais as tornem impedidas ou suspeitas; (2) reste claro qual é a finalidade principal (ou as finalidades principais) da decisão administrativa; (3) estipulem quais são os resultados ou impactos esperados como fruto da medida decidida; (4) definam quais são os interesses particulares envolvidos, como se manifestaram ao longo do processo e como foram considerados pela decisão; e (5) procedam com transparência, em especial nas interações e relações porventura mantidas entre a Administração e os particulares interessados.

Observe-se que a postura correta do administrador, do ponto de vista jurídico, nesses casos, não passa por camuflar ou esconder os interesses particulares que tenham sido porventura contemplados ou refulados pela decisão administrativa. A explicitação desses interesses, ou seja, a transparência, é a grande arma da Administração na defesa de sua decisão perante a jurisdição. A ponderação ou o *bilan* razoável, proporcional desses interesses, quando correlacionados com as finalidades das medidas cogitadas, é o que garantirá que a jurisdição cultive maior respeito pelo juízo de conveniência e oportunidade feitos pela Administração. Por outro lado, quando essas medidas de cautela não forem tomadas pelas autoridades públicas, abrir-se-á a porta para a discussão jurisdicional do desvio de finalidade.

Obviamente os cuidados indicados expressamente no Capítulo VII, da Lei nº 9.784/1999, devem ser observados no intento de evitar que o desvio de finalidade seja alegado com grande facilidade por aqueles que tenham interesses contrariados pela decisão administrativa. Diz a lei: “*Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que: I – tenha interesse direto ou indireto na matéria; II – tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau; III – esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro (...)* Art. 20. *Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau*”. Nesses casos, a autoridade deve explicitar no processo o seu impedimento ou suspeição, para evitar a presunção do desvio de finalidade e as respectivas responsabilidades pessoais.

Mas, mesmo que o impedimento ou a suspeição não ocorram, outros interesses cruzados e relevantes para a decisão devem ser identificados, explicitados e ponderados pelo administrador, pois sua ocultação pode se transformar em um indício da presença de desvio de finalidade, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Como se vê, o teste para identificar o desvio de poder ou de finalidade é uma ferramenta poderosa – e em alguma medida já bastante utilizada – para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, mas também é – como, de resto, são todos os demais testes abordados neste capítulo – um instrumento para o autocontrole da Administração, um mecanismo de cautela e conseqüentemente de fortalecimento das decisões administrativas perante a inevitável atuação dos órgãos de controle jurisdicional.

4.3. Uma nota sobre a improbidade administrativa

A análise desenvolvida no presente capítulo não se completaria sem que se atinasse para a relação que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa tem atualmente no direito brasileiro

com o conceito jurídico de *improbidade*. Ainda que pesquisar a improbidade administrativa no direito brasileiro seja, por si só, um tópico extenso o suficiente, para que o presente trabalho se desviasse por completo de seu objeto sem que, provavelmente, viesse a lograr qualquer conclusão, seria uma grave omissão não mencionar a improbidade e deixar de perscrutar a intensa correlação que o seu tratamento jurídico estabelece no direito brasileiro com o tema central do presente estudo.

O que é improbidade? A Constituição faz algumas referências em seu texto à responsabilidade das autoridades públicas por improbidade administrativa. A principal dessas referências encontra-se no § 4º, do art. 37, que estabelece: “*Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível*”⁴⁶⁵. Muito embora a Constituição se refira à figura da improbidade, não há preocupação em conceituá-la, senão como um mecanismo voltado a buscar a responsabilização das autoridades administrativas. Além disso, o texto constitucional reserva o rótulo da improbidade para condutas gravíssimas do administrador, uma vez que as sanções em tese preconizadas pelo citado § 4º são bastante pesadas: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade de bens; e ressarcimento ao erário.

Porém, a Lei nº 8.429/1992, que regulamentou a referida norma constitucional, ampliou de modo excessivo o conceito jurídico de improbidade, de modo a confundir a improbidade com toda e qualquer ilegalidade cometida no exercício da função administrativa. É sabido que a Lei nº 8.429/1992 estabelece quatro tipos de improbidade administrativa: (1) aquela derivada de atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); (2) aquela derivada de atos que causam prejuízo ao erário (art. 10); (3) aquela derivada de atos decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário (art. 10-A); e (4) aquela derivada de atos que simplesmente atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

465. Além disso, em seu texto atual, a Constituição refere-se à improbidade no art. 15, V (como causa da perda ou suspensão dos direitos políticos) e no art. 97, §10, III; art. 101, § 3º e art. 104, II, todos do ADCT.

Os excessos do texto legislativo frente à diretriz constitucional são evidentes. Como dizem MARQUES NETO e PALMA: “*Longe de ser um projeto preconcebido e de impactos mensurados a reconfiguração da dinâmica do controle da Administração Pública após a Constituição de 1988 se deu um tanto ao sabor do acaso. (...) Trata-se de um processo aleatório, voluntarioso e desmensurado*”⁴⁶⁶. O resultado disso é que atualmente quase todo o controle jurisdicional da Administração no Brasil é feito com base nos mecanismos judiciais e mediante a aplicação das sanções da Lei nº 8.429/1992, o que não deixa de ser uma deformidade do sistema brasileiro, pois a correção da atuação da Administração em prol da legalidade perde espaço para a punição dos agentes que a praticaram.

É importante que se entenda que, enquanto na maior parte dos países o sistema de controle jurisdicional da Administração encontra-se focado na correção dos atos ilegais praticados pelas autoridades públicas, no Brasil esse eixo se deslocou diante da ampliação legal do conceito de improbidade e da disseminação das ações de responsabilização por improbidade, como fruto da atuação do Ministério Público, para as consequências da ilegalidade e para o plano da responsabilização das autoridades e de particulares que tenham eventualmente se beneficiado das práticas ímprobas daquelas. Nesse sistema, contraditoriamente, a ilegalidade (na perspectiva de sua identificação e da punição de seus autores) é mais importante do que a legalidade. É raro que o julgador determine o que o administrador deva fazer para conformar sua atuação ao direito, mas é extremamente comum que a ilegalidade se consuma plenamente, que os seus efeitos venham a prejudicar toda a sociedade e que, somente muitos anos depois, venha a se punir o administrador que a conduziu.

O *punitivismo* inerente ao sistema de controle instituído pela Lei nº 8.429/1992, em que pese agradar aparentemente à opinião pública, não colabora com a melhoria da ação estatal simplesmente porque a correção da atuação da Administração não é sua razão principal de existir. Nesse contexto, sob o impulso muitas vezes incontido e irracional

466. Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. (*Os Sete...*). Op. Cit., p. 23.

das massas e da mídia política e investigativa, a jurisdição faz um uso cada vez mais intenso dos princípios gerais do direito administrativo (a lei em seu art. 11 menciona os “*princípios da administração pública*” e cita expressamente os “*deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições*”). Ao contrário, no entanto, do uso comumente feito desses princípios em outros ordenamentos, aqui eles não são utilizados como instrumento de conformação jurídica das condutas da Administração em defesa do administrado, mas como fundamento jurídico para a punição de supostos infratores da probidade, fato que majora desmedidamente a discricionariedade sancionatória de magistrados a ponto de inserir o exercício da jurisdição nas perigosas fronteiras da perseguição política, da singela emissão de opiniões políticas subjetivas do julgador ou do mais puro arbítrio.

Esse estado de coisas tem provocado a atenção dos tribunais superiores brasileiros que, em certa medida, têm procurado corrigir os excessos praticados pelas jurisdições locais. Muitos julgados do STJ, por exemplo, entendem que o dolo do agente é fundamental para a configuração da improbidade, desembaraçando, de modo correto, os conceitos de ilegalidade e improbidade; outros concentram-se, ainda, na aplicação do *princípio da proporcionalidade* para rever sanções fixadas judicialmente de modo arbitrário ou com evidente excesso.

Vale citar como exemplo o acórdão proferido sob relatoria do Min. Teori ZAVASCKI, para o qual:

*“a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente; [é] indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos evitada de culpa grave, nas do artigo 10”*⁴⁶⁷.

467. Cf. AIA nº 30/AM, Min. Rel. Teori Albino ZAVASCKI, DJe 28/09/2011. Vão no mesmo sentido os seguintes julgados: AgRg no AREsp nº 409732/DF, Min. Rel. Og FERNANDES, DJe 16/12/2013; AgRg no REsp nº 1295240/PI, Min. Rel. Benedito

Sobre a desproporcionalidade na aplicação da Lei nº 8.429/1992 pelos tribunais locais, registre-se o seguinte acórdão relatado pelo Min. Castro MEIRA:

“O art. 12, parágrafo único, da Lei n.º 8.429/92, fundado no princípio da proporcionalidade, determina que a sanção por ato de improbidade seja fixada com base na ‘extensão do dano causado’ bem como no ‘proveito patrimonial obtido pelo agente’. No caso dos autos, o dano causado aos cofres municipais é de pequena monta, já que se trata de ação civil pública por ato de improbidade decorrente da acumulação indevida de cargo e emprego públicos. E, também, o acórdão recorrido reconheceu não haver ‘indícios de que o agente tenha obtido proveito patrimonial’”⁴⁶⁸.

Como já se constatou em outras passagens deste trabalho, o ambiente de insegurança jurídica formado pelo aumento desmesurado do arbítrio judicial na apreciação das decisões administrativas não convém a ninguém, nem às autoridades administrativas, nem ao administrado que, como fruto dessa conjuntura, tende a sofrer, cada vez mais, as consequências de uma Administração temerosa e paralisada. No tabuleiro desse jogo, o conceito de improbidade é uma peça-chave, que desempenha conjuntamente um papel altamente nocivo, se considerados os moldes excessivamente amplos com que esse conceito foi regulamentado pela Lei nº 8.429/1992.

GONÇALVES, DJe 10/09/2013; AgRg no REsp nº 1382436/RN, Min. Rel. Humberto MARTINS, DJe 30/08/2013; REsp nº 1261994/PE, Min. Rel. Benedito GONÇALVES, DJe 13/4/12; AgRg no REsp nº 1287027/GO, Min. Rel. Arnaldo Esteves LIMA, DJe 21/09/2012; AgRg no REsp nº 488007/RN, Rel. Min. Mauro Campbell MARQUES, DJe 14/05/2014.

468. Cf. REsp nº 794155/SP, Min. Rel. Castro MEIRA, DJ 04/09/2006. No mesmo sentido, sobre a necessidade de dosagem proporcional das penas fixadas pela Lei nº 8.429/1992, Cf: REsp nº 291747/SP, Min. Rel. Humberto Gomes de BARROS, DJ 18/03/2002; REsp nº 213994/MG, Min. Rel. Garcia VIEIRA, DJ 27/09/1999; REsp nº 300184/SP, Min. Rel. FRANCIULLI NETO, DJ 03/11/2003 e REsp nº 664856/PR, Min. Rel. Luiz FUX, DJ 02/05/2006.

Em que pese o trabalho corajoso da jurisprudência dos tribunais superiores, não há registro de qualquer esforço mais significativo do Legislativo ou do Executivo no intuito de corrigir os excessos da Lei nº 8.429/1992. O Legislativo, ao avesso do que se poderia esperar, tem tornado a lei mais severa e ampliado as suas hipóteses de incidência, de modo a tonar ainda mais intensos os efetivos distorcidos do seu texto original. Um exemplo disso encontra-se na Lei nº 12.120/2009, que alterou a Lei nº 8.429/1992 para possibilitar a aplicação cumulativa de sanções, sem qualquer referência à vasta jurisprudência formada sobre a proporcionalidade na aplicação das penas contra a improbidade. A Lei nº 11.107/2005, a Lei nº 13.019/2014 e a Lei Complementar nº 157/2016, por seu turno, ampliaram as hipóteses de incidência da improbidade⁴⁶⁹. Ou seja, a agenda política brasileira encampada nos últimos anos pelo Legislativo tem tornado o conceito jurídico de improbidade cada vez mais largo, agravando os excessos do texto original da Lei 8.429/1992 e, como consequência disso, tem dotado o Judiciário de um poder cada vez mais ancho de intervenção no cotidiano da Administração por meio da punição ou da ameaça de punição das autoridades administrativas.

Apesar de todo esse quadro, é necessário que se esclareça que não há coincidência ou correspondência absoluta entre os conceitos de ilegalidade da decisão e de improbidade do agente. Muito embora a ilegalidade esteja na raiz do conceito de improbidade, nem todo o comportamento ilegal é um comportamento ímprobo. A ilegalidade compreende, como já se pode notar até aqui, um gênero amplo de condutas que desarranjam as estruturas básicas de formação de uma decisão administrativa (competência, forma, processo, objeto, motivo e finalidade), dentre as quais a improbidade é uma espécie, a espécie dolosa, em que a autoridade administrativa deturpa propositalmente a decisão administrativa.

Uma nota especial deve ser feita para o enfático voto do Min. MAIA no AgRg no REsp nº 1306817/AC, exatamente no sentido do que aqui se pondera. Para ele:

469. Registre-se, ainda, outras tentativas de modificação do texto legal, no sentido de ampliar suas hipóteses de incidência: o PLS nº 71/2017, de autoria da senadora Kátia Abreu; o PLS nº 451/2016, de autoria do senador Renan Calheiros e, por fim, o PLS nº 108/2016, de autoria do senador Randolfe Rodrigues, este com o intuito de acelerar o julgamento dos processos civis de responsabilização por improbidade administrativa.

“É bem provável, sem dúvida, que a confusão conceitual que se estabeleceu entre a ilegalidade e a improbidade provenha do caput do art. 11 dessa Lei, porquanto ali está apontada como ímproba a conduta (qualquer conduta) ofendente dos princípios da Administração Pública, entre os quais se inscreve o famoso princípio da legalidade (art. 37 da Constituição), como se sabe há muito tempo (...) Portanto, a ilegalidade e a improbidade não são - em absoluto, não são - situações ou conceitos intercambiáveis, não sendo juridicamente aceitável tomar-se uma pela outra (ou vice-versa), eis que cada uma delas tem a sua peculiar conformação estrita: a improbidade é, destarte, uma ilegalidade qualificada pelo intuito malsão do agente, atuando sob impulsos eivados de desonestidade, malícia, dolo ou culpa grave”⁴⁷⁰.

A conclusão que vale tirar dessa breve análise é que o conceito legal de improbidade:

- (1) primeiramente, não condiz com o conceito de ilegalidade, sendo mais restrito que este, uma vez que reservado aos casos de condutas dolosas dos agentes públicos;*
- (2) dificulta em alguma medida o controle da legalidade, uma vez que é voltado antes de tudo para a responsabilização e punição dos agentes, e não para a correção da ilegalidade;*
- (3) encontra-se regulamentado de maneira equivocada e excessiva pela Lei 8.429/1992, que o desviou dos objetivos constitucionais em prestígio de uma agenda política que deseja demonstrar à massa do eleitorado e à opinião pública que há um irrestrito combate à corrupção;*

470. Cf. AgRg no REsp nº 1306817/AC, Min. Rel. Napoleão Nunes MAIA FILHO, Dje 19/05/2014.

(4) tem obtido do Judiciário certa contenção e racionalidade, especialmente em função do papel correcional desempenhado pelos tribunais superiores, de modo a diferenciar improbidade e ilegalidade, a exigir presença do dolo do agente como pressuposto para a configuração da improbidade e a reclamar proporcionalidade na fixação jurisdicional das penas.

O que se defende, enfim, neste tópico, é que, muito embora obviamente se relacionem, o controle jurisdicional da legalidade tem meios de consecução e objetivos muito mais amplos que os da apuração da improbidade administrativa.

4.4. *Ex lege ou de lege ferenda?*

O longo debate até aqui conduzido deixa uma pergunta no ar: os testes para o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, tal como defendidos, são aplicáveis no ambiente jurídico brasileiro? Dito de outro modo, a legislação brasileira estabelece como norma jurídica a realização dos referidos testes ou é necessário que se espere a edição de leis futuras para que estes possam vir a ser aplicados?

Ora, nada do que se disse neste capítulo conflita-se com a legislação brasileira, exceção feita à crítica tecida à Lei nº 8.429/1992 e à desmedida ampliação do conceito de improbidade estabelecida pelo referido diploma. Como se procurou demonstrar, seja como resultado do disposto na Constituição, na Lei nº 4.717/1965, na Lei nº 9.784/1999 e nas demais leis de processo administrativo editadas, seja como resultado do sempre importante trabalho da doutrina e, especialmente, da jurisprudência, há claro fundamento jurídico para que os testes de verificação da legalidade da discricionariedade administrativa sejam jurisdicionalmente realizados.

No entanto, mesmo que nada legalmente impeça o julgador de aplicar os métodos ou testes aqui estudados e explicitados, muito bem-vinda seria a alteração da legislação brasileira que viesse a tornar mais

claras muitas das normas objeto de análise neste estudo. A experiência demonstra que normas exigentes de um maior esforço exegético para sua aplicação concreta tendem a demorar mais para serem efetivadas do que as normas de conteúdo mais claro e objetivo. Assim, um esforço do legislador para tornar menos principiológica a regulação dos métodos voltados ao controle jurisdicional da discricionariedade seria extremamente apropriada.

Estabelecer de forma clara as fases do processo administrativo, em suas distintas modalidades; estabelecer os casos em que o uso de relatórios de impacto ou de custo-benefício são essenciais; estabelecer de modo indubitável os casos em que há imprescindibilidade de produção de prova técnica ou de realização de audiência, consulta ou outro método de participação coletiva; ou estabelecer, até mesmo, as regras para a validade da prova, inerentes ao princípio do contraditório, entre muitos outros pontos, são tarefas que desafiam os esforços do legislador e da regulamentação.

Em suma, é possível inferir a partir das normas atualmente existentes e, em especial, a partir dos princípios encontrados na Constituição e na legislação infraconstitucional, todas as regras necessárias à aplicação concreta dos testes de legalidade aqui propostos. Porém, a edição normas mais claras, mais concretas e objetivas, que tentassem superar a extrema generalidade da legislação em vigor, talvez contribuisse para que fossem dissipadas as incertezas e a insegurança jurídica (já tantas vezes apontada neste estudo) que pairam atualmente sobre a teoria e a prática do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Conclusão

A sensação de chegar à conclusão de mais um longo projeto acadêmico provavelmente é parecida com o sentimento do maratonista profissional em relação à linha de chegada de uma corrida. Tem-se a satisfação da realização de um objetivo, o alívio em relação ao cansaço extremo – por ter deixado no caminho cada lufada de oxigênio, cada pensamento, cada gota de sangue –, um vazio momentâneo, algumas dúvidas sobre ter feito realmente o que havia de melhor para se fazer e, finalmente, o olhar voltado para a frente, para os próximos desafios, para as novas estradas a serem percorridas. A conclusão é o fim e, ao mesmo tempo, o recomeço.

O objetivo principal do presente trabalho foi o de rever um tema classicamente debatido pelo direito administrativo: o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Apesar de a preocupação teórica com o tema remontar às sistematizações iniciais do direito administrativo, em meados do século XIX, na França, o recorte metodológico adotado propunha um diálogo entre a teoria, que desde então vem sendo construída, com problemas concretos e atuais relacionados à gradativa maior intromissão da jurisdição nas escolhas discricionárias feitas pelas autoridades administrativas.

Os tempos em curso impõem uma atuação mais intensa do Judiciário. Como constata SOUSA SANTOS em seus estudos mais recentes:

“É nesse contexto que se deve analisar o fenômeno que ficou conhecido como expansão global do poder judiciário, o crescente protagonismo social e político do sistema judicial e do primado do direito. (...) Ao abandonar o ‘low profile’ institucional, o judiciário assume-se como poder político, colocando-se em conflito com os outros poderes do Estado, em especial com o executivo”⁴⁷¹.

471. Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 17-20.

Sendo assim, o fio condutor das reflexões aqui reunidas foi, do início ao fim, a tensão existente entre o poder de escolha das autoridades administrativas e o dever de legalidade objeto do controle jurisdicional. Tensão essa inerente à necessidade, como se repetiu em diversas passagens, de conciliação dos princípios constitucionais da vedação ao arbítrio, da separação de poderes e do amplo acesso à jurisdição.

i. As primeiras questões colocadas

Muitas questões foram feitas e respondidas ao longo do trabalho. As primeiras tiveram o objetivo de introduzir o leitor no tema da discricionariedade administrativa e de seu controle. Algumas tinham caráter mais conceitual, outras tentavam contextualizar a relevância de rediscutir-se, na atualidade, a discricionariedade. O que é e como a discricionariedade geralmente se manifesta? Do que deriva a discricionariedade? Como esta se assemelha e se diferencia da interpretação e dos conceitos jurídicos indeterminados? Por que as hipóteses de atuação discricionária da Administração têm se ampliado?

Viu-se, em resposta a essas questões, que a discricionariedade, oposto da vinculação, decorre da menor precisão ou do menor detalhamento da legislação, que atribui às autoridades administrativas certa margem de escolha para a tomada de decisões. Destacou-se que, especialmente quando se focaliza o modo pelo qual o poder discricionário atribuído ao administrador público de execução se operacionaliza, há uma correlação entre as concepções teóricas de discricionariedade, a interpretação e os conceitos jurídicos indeterminados, pois, em todas essas hipóteses, há uma indução do ordenamento jurídico para que o administrador público faça escolhas e responda jurisdicionalmente por suas decisões.

No plano da contextualização da relevância atual do tema, constatou-se que há vários fatores relacionados ao desenvolvimento do Estado contemporâneo e de suas relações com a sociedade e com o mercado que favorecem a proliferação das hipóteses de discricionariedade administrativa: (1) o progressivo reconhecimento de direitos fundamentais; (2) a incessante atuação do Estado no chamado domínio econômico; (3) a postura mais ativa e reivindicadora da

sociedade perante o Estado; (4) os problemas de representatividade ou de legitimidade política enfrentados pelo Legislativo associados à complexidade dos interesses sociais e econômicos que o pressionam; (5) a sobrecarga da Administração, tanto no que se refere à capacidade econômica operacional de executar todas as funções a ela cometidas como pelo fardo de ter de realizar um sem número de escolhas discricionárias ao tempo e modo corretos, resolvendo disputas ou conflitos de interesse que, em muitos casos, a partir da racionalidade política inerente ao Estado de Direito em sua concepção iluminista, deveriam ter sido travados e decididos na arena do Legislativo; e (6) outros fatores, tais como crises econômicas, guerras, terrorismo, movimentos sociais, golpes de estado, progresso tecnológico ou a interdependência global.

ii. A importância do controle jurisdicional da discricionariedade e seus desafios

A partir dessas constatações iniciais, uma série de outras questões, agora relacionadas ao aprofundamento da colocação do tema e dos problemas que ele enseja, precisavam ser respondidas: por que controlar a discricionariedade é fundamental e por que esse controle tem se tornado cada vez mais importante? Quais são as dificuldades e os desafios postos na contemporaneidade para a realização do controle jurisdicional da discricionariedade? O controle da discricionariedade administrativa é um tema global? Como o direito estrangeiro tem respondido às dificuldades identificadas?

Respondeu-se, então, que a discricionariedade administrativa e, mais especificamente, o seu controle jurisdicional tornaram-se temas centrais e muito debatidos no direito administrativo contemporâneo. Isso ocorreu principalmente por que a ampliação do conceito de legalidade ampliou, na justa medida, o poder de controle jurisdicional da legalidade e, logo, da discricionariedade administrativa. Além disso, a disseminação da discricionariedade administrativa (enquanto técnica legislativa) e a sobrecarga da Administração, permeadas pelo *stress* do princípio da separação de poderes, atribuíram gradativa centralidade ao controle jurisdicional. Em suma, uma Administração mais ativa – ao

menos em tese -, em função dos deveres que lhe são constitucionalmente atribuídos, passou a exigir controles mais intensos. Quanto maiores forem os poderes discricionários atribuídos às autoridades administrativas, maiores deverão ser os controles, freios ou contrapesos a incidir sobre esses poderes.

Essa realidade traz pelo menos uma grande questão jurídica: como o direito administrativo deve se conformar para que se possibilite um amplo controle jurisdicional da discricionariedade e, ao mesmo tempo, se evite a arbitrariedade jurisdicional? No desdobramento dessa questão, ainda no plano da colocação do problema, vai-se contatar que há respostas que o direito administrativo deve fornecer buscando conciliar alguns princípios retirados da Constituição: (1) quais são os critérios de controle do exercício do poder discricionário pelas autoridades administrativas para que a noção de discricionariedade não se transforme em arbitrariedade? (2) Como prever o mais amplo acesso possível ao controle jurisdicional, de modo que a qualquer interessado seja facultado o direito de buscar a reversão de uma situação ilegal ou abusiva? (3) Como preservar, nesse contexto, o sistema democrático e a separação de poderes (na perspectiva da existência de um sistema normativo voltado à divisão de atribuições e à coordenação dos organismos estatais), os quais facultam às autoridades eleitas democraticamente o comando ou a liderança democrática das atividades público-administrativas em geral? O objetivo de harmonizar as respostas dadas a essas questões se irradiou, então, por todo o restante dos trabalhos desenvolvidos.

Assim, face ao princípio do Estado Democrático de Direito, o acesso à jurisdição é amplo e não deve ser reduzido pelo fato de os interessados questionarem decisões discricionárias da Administração. Porém, diante do princípio da vedação do arbítrio, também fruto do Estado Democrático de Direito, é inadmissível que o exercício do controle jurisdicional sobre a Administração simplesmente represente a transferência de um poder arbitrário das mãos do administrador público para as mãos do magistrado.

iii. O controle jurisdicional da discricionariedade como um tema global

Verificar como o direito de outros países tem respondido a essas questões era obviamente importante para os objetivos do trabalho proposto. O controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é um tema que, apesar de clássico, tem enfrentado constantes aprimoramentos no seu tratamento jurídico.

As constatações, a partir da análise de alguns ordenamentos estrangeiros, foram de que inexistia sistema que ignore a necessidade de controle jurisdicional da discricionariedade e que não se utilize dos princípios gerais do direito administrativo como uma grande âncora da legalidade, com o objetivo de ampliar o controle da discricionariedade administrativa. Mais que isso, demonstrou-se que tem sido buscada por distintos ordenamentos uma superação das questões colocadas a partir de dois movimentos ainda em construção (construção mais avançada em alguns países e menos avançada em outros). O primeiro está relacionado à tentativa de melhorar a qualidade dos atos discricionários por meio da instituição ou do aperfeiçoamento (nos casos em que ele já existe) do *processo administrativo*. O segundo está relacionado à criação de métodos ou técnicas para a aferição da legalidade (em sentido amplo) dos atos administrativos discricionários.

Dessa perspectiva, a valorização do *processo administrativo* possuiria três objetivos: (1) que a Administração passasse a desfrutar de maior respeito dos órgãos jurisdicionais na medida em que edite decisões com maior qualidade ou respaldo; (2) que, uma vez precedidas de maior racionalidade, transparência e contraditório, as decisões administrativas ensejem menor interesse em sua contestação judicial; e (3) que o Judiciário tenha, no modo de produção das decisões, um paradigma para a verificação da concreta aplicação do direito administrativo.

As maiores influências no desenvolver dos distintos ordenamentos, nesse ponto, são o direito norte-americano e a teoria francesa dos *motivos determinantes*, pois é a partir do *processo administrativo* que os fatos são apurados e que a conciliação entre as razões de decidir e a realidade concreta dos interesses enredados ao caso concreto se defrontam.

Não divorciada dessa primeira tendência, distintos ordenamentos consolidaram antigas técnicas de controle da legalidade da decisão administrativa discricionária, tais como as teorias do *desvio de poder* e dos *motivos determinantes*, e também se esforçaram para sistematizar e fornecer ao controle jurisdicional uma nova pauta ou, melhor dizendo, novos métodos de atuação. Erro manifesto, qualificação jurídica dos fatos, ponderação de interesses, *bilan*, análises de custo-benefício e de impacto, *hard look* e coerência decisória passam a fazer parte desse novo vocabulário do controle jurisdicional, um vocabulário que sistematiza a atuação jurisdicional a ponto de torná-la mais intensa e extensa e, ao mesmo tempo, menos arbitrária.

iv. A trajetória do direito brasileiro e a teoria da imunidade do mérito do ato administrativo discricionário

Tendo verificado a paisagem ao redor, passava a ser essencial lançar um olhar mais agudo sobre o direito administrativo brasileiro. Tornou-se necessário, desse modo, buscar-se uma nova sorte de respostas a questões mais específicas: como o direito brasileiro tentou superar historicamente o desafio de conciliar a tripartição dos poderes e o controle jurisdicional da discricionariedade? Quais são as linhas mestras da reflexão atual, no direito brasileiro, sobre a discricionariedade? A *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* deve continuar a ser utilizada?

A afirmação feita nessa parte é a de que, no direito brasileiro, foi a teoria da imunidade jurisdicional do mérito do ato discricionário a que, mais efetiva e longevamente, buscou realizar a conciliação dos referidos valores constitucionais.

Explorando as origens dessa teoria, supostamente influenciada pelo direito italiano, constatou-se que ela passou a ser realmente aplicada entre nós no período republicano, a partir da vigência da Lei nº 221/1894, que reorganizou a Justiça Federal e teve seu grau máximo de aplicação e influência no período entre 1940 e 1990.

Constatou-se, com efeito, que: (1) no período monárquico, o sistema da jurisdição administrativa brasileira, ainda que pouco evoluído, não refutava a possibilidade de revisão dos atos discricionários, pois

o direito administrativo trabalhava com os conceitos – de inspiração francesa – de jurisdição contenciosa e graciosa; e (2) no período entre as décadas de 1890 e 1940, o tema da discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional foi pouco e superficialmente tratado pela doutrina e, apesar da edição da Lei nº 221/1894, não havia uma hegemonia clara da teoria da imunidade do mérito, pois, independentemente de enxergar limites ao exercício da discricionariedade, havia autores que defendiam a imunidade jurisdicional e outros que admitiam que o Judiciário, em determinadas circunstâncias, corrigisse decisões discricionárias da Administração.

Mas, a partir dos anos de 1940, a doutrina brasileira, ao descortinar o tema do controle jurisdicional dos atos administrativos (em que pese as reflexões já bastante avançadas do direito europeu continental), aparentemente temia as amplas consequências da eventual concretização desse controle e, diante disso, passou a tentar conter a aplicação integral de alguns elementos de validade ou legalidade das decisões administrativas, socorrendo-se para tal expediente na teoria da imunidade jurisdicional do mérito.

A hegemonia da teoria da imunidade só começou a ser abalada com o processo de redemocratização do país, que deságua na Constituição de 1988 e no período em curso, posterior à década de 1990. Nesse período, não só vai se constatar uma relativamente ampla e variada contribuição doutrinária como também uma série de leis que vão tentar ampliar, com uma vasta discussão jurisprudencial, o controle externo sobre a Administração.

Constrói-se agora um regime em que se ampliam as possibilidades de controle jurisdicional da discricionariedade, mas há ainda pouca confluência entre os autores sobre o modo como esse controle deve se dar. Tem-se uma maior valorização dos elementos de legalidade interna na produção de atos administrativos, a saber: finalidade e motivo. Há quase unanimidade na consagração dos princípios gerais de direito administrativo como instrumento de controle da discricionariedade. Tem-se, ainda, uma valorização do modo de produção das decisões administrativas por meio do processo administrativo. A jurisprudência, por seu turno, respondendo a todo esse movimento teórico, passou com muita frequência a utilizar as teorias nascentes sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Porém, a teoria da imunidade jurisdicional do mérito dos atos administrativos discricionários continua a ser aplicada em alguma medida pela doutrina e pela jurisprudência. Muitos teóricos, depois de tanto tempo de sua aplicação, temem abandonar a teoria da imunidade, e muitos julgados insistem em casuisticamente manejá-la, dando, muitas vezes, a impressão de sua perfeita vigência e aplicação.

v. As contradições do presente e a necessidade de superar a teoria da imunidade do mérito

Pensar, no entanto, no controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração a partir das normas inerentes ao Estado Democrático de Direito, da busca por tornar efetivos os direitos fundamentais e da ampliação conceitual da legalidade não se coaduna com a *teoria da imunidade do mérito*. A contradição entre as normas constitucionais que ampliam as atribuições da jurisdição e a velha *teoria da imunidade* cria uma gigantesca insegurança jurídica, pois acaba por conferir ao juiz a faculdade de escolher se e quando controlar a legalidade das decisões discricionárias, tornando largamente arbitrário o exercício da jurisdição. Insista-se: a conjugação do controle da legalidade, concebido em termos amplos, com a *imunidade do mérito* possibilita desafortunada e inadmissivelmente que o juiz decida segundo suas conveniências pessoais ou políticas controlar ou abster-se de controlar a discricionariedade administrativa.

Frise-se, assim, a tese central do estudo ora realizado: admitir que o mérito dos atos discricionários esteja imune ao controle do Judiciário seria, nos dias de hoje, aumentar perigosamente a liberdade de atuação da Administração, colocando em sério risco os direitos e interesses individuais, coletivos e difusos dos administrados, uma vez que boa parte das atividades da Administração Pública, seguramente as mais importantes e que afetam um maior número de interessados, deixaria de ser judicialmente revisada.

Desse modo, defendeu-se que é imperativo afastar de maneira definitiva a aplicação da teoria da imunidade jurisdicional do mérito, para que se passe a realizar o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa diante das normas da Constituição.

vi. Métodos ou técnicas de análise da legalidade das decisões discricionárias

Mas a constatação de que o simples afastamento da *teoria da imunidade jurisdicional do mérito* não possibilitaria a plena observância dos princípios da segurança jurídica e da vedação ao arbítrio tornou fundamental a busca de novas repostas e a defesa da aplicação de novos métodos de análise da legalidade das decisões administrativas.

São novos métodos em termos, pois, como se pode constatar por uma leitura atenta dos capítulos anteriores, muitas das técnicas estudadas e propostas correspondem a uma sistematização e um aprofundamento das já aplicadas – ainda que não integralmente ou de modo fragmentado – no direito administrativo estrangeiro e brasileiro. Algumas são aplicadas há tempos, como é o caso do *détournement de pouvoir*, e são merecedoras de uma releitura ou de um detalhamento especificamente voltados à sua utilização pelo direito brasileiro contemporâneo.

A longa investigação realizada sobre o desenvolvimento do direito administrativo no Brasil demonstrou que lhe falta sistematicidade e profundidade para analisar do modo que deveria a legalidade da discricionariedade administrativa. Daí a necessidade de responder, especialmente diante do abandono da teoria da imunidade do mérito, às seguintes indagações: quem executa o controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil? Qual deve ser o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade no Brasil? Como sistematizar o controle da discricionariedade? Com que técnicas é possível controlar jurisdicionalmente as decisões administrativas discricionárias a partir de uma noção ampla de legalidade? Como aplicar o método de controle proposto?

Seguindo essa linha de raciocínio, respondeu-se que, no Brasil, a função jurisdicional plena só é exercida pelo Poder Judiciário, ao qual se pode recorrer de todas as decisões, inclusive daquelas tomadas pelos demais órgãos de controle ou que exercem função jurisdicional análoga, parcial e especializada (e.g. tribunais de contas, conselhos de contribuintes, CADE, entre outros). Com relação a esses órgãos, que executam funções análogas à jurisdição ou funções de controle,

assentou-se que eles (1) devem se submeter, sem qualquer restrição, ao controle jurisdicional do Poder Judiciário – eles controlam, mas, ao mesmo tempo, são controlados; e, além disso, (2) devem aplicar as mesmas técnicas jurídicas que a própria Administração (na autotutela) e o Judiciário utilizam para o controle da legalidade da atividade administrativa discricionária.

A resposta dada para a segunda questão não é propriamente nova. Os elementos ou requisitos de estruturação do ato administrativo ou, de forma mais precisa, a legalidade e a validade das decisões administrativas constituem o objeto do controle jurisdicional da discricionariedade. Como já observado, fala-se em ato administrativo, nesse caso, em acepção larguíssima, para abranger toda atividade discricionária da Administração: atos unilaterais e contratos; atos individuais e normativos ou regulamentares; atos declaratórios ou constitutivos; atos de direito privado; atos materiais, entre outros.

A legalidade, frise-se, é determinada pela verificação dos elementos ligados à legalidade externa e à legalidade interna dos atos administrativos. Os elementos de legalidade externa são aqueles relacionados com o meio de exteriorização ou com o modo de produção do ato administrativo, exigindo-se a conformidade desses elementos com o direito. Seriam eles a competência, a forma e o processo administrativo. Os elementos de legalidade interna são aqueles que revelam na profundidade o condicionamento do exercício do poder estatal à observância de valores associados à impessoalidade e ao interesse público, às condições de fundo da legalidade. São esses elementos o conteúdo ou o objeto, a finalidade e o motivo do ato administrativo.

vii. Falta de sistematização e de profundidade no tratamento das técnicas de controle

Exceto o processo administrativo (que defendo como um elemento de legalidade autônomo a partir do advento da Lei nº 9.784/1999, das demais leis de processo administrativo e da recente modificação do Decreto-lei nº 4.657/1942 pela Lei nº 13.655/2018), todos os demais elementos listados nesse trabalho são reconhecidos expressamente pela

legislação, pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. O direito brasileiro, repita-se, possui o ferramental básico para a realização de um amplo controle da discricionariedade administrativa. O que lhe falta é profundidade e sistematicidade.

Essa falta de profundidade vai ser notada, com maior agudez, no exame de três dos elementos de legalidade referidos: a finalidade, o processo administrativo e o motivo.

Quanto à finalidade, há ainda entre nós certa resistência em assumir a teoria do desvio de poder em sua integralidade. Se, por um lado, são frequentes as causas e decisões judiciais que – até por meio de ações de improbidade administrativa – configuram o desvio de poder a partir de indícios de que a autoridade administrativa tenha utilizado sua competência para o favorecimento de seus próprios interesses pessoais ou de terceiros que mantenham com ela algum vínculo de interesse ou relação jurídica pessoal, por outro, ainda é extremamente incomum que tanto a doutrina como a jurisprudência examinem com maior profundidade questões como a existência de pluralidade de interesses ou a coincidência aleatória entre o interesse público e os interesses pessoais do governante que excepcionem a aplicação da teoria do desvio de poder.

Há também pouquíssima reflexão sobre o desvio de poder operado para o atendimento de outros interesses públicos ou de interesses da Administração, e quase nenhum apreço por informar às autoridades administrativas sobre os cuidados que devem tomar, quando tomam uma decisão discricionária, para evitar o desvio de poder.

Falta profundidade também na abordagem dos vícios de motivo. Ainda que muito se fale a respeito da teoria dos motivos determinantes, o conteúdo dessa teoria não tem sido examinado da forma mais cuidadosa por nossa doutrina ou amiúde e conscientemente aplicado pela jurisprudência. A determinação da legalidade por meio dos motivos do ato deveria passar pela verificação de três modalidades de erro: o erro de direito, o erro na qualificação jurídica dos fatos e o erro de fato. Assim, a motivação que atenderá ao prescrito pelo § 1º, do art. 50, da Lei nº 9.784/1999 – a motivação explícita, clara e congruente – é fundamentalmente aquela que não padece dos vícios correspondentes ao erro de direito, ao erro na qualificação jurídica dos fatos ou ao erro de fato.

viii. Controle jurisdicional focado no processo administrativo

É justamente nesse ponto em que o processo administrativo ganha importância como elemento de estruturação da legalidade do ato discricionário. O dever de motivar as decisões e o motivo, enquanto fundamento de fato e de direito das ações administrativas, deve ser o resultado de uma atuação processual da Administração. A importância de associar-se motivo e processo administrativo como elementos da legalidade da atuação administrativa está justamente em, com isso, abrir-se um largo caminho para a atuação do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. O processo administrativo dá materialidade aos motivos da decisão, tornando-os evidências processuais, elementos de prova sobre os quais deve repousar a motivação. Os motivos e a motivação dependem da correta instrução do processo, da abertura do processo aos diferentes interessados e do contraditório. Sem esses elementos, a decisão será presumivelmente menos motivada do que poderia vir a ser.

Todo esse quadro de exigências processuais ainda vai demandar das autoridades administrativas competentes um compromisso de isenção na produção e na análise das evidências factuais ou provas colhidas, ainda que técnicas, e das contribuições e manifestações reunidas como consequência da abertura à participação e do contraditório. Provas, participação e contraditório serão mais extensos e complexos quanto maior forem, em tese, os efeitos, a repercussão ou o eventual impacto social e econômico das decisões a serem tomadas.

Manter o foco no processo administrativo, conclua-se: (1) sistematiza e potencializa a atuação do controle jurisdicional ao conferir balizas jurídicas mais precisas para o exercício da discricionariedade administrativa; e (2) torna possível divisar técnicas ou métodos jurídicos que possibilitem aos controladores o exame da discricionariedade sem que derivem para o excesso ou a arbitrariedade no exercício da jurisdição.

Desse modo, chega-se às derradeiras questões e à segunda parte da tese defendida: superada a *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*, há que se admitir que a imposição de limites diretos para o

exercício da jurisdição da discricionariedade administrativa tornou-se menos importante do que a fixação de limites indiretos por meio da criação de métodos e técnicas que devem ser aplicados tanto pela Administração – como pré-requisitos para a edição de atos discricionários – como pelos órgãos de controle da Administração, para a aferição de sua legalidade.

ix. Testes de legalidade

Valendo-me de um viés pragmático, adotei a expressão *testes de legalidade* com a ambição de mostrar que esses métodos ou técnicas, centrados, como visto, nos elementos de legalidade externa e interna dos atos administrativos, podem ser aplicados com relativa facilidade tanto pelas autoridades que produzem decisões discricionárias como pelos juízes que as controlam. Daí falar nos testes mais simples e corriqueiros de (1) competência, (2) forma e (3) conteúdo (ou objeto) e nos que exigem maior dedicação das autoridades administrativas e de seus controladores, cuja aplicação ainda não se dá integralmente ou usualmente: (4) instauração efetiva do processo; (5) instrução completa e isenta do processo; (6) existência material e correção dos motivos e qualificação jurídica dos fatos; e, finalmente, (7) desvio de poder.

Observe-se, em remate, que nenhum dos testes sugeridos demanda alteração legislativa para sua utilização, nem os mais comuns nem os que ainda não são sistematicamente aplicados ou não são aplicados com a extensão necessária pela doutrina e pelos tribunais brasileiros. É possível utilizar os *testes de legalidade* a partir do ordenamento jurídico vigente.

É óbvio, de qualquer modo, que a edição de normas jurídicas mais claras, concretas e objetivas poderiam eventualmente reduzir incertezas e aumentar a segurança jurídica para o cotidiano uso dos *testes de legalidade* no exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

x. O que fazer?

Diante de tudo isso, resta estabelecer como o juiz, os colegiados dos tribunais, as controladorias, os tribunais de contas e demais órgãos de controle devem proceder quando defrontados por uma escolha discricionária realizada pela Administração?

Primeiramente, observe-se que o Judiciário e os demais órgãos de controle devem decidir. Não podem se furtar a decidir por meio da aplicação da superada *teoria da imunidade jurisdicional do mérito*.

Em segundo lugar, devem estar atentos para o fato de que a aplicação pura e simples de princípios gerais do direito administrativo, explícitos ou implícitos, não resolve a obrigação de exercer a jurisdição senão parcialmente. Há muitos outros critérios para a determinação da legalidade da discricionariedade administrativa que devem ser levados em conta e que, sem prejuízo da importância dos princípios, devem ser aplicados aos casos concretos.

Observe-se que a conformidade com os princípios é apenas um dentre os quesitos dos muitos testes sistematizados no capítulo 4.

O art. 20 do Decreto-lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), na redação que lhe conferiu a recente Lei nº 13.655/2018, não deixa dúvidas quanto a isso, ao estabelecer que:

“Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

Em seguida, o julgador deve aplicar os *testes de legalidade*, em função do que poderá decidir as contendas que lhe forem submetidas mediante manutenção ou anulação das decisões administrativas⁴⁷².

472. Lembre-se que o controle jurisdicional pleno, fruto da atuação do Judiciário, só atua mediante provocação e vincula-se ao pedido e à causa de pedir trazidas pelas partes.

Do ponto de vista do processo judicial, muitas questões poderiam ser cogitadas, especialmente quanto aos efeitos da decisão judicial. Esses efeitos, ainda que muito relevantes e de grande repercussão prática, comportariam uma série imensa de reflexões que fugiriam completamente dos objetivos deste estudo⁴⁷³.

Observe-se que uma das lições principais que daqui se retira é que os mesmos critérios que devem servir para que a Administração amolde suas escolhas discricionárias à legalidade também deveriam servir ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Pondere-se, finalmente, que, apesar das amplas vias que se abrem para o exercício do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa a partir de uma visão mais larga da legalidade e mais profunda dos elementos que a estruturam, a aplicação das conclusões deste estudo são fundamentalmente refratárias ao arbítrio e à omissão jurisdicionais.

Assim, se uma decisão administrativa é questionada em função da competência da autoridade que a editou, não cogitará o magistrado da aplicação do *teste de desvio de poder ou finalidade*.

473. Só para que se tenha ideia dessas questões, vale mencionar a possibilidade de alternativamente o juiz anular a decisão por constatar, por exemplo, a não instauração de processo administrativo, possibilitando que a Administração voltasse a decidir após tentar suprir os vícios do ato original; ou de o juiz revisar ou corrigir o ato administrativo nos casos, por exemplo, em que a Administração incorrer em *erro manifesto* e que se possa inferir com segurança jurídica qual a decisão mais correta a ser tomada (é o caso, por exemplo, da punição de um servidor contra a prova colhida nos autos do processo administrativo disciplinar); da polêmica possibilidade de o juiz convalidar a decisão administrativa; ou da atuação do magistrado em casos de omissão administrativa, seja para obrigar a Administração a decidir, seja para decidir em seu lugar nos casos excepcionais de urgência e de resistência desleal da Administração.

Bibliografia

ADOLPHE, Chaveau. *Code D'Instruction Administrative ou Lois de la Procédure Administrative*. Paris: Imprimerie e Librairie Générale de Jurisprudence, 1861, p. 113, 151 e 388, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5808750q/f6.item.r=gracieuse>.

AIETA, Vânia Siciliano e MIRANDA GONÇALVES, Rúben. *La Nueva División de Poderes Frente a la Judicialización de la Política en el Área de la Salud: El Control Judicial de Las Políticas Públicas de la Salud en el Universo de la Discricionalidad del Poder Ejecutivo*. In: *Los Desafíos Jurídicos a la Gobernanza Global* (Org. MIRANDA GONÇALVES, Rúben e VEIGA, Fábio). Brasília: Escola da AGU, 2017, p. 9.

ALARCON JAÑA, PABLO. *Discrecionalidad Administrativa. Un estudio de la Jurisprudencia Chilena*. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 2000.

ALDER, John. *Constitutional and Administrative Law*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2007.

ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ALLEN, Michael e THOMPSON, Brian. *Cases & Materials on Constitutional & Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005.

ALMEIDA, Fernando de. *Noção de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1956, p. 131.

ALMEIDA, Mário Aroso de. *Teoria Geral do Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2015, 3ª Ed..

AMADO, Jorge. *A morte e a morte de Quincas Berro D'água*. São Paulo: Companhia das Letras, 2008, Edição Eletrônica Kindle, pos. 63 de 1167.

AMAN, Alfred e MAYTON, William. *Administrative law*. St. Paul: West Group, 2001.

- AMARAL, Diogo Freitas do. *Curso de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2014, 2ª Ed., v. 2.
- ANGIOLUCCI, Maria de Lurdes Aparecida Trujillo. *O Controle Judicial dos Atos Administrativos Discricionários e a Jurisprudência*. Dissertação de Mestrado defendida em 04/06/2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-21082017-153306/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, 2ª Ed.
- ARANTES, Rogério e COUTO, Cláudio. *Constituição, Governo e Governabilidade*. In: *Constituição e Política na Democracia: Aproximações entre Direito e Ciência Política*. (Org. WANG, Daniel Wei Liang). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 197 -220.
- ARANTES, Rogério. *Judiciário e Política no Brasil*. São Paulo: Idesp-Educ, 1997.
- ARTECONA GULLA, Daniel. *Discrecionalidad y Desviación de Poder. Necesidad y Conveniencia de la Consagración Legal de Potestades Discrecionales a Favor de la Administración*. In: *Revista de la Facultad de Derecho*. Montevideo: Universidad de la República, v. 30, enero-junio, 2011, p. 45.
- AUBY, Jean-Bernard. *Introduction Générale*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 1.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria da Segurança Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 2011, 4ª Ed.
- BADARÓ, Gustavo. *Direito à Prova e os Limites Lógicos de sua Admissão: os Conceitos de Pertinência e Relevância*. In: *Garantismo Processual* (Org. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre). Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 470.
- BAILEY, S. H.. *Cases, Materials & Commentary on Administrative Law*. Londres: Sweet & Maxwell, 2005, 4ª Ed..

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2015, 32ª Ed.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionalidade e Controle Jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2007, 2ª Ed.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BARBOSA, Ruy. *A Constituição e os Actos Inconstitucionaes do Congresso e do Executivo*. Rio de Janeiro: Atlântida, sem data, p. 100. Edição digital disponível na Biblioteca do Senado Federal In: www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242783, consultado em 22/07/2017.

BARNETT, Hilaire. *Constitutional & Administrative*. Abingdon: Routledge Cavendish, 2007.

BARROS JÚNIOR., Carlos Schmidt. *Compêndio de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1972, vol. 1.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Os Conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo*. São Paulo: Saraiva, 2017, 6ª Ed..

BAUMAN, Zygmunt. *Em Busca da Política*. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 2012, Ed. digital Kindle, pos. 2779 de 3972

BIM, Roberto e PITRUZZELLA, Giovanni. *Diritto Pubblico*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, 3ª Ed.

BLONDIAUX, Loic. *Le Nouvel Esprit de la Democratie*. Seuil: Paris, 2008.

BOLDRIN, Paulo Henrique Martinucci; SEVERI, Fabiana Cristina. *Desigualdades na Judicialização de Políticas Públicas: Um Estudo de Caso Sobre Demandas por Direito à Saúde Ajuizadas pela Defensoria do Estado de São Paulo, Regional de Ribeirão Preto*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Coord. MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo), 2016, p. 249.

- BONNARD, Roger. *Le Controle Juridictionnel de l'Administration*. Paris: Librairie Delagrave, 1934.
- BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. *O Princípio da Verdade Material no Processo Administrativo*. In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo* (Org. MEDAUAR, Odete e SCHIRATO, Vitor Rhein). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 193.
- BREWER-CARÍAS, Allan. *Algunos Aspectos del Control Judicial de la Discrecionalidad en Venezuela*. In: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*. Caracas: Universidad Monteávila, v. 8, 2016, p. 103.
- BREYER, Stephen; STEWART, Richard; SUNSTEIN, Cass e SPITZER, Matthew. *Administrative Law and Regulatory Policy*. Nova York: Aspen Publishers, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. *Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito*. Curitiba: Juruá Editora, 2007, 2ª Ed..
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Garantías constitucionales del procedimiento administrativo en los países del Mercosur. Sobre Derecho Administrativo*. Montevideu: Fundacion de Cultura Universitaria, 2007.
- CALAFELL, Jorge Enrique. *La Teoria del Acto Administrativo*. Cidade do México: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.
- CANANEA, Giacinto Della. *Administrative Rulemaking in Italy: Theories and Practice*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 247.
- CANANEA, Giacinto Della. *Droit de la Procédure Administrative: le "Modele" Italien*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 85.

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2002, 5ª Ed..
- CARINGELLA, Francesco. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Roma: Dike Giuridica, 2016.
- CARROLL, Alex. *Constitutional and Administrative Law*. Londres: Person Longman, 2007.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Atlas, 2016, 30ª Ed..
- CASSETTA, Elio. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2015.
- CASS, Ronald; DIVER, Colin; BEERMANN, Jack; FREEMAN, Jody. *Administrative Law: Cases and Materials*. Nova York: Wolters Kluwer, 2016, 7ª Ed..
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley, 2011, 10ª Ed.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El Principio de Legalidad y El Control Judicial de la Discrecionalidad Administrativa*. Buenos Aires: Editorial IBdef, 2016, p. 292.
- CASSESE, Sabino. *A Crise do Estado*. Campinas: Saberes Editora, 2010.
- CASSESE, Sabino. *Il Diritto Globale: Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Torino: Giulio Einaudi Editore, 2009.
- CASTELLS, Manuel. *Redes de Indignação e Esperança – Movimentos Sociais na Era da Internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- CASTRO, Augusto Olympio Viveiros de. *Tratado de Ciencia da Administração e Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Jacintho Riberto dos Santos, 1914.
- CAVALCANTI, Amaro. *Regime Federativo e República Brasileira*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1973.

- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.
- CHAPUS, René. *Droit Administratif Général*. Paris: Montchrestien, 2001.
- CHEVALLIER, Jacques. *Consultations Ouvertes et Participation du Public*. In: *Les Procédures Administratives* (Org. Association Française pour la Recherche em Droit Administratif - AFDA). Paris: Dalloz, 2015, p. 191.
- CHEVALLIER, Jacques. *L'État Post-Moderne*. Paris: LGDJ, 2008, 3ª Ed..
- CHRÉTIEN, Patrice; CHIFFLOT, Nicolas e TOURBE, Maxime. *Droit Administratif*. Paris: Sirey, 2016, p. 744.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegriani e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, 30ª Ed..
- CLARICH, Marcello. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Bolonha: Il Mulino, 2013.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Oligarquia Brasileira: Visão Histórica*. São Paulo: Contracorrente, 2017, edição digital Kindle, pos. 255 de 4048.
- CORSO, Guido. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Turim: G. Giapichelli Editore, 2015.
- COSCIONE, Milene Louise René. *A discricionariedade no processo decisório da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL*. Dissertação de Mestrado defendida em 07/05/2012. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-15032013-081703/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018.
- COUTINHO, Diogo. *O Direito nas Políticas Públicas*. In: *A Política Pública como Campo Multidisciplinar*. (Org. MARQUES, Eduardo; e FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de). São Paulo e Rio de Janeiro: Editora Unesp e Editora Fiocruz, 2013, v. 1, p. 181- 200.

CRETELLA JÚNIOR, José. *A Tridimensão da Discricionariade*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1975, vol.119, p. 33.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CRETELLA JÚNIOR, José. *O Mérito do Ato Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1965, vol. 79, p. 23.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRUZ, Alcides. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves & Cia, 1914.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. *A Juridicização da Discricionariade Administrativa*. Salvador: Editora Vercia, 2005.

DALLARI, Adilson de Abreu. *Desvio de Poder na Anulação de Ato Administrativo*. In Revista Eletrônica de Direito do Estado, nº 7, 2006: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=128> consultado em 13/05/2018.

DANIEL, Juliana Maia. *O mínimo existencial no controle jurisdicional de políticas públicas*. Dissertação de Mestrado defendida em 14/06/2013. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-23112016-083805/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018.

DANTAS, Santiago. *Problemas de Direito Positivo: Estudos e Pareceres*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, p. 48-51.

DE BARROS, Laura Mendes Amando. *Auditoria Democrática: Instrumento de Controle Social na Administração Pública Brasileira*. Dissertação de Doutorado defendida em 13/11/2017. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 2002.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, 29ª Ed.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2012, 3ª Ed..
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *O que Sobrou da Discricionariedade Administrativa? Reflexões Sobre o Controle da Administração e a Judicialização das Políticas Públicas*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Coord. MARRARA, Thiago e GONZÁLEZ, Jorge Agudo), 2016, p. 167.
- DIAZ, Eduardo Gutiérrez. *La evaluación de las políticas públicas*. In: *Teoría y Práctica de las Políticas Públicas* (Org. ALBALADEJO, Gema Pastor). Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 101.
- DIEZ, Manuel María. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Tipografica Editora Argentina, 1961, 2ª Ed..
- DIEZ, Manuel María. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editora Plus Ultra, 1991, 6ª Ed..
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1993, 3ª Ed..
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Escopos Políticos do Processo*. In: *Participação e Processo* (Org. GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel e WATANABE, Kazuo). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- DROMI, José Roberto. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- DUARTE, David. *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*. Coimbra: Almedina, 2006.
- DUARTE, David. *Procedimentalização, Participação e Fundamentação: para uma Concretização do Princípio da Imparcialidade Administrativa como Parâmetro Decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.
- DUDLEY, Susan; BRITO, Jerry. *Regulation: A Primer*. Arlington: Mercatus Center, 2012, 2ª Ed., Edição digital, Kindle.

- DUGUIT, Léon. *Traité de Droit Constitutionnel*. Paris: Ancienne Librairie Fontemoing & C Editeurs, 1923, v. 2.
- DWORKIN, Ronald. *A Matter of Principle*. Cambridge: Harvard University Press, 2000, 9ª Ed.,
- EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2014 (reprodução da edição de 1957-1958).
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDES, Thomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, tradução da 16ª Ed., v. 1.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *Conceito de Mérito no Direito Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 1951, v. 23, p. 1.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967.
- FALCÃO, Valdirene Ribeiro de Souza. *O Tribunal de Contas e o Controle de Constitucionalidade: uma Releitura da Súmula 347 do Supremo Tribunal Federal*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 197.
- FALLA, Fernando Garrido. *Tratado de Derecho Administrativo*. Madri: Editorial Tecnos, 1989, 11ª Ed..
- FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do Mérito do Ato Administrativo pelo Judiciário*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.
- FARRERES, Germán Fernández. *Sistema de Derecho Administrativo I*. Madri: Civitas, 2016, 3ª Ed..
- FARRERES, Germán Fernández. *Sistema de Derecho Administrativo II*. Madri: Civitas, 2016, 3ª Ed..
- FAVOREU, Louis; GAIA, Patrick; GHEVONTIAN, Richard; MESTRE, Jean-Louis; PFERSMANN, Otto; ROUX, André; SCOFFONI, Guy. *Droit Constitutionnel*. Paris: Dalloz, 2015.

- FERNANDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editorial Mcgraw Hill, 1997.
- FERNANDEZ, Tomas Ramón. *De la Arbitrariedad de la Administracion*. Madri: Civitas, 1997, 2ª Ed..
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Constituição e Governabilidade*. São Paulo: Saraiva, 1995
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão. *Código do Procedimento Administrativo anotado e com jurisprudência do STA desde o ano 2000*. Lisboa: Livraria Petrony, 2011.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ato Administrativo e Devido Processo Legal*. São Paulo: Editora Max Limonad, 2001.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, 6ª Ed..
- FIORINI, Bartolomé. *La Discrecionalidad en la Administracion Publica*. Buenos Aires: Editorial Alfa, 1948.
- FRAGA, Gabino. *Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editora Porrúa, 1968, 12ª Ed..
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Estrutura e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2013, 5ª Ed;
- FRIER, Pierre-Laurent e PETIT, Jacques. *Droit Administratif*. Paris: LGDJ, 2013.
- FROMONT, Michel. *Introdução ao livro: Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016.
- FRUGONE SCHIAVONE, Héctor. *La Discrecionalidad Administrativa*. Montevideo: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Sociales, 1982, v. 26, Janeiro-Junho, p.77.

GASPARI, Elio. *A Ditadura Encurralada*. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2004.

GÉRANDO, Joseph-Marie. *Institutes de Droit Administratif Français*. Paris: Chez Nêve, 1829, tomo 1, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k58130308?rk=42918;4> ;

GIANNINI, Massimo Severo. *Il Potere Discrezionale della Pubblica Amministrazione*. Milão: Giuffrè, 1939;

GIANNINI, Massimo Severo. *Istituzioni di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 2000, 11ª Ed..

GIRARD, Anne-Laure. *La Formation Historique de la Théorie de l'Acte Administratif Unilatéral*. Paris: Dalloz, 2013.

GOMES, Emerson Cesar da Silva. *Responsabilidade Financeira: uma teoria sobre a responsabilidade no âmbito dos tribunais de contas*. Dissertação de Mestrado defendida em 24/04/2009. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-26092011-093734/pt-br.php>, consultado em 10/02/2018.

GONOD, Pascale. *Les Procédures Administratives Rapport de Synthèse*. In: *Les Procédures Administratives* (Org. Association Française pour la Recherche en Droit Administratif - AFDA). Paris: Dalloz, 2015, p. 293 - 303.

GONZÁLEZ, Rocío Navarro. *La Motivación de los Actos Administrativos*. Espanha: Editorial Aranzadi, 2017.

GORDILLO, Agustín. *The Future of Latin America: Can the EU Help?* Londres: Esperia Publications Ltd., 2003.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. I.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995, t. III.

GRAU, Eros Roberto. *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 1996.

- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a Processualidade*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Novas Tendências do Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Controle de Políticas Públicas pelo Judiciário*. In: Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Rio de Janeiro, 2008, v. 32/33, p. 39.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Desvio de Poder em Atos Administrativos*. In: *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro* (Org. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago). São Paulo: Editora Atlas, 2013.
- GUALAZZI, Eduardo. *Regime Jurídico dos Tribunais de Contas*. São Paulo: Revista do Tribunais, 1992, p. 217-218.
- GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, Regulação e Reflexividade*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, 4ª Ed.
- GUICHOT, Emilio. *Caractères Essentiels du Droit Espagnol de la Procédure Administrative*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 37-46.
- GUZMÁN NAPURI, Christian. *Procedimiento Administrativo, Procedimientos Internos, Actos Administrativos, Actos de Administración Interna*. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/284172590/PROCEDIMIENTO-ADMINISTRATIVO-PROCEDIMIENTOS-INTERNOS-ACTOS-ADMINISTRATIVOS-ACTOS-DE-ADMINISTRACION-INTERNA-GUZMAN-NAPURI#scribd>, consultado em 06/05/2018;
- HACHEM, Daniel Wunder. *Controle Judicial do Silêncio Administrativo e a Atribuição de Efeitos Positivos como Alternativa à Judicialização*. In: *Controles da Administração e Judicialização de Políticas Públicas* (Org. MARRARA, Thiago e AGUDO GONZÁLEZ, Jorge). São Paulo: Almedina, 2016, p. 209.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*. Paris: Dalloz, 2002. Fac-sím. da 12ª Ed. de 1933.

HAURIOU, Maurice. *Précis de Droit Administratif Contenant le Droit Public et le Droit Administratif*. Edição fac-similar da 1ª Ed. de 1893: Library of the University of Michigan.

HUTCHINSON, Tomás. *Tratado Jurisprudencial y Doctrinario*. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía, 2010.

ISSA, Rafael Hamze. *O Controle Judicial dos Atos Normativos das Agências Reguladoras*. Dissertação de Mestrado defendida em 26/02/2015. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-16062015-154504/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018.

JANSEN, Nils. *Los Fundamentos Normativos de la Ponderación Racional en el Derecho*. In: *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jan). Madri: Marcial Pons, 2011, p. 51.

JANSEN, Oswald. *Silence of the Administration: General Comments and Dutch Law*. In: *Droit compare de la procedure administrative*. Comparative Law of Administrative Procedure. (Org. AUBY, Jeand-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016, p. 623.

JEFFERSON, Thomas. *The Writings os Thomas Jefferson: Correspondence, Reports and Opinions while Secretary of State*. Miami: HardPress, 2017 (Reed. do original de 1854), edição eletrônica Kindle, pos. 2921 de 10767.

JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2005 (fac-símile da 3ª Ed. de 1925), tomo 1.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

KRELL, Andreas. *Discrecionalidade Administrativa e Conceitos Legais Indeterminados*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LACHAUME, Jean-François; PAULIAT, Hélène; BRACONNIER, Stéphane e DEFFIGIER, Clotilde. *Droit Administratif, Les Grandes Décisions de la Jurisprudence*. Paris: PUF, 2014, 16ª Ed..

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la Jurisdiction Administrative et des Recours Contentieux*. Paris: Berger-Levrault, 1887, tomo 1, p. 6, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bp-t6k5728025j?rk=21459;2>. Todas as edições digitais aqui citadas foram consultadas em 18/07/2017.

LEAL, Victor Nunes. *Poder discricionário da administração - Abuso desse poder - Mandado de segurança - Direito líquido e certo*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo, 1948, v. 14, outubro.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e Discricionariedade*. São Paulo: RCS Editora, 2006.

LIMA, Josy. *Estado de Exceção na Primeira República: Notas sobre o Desterro dos Indesejáveis (Parte I)*. In: <https://tecituras.wordpress.com/2010/04/10/estado-de-sitio-na-primeira-republica-notas-sobre-o-desterro-dos-indesejaveis/>. Consultado em 18/07/2017.

LIMA, Ruy Cirne. *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1982.

LINARES, Juan Francisco. *Poder Discrecional Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.

LOMBARD, Martine; DUMONT, Gilles e SIRINELLI, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2013.

LÓPEZ MENUDO, Francisco. *Prólogo*. In: *La Nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (Org. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto). Madri: Wolters Kluwer, 2016.

LUQUI, Roberto Enrique. *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2005, v.1..

MACAREL, Louis-Antoine. *Cours D'Administration et de Droit Administratif*. Paris: Librairie de Jurisprudence de Henri Plon, 1856, edição digital In: <http://cujas-num.univ-paris1.fr/ark:/45829/pdf0608080905> e

MARIN HERNANDEZ, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Ed.Universidad Externado de Colombia, 2007.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo e PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Os Sete Impasses do Controle da Administração Pública no Brasil*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017, p. 21.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Agências Reguladoras Independentes*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discrecionariiedade Administrativa e Controle Judicial da Administração*. In: *Boletim de Direito Administrativo*, v. 6, 2002, p 460-464.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARRARA, Thiago; e GONZÁLEZ, Jorge Agudo (Org.). *Controles da Administração e Judicialização de políticas públicas*. São Paulo: Almedina, v 1; 2016;

MASAGÃO, Mario. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1977.

MASHAW, Jerry. *Creating the Administrative Constitution – The Lost One Hundred Years of American Administrative Law*. New Haven: Yale University Press, 2012, edição edital Kindle, pos. 178 de 11618.

MASHAW, Jerry; MERRIL, Richard; SHANE, Peter. *Administrative Law the American Public Law System*. St. Paul: West Publishing, 1992.

MATOS, Hebe. *A vida política*. In: *Abertura para o Mundo: 1889-1930* (Coord.: SCHWARCZ, Lilia Moritz). Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., v.3, 2012.

MAURER, Hartmut. *Derecho Administrativo Parte General*. Madri: Marcial Pons, 2011.

MEDAUAR, Odete. *A Processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Belo Horizonte: Editora Fórum, 2018.
- MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro* (Atualizado por Délcio Balestero ALEIXO e José Emmanuel BURLE FILHO). São Paulo: Malheiros, 2013, 39ª Ed..
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, 12ª Ed..
- MEJIAS, Lucas Britto. *Relação entre Busca pela Verdade, Deveres Instrutórios do Juiz e Regras de Atribuição de Ônus Probatório*. In: *Garantismo Processual* (Org. BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CINTRA, Lia Carolina Batista e EID, Elie Pierre. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016
- MENDES DE ALMEIDA, Fernando. *Noções de Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 1956.
- MENDONÇA, Francisco Maria de Souza Furtado de. *Direito Administrativo Pátrio*. São Paulo: Henrique Schroeder, 1865.
- MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1950, vol. I.
- MENEGALE, J. Guimarães. *Direito Administrativo e Ciência da Administração*. Rio de Janeiro, Borsoi, 1950, vol. II.
- MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Formação da Teoria do Direito Administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- MERKL, Adolfo. *Teoría General del Derecho Administrativo*. Granada: Comares, 2004.
- MERLOTTO, Nara Carolina. *A Atuação do Tribunal de Contas da União Sobre as Agências Reguladoras: Entre a Independência e o Controle*. Dissertação de Mestrado defendida em 10/04/2018. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado.

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. *A Recusa de Aplicação de Regulamentos pela Administração com Fundamento em Invalidez*. Coimbra: Almedina, 2012.

MORA RUIZ, Manuela. *Iniciativa Legislativa y Postestad Reglamentaria. Disposición Derogatória*. In: *La Nueva Ley del Procedimiento Administrativo Común* (Org. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto). Madri: Wolters Kluwer, 2016.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Droit Administratif*. Paris: Montchrestien, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014, 16ª Ed..

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade. Novas Reflexões Sobre os Limites e Controle da Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1991, 2ª Ed..

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Relações entre Poderes e Democracia*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

MOREIRA, Vital. *Administração Autônoma e Associações Públicas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

MORENO, Fernando Sainz. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionalidad Administrativa*. Madri: Editorial Civitas, 1976.

MORENO, Maís. *A Participação do Administrado no Processo de Elaboração dos Contratos de PPP*. Dissertação de Mestrado defendida em 01/04/2016. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08082016-161204/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018.

MORÓN DOMÍNGUEZ, Benjamín Israel. *La Necesidad del Control de la Administración en el Estado de Derecho. El Sistema de Control en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012.

MORON URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica S.A, 2001.

- MURILLO MENA, Jessica. *Las Facultades Discrecionales em El Estado Social de Derecho Colombiano: una Aproximación a la Discrecionalidad Técnica desde la Doctrina y la Jurisprudencia*. Bogotá: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario Facultad de Jurisprudencia, 2014.
- NASCIMENTO, Luiz Alberto do. *O déficit democrático do controle judicial de políticas públicas*. Dissertação de Mestrado defendida em 14/06/2013. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-10012014-162134/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018.
- NAVARRO GONZÁLEZ, Rocío. *La Motivación de los Actos Administrativos*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2017.
- NIVOLA, Pietro. *Comparative Disadvantages: Social regulations and the global economy*. Washington D.C.: The Brookings Institution, 1997.
- NOHARA, Irene Patrícia e MARRARA, Thiago. *Processo Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- NOHARA, Irene Patrícia. *Novos contornos da autocontenção judicial: discricionariedade nas fronteiras da judicialização*. In: *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em Homenagem ao Centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)* (Org. WALD, Arnaldo; JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar Augusto GUIMARÃES). São Paulo: Malheiros, 2017.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula e DIAS, José Eduardo Figueiredo. *Noções Fundamentais de Direito Administrativo*. Coimbra: Almedina, 2015, 4ª Ed..
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de; SOUSA, Otavio Augusto Venturini. *Controladoria-Geral da União: uma agência anticorrupção? In: Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.
- OLIVEIRA, José Rubino de. *Epítome de Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Leroy King Bookwalter, 1884.
- OLIVERA TORO, Jorge. *Manual de Derecho Administrativo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1976, 4ª Ed..

ORLANDO, Vittorio Emanuele. *Principi di Diritto Amministrativo*. Florença: G. Barbèra Editore, 1891.

PACHECO, Clarissa Dertonio de Sousa. *O Controle Jurisdicional do Silêncio Administrativo*. Dissertação de Mestrado defendida em 15/12/2008. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-23022012-131518/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi. *Atividade Normativa da Administração Pública. Estudo do Processo Administrativo Normativo*. Dissertação de Doutorado defendida em 16/05/2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-18052017-131051/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018.

PARADA, Ramón. *Derecho Administrativo I - Parte General*. Madrid: Marcial Pons, 2010, 18ª Ed., v. II.

PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários*. Campinas: Servanda Editora, 2010.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREZ, Marcos Augusto. *A Administração Pública Democrática*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004, p. 58 e

PEREZ, Marcos Augusto. *Controle da Discricionariedade Administrativa*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

PEREZ, Marcos Augusto. *Retrospectiva 2017: Cenário é desolador, mas houve uma boa notícia para o Direito Administrativo*. In: <https://www.conjur.com.br/2018-jan-04/cenario-desolador-houve-boa-noticia-direito-administrativo>, 2018, consultado em 10/05/2018.

PHILIPPE, Xavier. *Le Contrôle de Proportionnalité dans les Jurisprudences Constitutionnelle et Administrative Françaises*. Marseille: Economica, 1990.

- PIERCE, Richard; SHAPIRO, Sidney; VERKUIL, Paul. *Administrative Law and Process*. Nova York: Foundation Press, 1999.
- PINTO, Júlio Pimentel. *Campos Salles: A Arquitetura da Primeira República*. In: SALLES, Campos. *Manifestos e Mensagens: 1898 – 1902*. São Paulo: FUNDAP, 2007.
- PIO, Nuno Roberto Coelho. *Participação e Controle Social da Administração Pública: Regime Jurídico dos Conselhos de Políticas Públicas*. Dissertação de Mestrado defendida em 23/02/2018. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Trabalho ainda não publicado.
- PIRES, Gabriel Lino de Paula. *Ministério público e controle da administração pública: enfoque sobre a atuação extrajudicial do Parquet*. Dissertação de Mestrado defendida em 03/06/2014. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-12122014-131541/pt-br.php> , consultado em 16/05/2018.
- POSNER, Eric; ADLER, Matthew (Org.). *Coast-Benefit Analysis. Legal, Economic and Philosophical Perspectives*. Chicago: The University of Chicago Press, 2000.
- POUND, Roscoe. *Administrative Law: Its Growth Procedure and Significance*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 1942.
- PULIDO, Carlos Bernal. *Es la Ponderación Irracional y Contraria al Principio Democrático? Una Discusión sobre la Teoría de los Derechos Fundamentales como Principios en el Contexto de España*. In. *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jan-R.). Madri: Marcial Pons, 2011.
- RANELLETTI, Oreste. *Principi di Diritto Amministrativo*. Napoli: Luigi Piero Editore, 1912.
- REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro*. Recife: Geraldo Henrique Mira & Co., 1860.
- REIS, Aarão. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Villas Boas & C., 1923.

REYES RIVEROS, Jorge. *Invalidación y Nulidad de los Actos Administrativos*. Santiago: Lexis Nexis, 2006.

RIBAS, Antonio Joaquim. *Direito Administrativo Brasileiro*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1968 – reimpressão da Edição de 1861.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. *Valoração do Merecimento para fins de progressão na carreira: Discricionariedade?* In: *Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro* (Org. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago). São Paulo: Editora Atlas, 2013.

RIBEIRO, Carlos Vinícius. *Ações Estatais Restritivas de Direitos Individuais em Benefício dos Próprios Titulares*. Dissertação de Doutorado defendida em 08/04/2015. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado.

RICCI, Jean-Claude. *Droit Administratif*. Paris: Hachette, 1996.

RIVERO, Jean. *A Propos des Métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui*. In: *Pages de Doctrine* (Org. LAUBADERE, Andre de; MATHIOT, André; RIVERO, Jean; VEDEL, Georges). Paris: LGDJ, 1980.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira da. *O Controle Jurisdicional das Decisões dos Tribunais de Contas*. In: *Revista da Faculdade de Direito, São Paulo: PUCSP*, 2016, v. 1.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Derecho Administrativo y Derechos Sociales Fundamentales*. Sevilha: Global Law Press, 2015.

ROSANVALON, Pierre. *Le Parlement des Invisibles*. Paris: Seuil, 2014.

ROSILHO, André Janjácomo. *Controle da Administração Pública pelo Tribunal de Contas da União*. Dissertação de Doutorado defendida em 08/04/2016. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, In: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-08022017-165131/pt-br.php>, consultado em 16/05/2018.

ROSSI, Giampaolo. *Principi di Diritto Amministrativo*. Turim: G. Giappichelli Editore, 2015.

- RUBIM, Thiago Freitas. *Judicialização de políticas públicas: visão do tratamento do mínimo existencial, da reserva do possível e da razoabilidade na jurisprudência brasileira*. Dissertação de Mestrado defendida em 22/05/2017. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Trabalho ainda não publicado.
- RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005.
- RYAN, Mark. *Unlocking Constitutional & Administrative Law*. Londres: Hodder Arnold, 2007.
- SAAD, Amauri Feres. *Do Controle da Administração Pública*. São Paulo: IASP, 2017.
- SADDY, André. *Discricionariedade Administrativa nas Normas Jurídicas em Abstrato*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- SANDEL, Michael. *Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General II*. Madri: Iustel, 2016, 4ª Ed.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General I*. Madri: Iustel, 2016, 4ª Ed.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. *A Democracia Impedida*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, edição digital Kindle, pos. 731 de 3024.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *O processo administrativo como instrumento do Estado de Direito e da Democracia*. In: *Atuais Rumos do Processo Administrativo*. (Org. SCHIRATO, Vitor Rhein; e MEDAUAR, Odete). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SCHWARTZ, Bernard. *Administrative Law*. Nova York: Aspen Publishers, 1991, 3ª Ed.
- SERRIGNY, Denis. *Traité de L'Organisation de la Compétence et de la Procédure en Matière Contentieuse Administrative*. Paris: Aug. Durand, 1863, edição digital In: <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k64788648.r>; SILVA CIMMA, Enrique. *Derecho Administrativo y Comparado Introducción y Fuentes*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto e MIRANDA, Iúlian. *A Discricionariedade Administrativa em Face do Princípio da Eficiência*. In: Revista da Procuradoria-Geral do Município de Belo Horizonte, 2012, v. 05.

SILVA, Cristiana Maria Fortini Pinto; PEREIRA, Maria Fernanda Pires de Carvalho; CAMARÃO, Tatiana Martins da Costa. *Processo Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, 2ª Ed..

SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da. *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. *O Proporcional e o Razoável*. In: Revista dos Tribunais, v. 798, 2002.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Teoría de Los Principios, Competencias para la Pondecación y Separación de Poderes*. In: *La Teoría Principialista de los Derechos Fundamentales* (Org. SIECKMANN, Jean-R). Madri: Marcial Pons, 2011.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo: Temas Fundamentales*. Santiago: Legal Publishing, 2010, 2ª Ed..

SOUZA SANTOS, Boaventura. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Em Busca de uma Administração Pública de Resultados*. In: *Controle da Administração Pública* (Org. PEREZ, Marcos Augusto e SOUZA, Rodrigo Pagani de). Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Importância do Procedimento Administrativo*. In: RDP (Revista de Direito Público), nº 84. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. São Paulo: Malheiros, 2014, 2ª Ed..

SUNDFELD, Carlos Ari. *Motivação do Ato Administrativo como Garantia dos Administrados*. In: Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985, nº 75/julho-setembro;

- SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo e Procedimento Administrativo no Brasil*. In: *A Leis de Processo Administrativo* (Org. SUNDFELD, Carlos Ari e ANDRÉS MUÑOZ, Guillermo). São Paulo: Malheiros, 2000.
- SUNSTEIN, Cass. *Free Markets and Social Justice*. Nova York: Oxford University Press, 1997.
- SUNDFELD, Carlos Ari e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *O projeto de lei que altera atribuições dos órgãos de controle será benéfico para a administração pública? SIM*. Folha de São Paulo: Opinião, 21/04/2018. In <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/04/o-projeto-de-lei-que-altera-atribuicoes-dos-orgaos-de-controle-sera-benefico-para-a-administracao-publica-sim.shtml>, consultado em 27/05/2018
- SUNSTEIN, Cass. *Radicals in Robes*. Nova York: Basic Books, 2005.
- TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 106.
- TÁCITO, Caio. *O Abuso de Poder Administrativo no Brasil. Conceito e Remédios*. Rio de Janeiro: DASP, 1959.
- TORRES, Heleno Taveira. *Segurança Jurídica e Limites do Âmbito de Aplicação do Princípio da Proporcionalidade*. In: *Direito e Administração Pública. Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella Di Pietro* (Org. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de; NOHARA, Irene Patrícia; MARRARA, Thiago). São Paulo: Atlas, 2013, p.132-144.
- TOURINHO, Rita. *Discricionariedade Administrativa*. Curitiba: Juruá Editora, 2009, 2ª Ed.
- URUGUAY, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Tipografia Nacional, 1862.
- VAL, Eduardo Manuel e MOURA, Emerson. *Contributos para um Direito Administrativo Latino-Americano: O Papel de Augustín Gordillo nas Críticas das Categorias Fundamentais*. In: *Revista Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017, v. 10, nº 2.

- VALENTE, Patricia Pessôa. *Análise de impacto regulatório: uma ferramenta à disposição do Estado*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013, p. 149-150.
- VALLE, J. Rodrigues. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho Editor, 1941.
- VASCONCELLOS, José Mattos. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1937.
- VEDEL, Georges e DELVOLVE, Pierre. *Le Système Français de Protection des Administrés contra l'Administration*. Paris: Sirey, 1991.
- VELASCO RICO, Clara. *La Participation à l'Élaboration des Règlements Administratifs: Le Cas Espagnol*. In: *Droit Comparé de la Procédure Administrative* (Org. AUBY, Jean-Bernard). Bruxelas: Bruylant, 2016.
- VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle de Constitucionalidade e Ativismo Judicial*. In: *Constituição e Política na Democracia* (Org. WANG, Daniel Wei Liang). São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- VILLATA, Riccardo. *La Trasparenza Dell'Azione Amministrativa*. In: *Scritti di Giustizia Amministrativa*. Milão: Giuffrè, 2015.
- WADE, William; FORSYTH, Christopher. *Administrative Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- WALINE, Jean. *Droit Administratif*. Paris: Dalloz, 2014, 25ª Ed...
- WEBER, Max. *Ciência e Política Duas Vocações*. São Paulo: Cultrix, 2011, 18ª Ed., edição digital Kindle, pos. 829 de 2103.
- WOOD, Gordon; TRIBE, Laurence; GLENDON, Mary; DWORKIN, Ronald. *A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law. An Essay by Antonin Scalia* (Org. GUTMANN, Amy). Princeton: 1997.
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè Editore, 1958, v.1, 5ª Ed..
- ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1947, v. 2, 8ª Ed..

Legislação Referida

Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824.

Lei nº 16, de 12 de agosto de 1834. *Faz algumas alterações e adições à Constituição Política do Império, nos termos da Lei de 12 de outubro de 1832 (Ato Adicional).*

Lei nº 234, de 23 de novembro de 1841. *Criado um Conselho de Estado.*

Decreto nº 124, de 5 de fevereiro de 1842. *Regimento provisório do Conselho de Estado.*

Decreto nº 2343, de 29 de janeiro de 1859. *Faz diversas alterações nos Decretos nº 736, de 20 de novembro de 1850, e no Decreto nº 870, de 22 de novembro de 1851.*

Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. *Organiza a Justiça Federal.*

Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891.

Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894. *Completa a organização da Justiça Federal da República.*

Decreto-lei nº 3.365, de 21 de junho de 1941. *Dispõe sobre desapropriações por utilidade pública.*

Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. *Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro.*

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 18 de setembro de 1946.

Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. *Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento.*

Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. *Regula a ação popular.*

Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências.*

Decreto-lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. *Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências.*

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988.

Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. *Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências.* (Lei de Improbidade Administrativa).

Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992. *Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências.*

Decreto nº 32.329, de 23 de setembro de 1992. *Regulamenta a Lei 11.228, de 25 de junho de 1992 - Código de Obras e Edificações, e dá outras providências* (Município de São Paulo).

Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.*

Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.*

Lei Complementar nº 33, de 26 de dezembro de 1996. *Institui o Código de Organização e de Procedimento da Administração Pública do Estado de Sergipe.*

Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997. *Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.*

Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997. *Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data.*

Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998. *Dispõe sobre a qualificação de entidades como organizações sociais, a criação do Programa Nacional de Publicização, a extinção dos órgãos e entidades que menciona e a absorção de suas atividades por organizações sociais, e dá outras providências.*

Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. *Modifica o regime e dispõe sobre princípio e normas da Administração Pública, Servidores e Agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências.*

Lei nº 10.177, de 30 de dezembro de 1998. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de São Paulo.*

Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.*

Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. *Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.*

Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000. *Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências.*

Lei nº 11.781, de 6 de junho de 2000. *Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de Pernambuco.*

Lei nº 6.161, de 26 de junho de 2000. *Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual de Alagoas.*

Lei nº 13.800, de 18 de janeiro de 2001. *Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública do Estado de Goiás.*

Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. *Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes, e dá outras providências.*

Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. *Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.*

Lei nº 2.834, de 7 de dezembro de 2001. *Recepção a Lei Federal nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 (no âmbito do Distrito Federal).*

Decreto nº 4.122, de 13 de fevereiro de 2002. *Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, e dá outras providências.*

Decreto nº 4.130, de 13 de fevereiro de 2002. *Aprova o Regulamento e o Quadro Demonstrativo dos Cargos Comissionados e dos Cargos Comissionados Técnicos da Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, e dá outras providências.*

Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003. *Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.*

Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005. *Dispõe sobre normas gerais de contratação de consórcios públicos e dá outras providências.*

Lei nº 14.141, de 27 de março de 2006. *Dispõe sobre o processo administrativo na administração pública municipal (São Paulo).*

Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006. *Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.*

Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. *Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.*

Lei nº 14.614, de 7 de dezembro de 2007. *Altera a Lei nº 14.141, de 27 de março de 2006, que dispõe sobre o processo administrativo na Administração Pública Municipal, para o fim de disciplinar o procedimento para anulação de atos administrativos, nas condições que especifica (São Paulo).*

Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009. *Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências.*

Lei nº 12.120, de 15 de dezembro de 2009. *Altera os arts. 12 e 21 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 - Lei de Improbidade Administrativa.*

Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. *Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências.*

Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; (...).*

Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012. *Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nos 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nos 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências.*

Lei nº 12.846, 1 de agosto de 2013. *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.*

Lei nº 5.806, de 16 de abril de 2014. *Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública municipal (Cuiabá).*

Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014. *Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE e dá outras providências.*

Lei nº 13.019, de 31 de julho de 2014. *Estabelece o regime jurídico das parcerias entre a administração pública e as organizações da sociedade civil, em regime de mútua cooperação, para a consecução de finalidades de interesse público e recíproco, mediante a execução de atividades ou de projetos previamente estabelecidos em planos de trabalho inseridos em termos de colaboração, em termos de fomento ou em acordos de cooperação; define diretrizes para a política de fomento, de colaboração e de cooperação com organizações da sociedade civil; e altera as Leis nos 8.429, de 2 de junho de 1992, e 9.790, de 23 de março de 1999*

Lei nº 1.997, de 18 de junho de 2015. *Regula o processo administrativo no âmbito da administração pública municipal, e estabelece outras providências (Manaus).*

Lei Complementar nº 790, de 10 de fevereiro de 2016. *Estabelece normas gerais para o processo administrativo no âmbito da Administração Municipal direta e da Administração Municipal indireta e normas especiais para a constituição de dívida não tributária no município de Porto Alegre (...).*

Lei nº 13.300, de 23 de junho de 2016. *Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências.*

Lei nº 9.861, de 30 de junho de 2016. *Regula o Processo Administrativo no âmbito da Administração Pública Municipal (Goiânia).*

Lei Complementar nº 157, de 29 de dezembro de 2016. *Altera a Lei Complementar no 116, de 31 de julho de 2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a Lei no 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), e a Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990, que “dispõe sobre critérios e prazos de crédito das parcelas do produto da arrecadação de impostos de competência dos Estados e de transferências por estes recebidos, pertencentes aos Municípios, e dá outras providências”.*

Lei nº 13.502, 1 de novembro de 2017. *Estabelece a organização básica dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios; altera a Lei no 13.334, de 13 de setembro de 2016; e revoga a Lei no 10.683, de 28 de maio de 2003, e a Medida Provisória no 768, de 2 de fevereiro de 2017.*

Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. *Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.*

Sítios Consultados

Associação dos Magistrados Brasileiros. *O uso da justiça e o litígio no Brasil, 2015*. In: <https://www.conjur.com.br/dl/uso-justica-litigio-brasil-pesquisa-amb.pdf>. Acesso em 11/05/2018.

CÂMARA DE DEPUTADOS. *Bancada Atual de Deputados*. In: <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-atual>. Consultado em 10/05/2018.

CÂMARA DE DEPUTADOS. *Bancada da Eleição de 2014 para Deputado Federal (Titulares)*. In: <http://www2.camara.leg.br/deputados/pesquisa/bancadas/bancada-na-eleicao>. Consultado em 10/05/2018.

CONGRESSO NACIONAL. *Annaes do Senado Federal. Primeira sessão da primeira legislatura. Sessões de 16 de outubro a 3 de novembro de 1891*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892, volume IV, p. 10 e 133. In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1891/1891%20Livro%205.pdf. Consultado em 19/07/2017.

CONGRESSO NACIONAL. *Annaes do Senado Federal. Primeira sessão da primeira legislatura. Sessões de 16 de outubro a 3 de novembro de 1891*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1892, volume V, p. 126. In: http://www.senado.leg.br/publicacoes/anais/pdf-digitalizado/Anais_Republica/1891/1891%20Livro%206.pdf. Consultado em 19/07/2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *100 Maiores Litigantes, 2012*. In: http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf. Consultado em 11/05/2018.

SENADO FEDERAL. *Senadores da 54ª Legislatura (2011 - 2015)*. In: <https://www25.senado.leg.br/web/senadores/legislaturas-antiores/-/a/54/por-partido>. Consultado em 10/05/2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Audiências Públicas realizadas pelo STF. In: <http://www.stf.jus.br/portal/audienciaPublica/audienciaPublica.asp?tipo=realizada>. Consultado em 11/05/2018.

THE WHITE HOUSE, OFFICE OF THE PRESS SECRETARY. *Executive Order 13563 -- Improving Regulation and Regulatory Review*. In: <https://obamawhitehouse.archives.gov/the-press-office/2011/01/18/executive-order-13563-improving-regulation-and-regulatory-review>. Consultado em 10/05/2018.