

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO
ADMINISTRATIVO

Livian Lorenz de Miranda

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Direito Administrativo

2021

UNIVERSIDADE DE LISBOA
Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO
ADMINISTRATIVO

Livian Lorenz de Miranda

Dissertação de Mestrado

Mestrado em Direito e Prática Jurídica
Direito Administrativo

Orientadora: Professora Doutora Ana Fernanda Neves

2021

Agradecimentos

A presente dissertação de mestrado não seria possível sem a condução do Pai, que em sua magnitude permitiu realizar este sonho.

A caminhada não foi sozinha, contei com o apoio de várias pessoas.

Em primeiro lugar, não posso deixar de externar eterna gratidão à minha orientadora Professora Doutora Ana Fernanda Neves, pela paciência, pelo empenho em me ajudar mesmo quando eu estava longe, pela solicitude e por compartilhar comigo sua sabedoria, somando enormemente para este trabalho. Muito obrigada por ter me corrigido quando necessário sem nunca me desmotivar.

Desejo igualmente agradecer a todos os meus colegas de Mestrado. Aos amigos de faculdade Anne Manuela, Luiz Quintella e Sandrei Almeida, que foram verdadeiros presentes que ganhei neste caminhar difícil.

Por fim, gostaria de agradecer meus familiares e amigos pelo apoio incondicional, incentivo e torcida.

Em especial, meu muito obrigada àquela que mesmo antes de me conhecer já me amava, e, foi por esse amor que eu busco ser alguém melhor todos os dias. Minha mãe, minha razão de viver, agradeço por estar ao meu lado sempre e ser minha fonte de inspiração. Tudo foi, é, e será sempre por você! Te amo!

Resumo

A discricionariedade é matéria inegavelmente muito debatida dentro da ciência do Direito Administrativo, e de outro modo não poderia deixar de ser, pois quando se analisa a discricionariedade imediatamente se questiona a respeito da (in)sindicabilidade pelo órgão que detenha competência.

Ao Poder Judiciário, órgão que desempenha o essencial papel de prestação da tutela jurisdicional do Estado, impondo seu poder-derver de coibir atos que atentam ao Direito, assume posição de órgão controlador das atividades públicas, e assim sendo, lhe compete função de revisão dos atos administrativos.

O controle judicial dos atos administrativos desempenhado nos dias atuais foi estruturado através de um longo processo histórico, político e sociológico que contribuiu significativamente para a dogmática em torno da atividade estatal, que fomenta tanto a Administração Pública, quanto o seu controle.

Embora tenha evoluído grandemente e adotado uma postura consciente da essencialidade do controle judicial sobre os atos administrativos, a atividade não é exercida de maneira absoluta, e encontra impasse no tocante à sindicância do mérito do ato administrativo.

Este trabalho pretende abordar o fundamento a ser extraído do sistema jurídico que viabiliza o exercício pleno do controle judicial da atividade estatal, em especial, o mérito do ato administrativo.

Para tanto, é necessária uma abordagem sobre como se desenvolveu as bases originárias da Administração Pública e de que forma se solidificou com a atual

concepção, além de explicar como se desenvolveu a ideologia do sistema jurídico para definir o Poder Judiciário como órgão a exercer o controle sobre as atividades estatais.

A exposição pretende demonstrar que o controle judicial do mérito do ato administrativo encontra amparo legal e jurídico, além de incentivar a reflexão para ressignificar a atividade estatal, pois não há razão que justifique as amarras no seu controle.

Palavras-chave: Discricionariedade; Ato Administrativo; Mérito Administrativo; Controle de Mérito; Direito Administrativo.

Abstract

The discretion is undeniably a matter of much debate within the science of Administrative Law, and otherwise it could not be otherwise, because when analyzing discretion it is immediately questioned about the (un) syndicality by the organ that has competence.

The Judiciary Power, an organ that develops the essential role of providing jurisdictional protection of the State, imposing its power to curb acts that violate the Law, assumes the position of the controlling organ of public activities, and therefore, it is responsible for reviewing the administrative acts.

Although it has evolved greatly and has adopted a posture aware of the essentiality of judicial control over administrative acts, the activity is not an absolute exercise, and it finds impasse with regard to the investigation of the merits of the administrative act.

This work intends to approach the foundation to be extracted from the legal system that makes possible the full exercise of judicial control over state activity, in particular, the merit of the administrative act.

Therefore, an approach is needed on how the foundations of Public Administration were developed and how it solidified with the current conception, in addition to explaining how the ideology of the legal system developed to define the Judiciary as an agency to exercise control on state activities.

The exhibition intends to demonstrate that the judicial control of the merit of the administrative act finds legal and juridical support, in addition to encouraging reflection to redefine the state's activity, as there is no reason to justify the ties in its control.

Keywords: Discretionary; Administrative act; Administrative Merit; Merit Control; Administrative law.

Índice

AGRADECIMENTOS	IV
RESUMO	V
ABSTRACT	VII
1. INTRODUÇÃO: BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA	1
2. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E ATO ADMINISTRATIVO	4
2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO	4
2.2 ATO ADMINISTRATIVO	8
2.2.1 ATO VINCULADO	10
2.2.2 ATO NÃO VINCULADO - DISCRICIONÁRIO	11
2.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	13
2.3.1 NORMAS JURÍDICAS EM ABSTRATO	17
2.3.2. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	18
2.4. MÉRITO ADMINISTRATIVO	24
3. REVISÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS	28
3.1. EVOLUÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES	28
3.2. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	35
3.3 CONTROLE DO ATO COMUM.....	44
3.4 O AUTOCONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	45
3.5 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS.....	47
3.6 CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO	52
3.6.1. O CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL.....	59
3.6.2. O CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL.....	70
4.CONCLUSÃO.....	80
BIBLIOGRAFIA.....	83

1. INTRODUÇÃO: BREVE APRESENTAÇÃO DO TEMA

A discricionariedade é matéria inegavelmente muito debatida dentro da ciência do Direito Administrativo, e de outro modo não poderia deixar de ser, pois quando se analisa a discricionariedade imediatamente se questiona a respeito da (in)sindicabilidade pelo órgão que detenha competência.

Trata-se de elemento necessário para atribuir eficiência à Administração Pública, o que faz da discricionariedade um tema clássico do Direito Público, tornando até difícil trazer algo novo ou ainda não debatido a seu respeito, porém, é válido estabelecer conexões deste velho fenômeno para que se possa compreendê-lo melhor.

Fundamenta-se em razão dos limites inerentes à cognição humana, por melhor que seja a intenção e técnica do criador de uma norma, jamais será adequada a dispor satisfatoriamente acerca de todos os casos particulares.

Desta forma, é conferido à Administração certa margem de liberdade em razão dos acontecimentos singulares, contemporâneos e atípicos que fogem do poder de previsão legislativa de antever todas as situações possíveis que visam a consecução da finalidade pública. Indiscutível são os benefícios que a discricionariedade acresce na atuação estatal.

A discricionariedade será conferida na atividade administrativa através da própria normativa, haverá determinada margem legal que atribuirá liberdade na atuação do agente administrativo, ocasião que se abrirá um leque de opções de caminhos legais para prosseguir, que será escolhido de acordo com critérios de conveniência e oportunidade.

O motivo que justifica uma decisão administrativa dentro do espectro da discricionariedade é o que se conhece por mérito administrativo.

O mérito do ato administrativo é de competência exclusiva do agente administrativo, por encontrar-se mais próximo da realidade vivenciada pela Administração Pública, oferecendo melhores condições para eleger o ato mais oportuno, conveniente, adequado, eficaz, dentre outros, com a finalidade de alcançar o fim coletivo, conforme a moldura jurídica aplicável.

Portanto, ninguém melhor para preencher o espaço legislativo deixado propositadamente (discricionariedade) do que quem conhece de perto os anseios e atividades diárias do Estado.

Sob esta perspectiva, foi desenvolvido em torno do mérito administrativo uma espécie de blindagem, com o fundamento de ser atribuição exclusiva do Poder Executivo, no qual os elementos que o constituem são dependentes do critério e meios técnicos peculiares à atividade administrativa, estranhos ao âmbito estritamente jurídico da apreciação jurisdicional.

Ocorre que admitir a insindicabilidade judicial do mérito administrativo é contrariar toda estrutura a qual se solidificou a atual Administração Pública, além de violar as premissas fundamentais do próprio sistema jurídico.

Isto porque, a percepção de Administração Pública desenvolvida nos dias atuais, que adota como modelo de organização política-jurídica a separação de poderes, consagrou-se com a implementação do Estado Democrático de Direito, representando um longo, complexo e trabalhoso processo de sujeição do Estado aos comandos gerais (princípios e regras jurídicas) previstos explícita ou implicitamente no sistema jurídico, considerando a forma de governo quase totalitária no mundo imposta à sociedade, de soberania e monarquia, no qual imperava a satisfação de interesses privados sobre os coletivos por parte dos governantes, razão pela qual a coletividade sempre experimentava o dissabor de incontáveis abusos e atrocidades cometidos sob a égide da supremacia do Estado.

Por esta razão, a atividade estatal será limitada a agir pautada com o arcabouço jurídico de normas e princípios perquirindo a consagração do interesse público.

Entoado pelo discurso da tripartição de funções do Estado, ao Poder Judiciário cabe analisar toda situação que lhe é levado a conhecimento que envolva lesão ou ameaça de lesão ao Direito. Logo, a atividade estatal, concretizada através do ato administrativo, também será submetida à análise judicial caso proferida em desconformidade com o sistema jurídico, o que acaba implicando num controle externo a ser exercido sobre a atividade administrativa.

O controle judicial do ato administrativo é a força do Estado-Juiz aplicada à atividade executiva estatal com o objetivo de impedir ou corrigir sua atuação fora dos

limites do sistema legal institucionalizado, ou contrária aos valores que conformam o Direito, ou até mesmo, chancelar a regularidade do ato administrativo, uma vez que a função precípua do Judiciário é a constatação de que as normas jurídicas estão sendo cumpridas.

À luz do princípio da inafastabilidade de jurisdição, nenhuma situação foge do controle do Judiciário, isto inclui todos os atos administrativos, bem como o mérito, pelo menos em tese, a grosso modo.

Porém, admitir-se o controle judicial sobre o mérito administrativo não implicaria ferir o princípio da separação de poderes, uma vez que cabe ao Poder Executivo conduzir as atividades estatais, sendo o mérito campo de atuação reservado ao administrador público? Teria o Judiciário legitimidade para decidir sobre as razões de uma decisões administrativas discricionária?

A tensão persiste entre o princípio fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional de um lado e do princípio da separação de poderes de outro, e, por esta razão, o controle judicial do mérito administrativo não é pacificado.

Nessa perspectiva é que se desenvolve o presente trabalho, abordando aspectos importante que contribuíram para formação da atual Administração Pública, discorrendo seus conceitos, com a finalidade de posicionar-se sobre a possibilidade ou não do exercício judicial no controle sobre o mérito do ato administrativo, num plano teórico. E, através de um panorama prático, ainda que de forma sucinta, demonstrar qual o comportamento dos Tribunais frente à temática do controle judicial do mérito, através de um binômio Brasil – Portugal.

2. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E ATO ADMINISTRATIVO

2.1 SURGIMENTO E EVOLUÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

O direito administrativo foi uma conquista do povo através do tempo e os moldes em que se estrutura atualmente são, sem sombra de dúvida, bem diferentes aos de antigamente, muito embora se possa afirmar que mesmo antes do surgimento do Estado¹ e do Direito a administração já existia, em termos rudimentares, presente em grupos sociais primitivos, que a desempenhavam no seu dia a dia.

Do ponto de vista material, pode-se dizer que a atividade administrativa existe desde o tempo em que o homem começou a viver em comunidades organizadas, logo, a Administração está presente em todos os tempos e é comum a todas as sociedades².

Mesmo na primitiva noção de Estado, havia igualmente espécies de “instituições administrativas”, ou seja, os Estados detinham capacidade para se autogovernar, geralmente ligados a um poder soberano que gozava de prerrogativas ilimitadas.

O fenômeno administrativo sempre existiu e a administração pressupõe atos por meio dos quais exercem ou materializam as suas atividades, logo, havendo administração, haverá atos. Só que esses atos não eram considerados atos administrativos, como expressão, definição e conceito adotado modernamente pelo Direito Administrativo.

Houve uma evolução observada em realidades momentâneas, identificada quando se examina a transporição da antiguidade clássica romana (século II a.C até o fim do Século III d.C) ao baixo império (século IV ao VI), do baixo império à Idade Média e seu sistema feudal pluralista, bem como a transição deste para a Idade Moderna

¹ “Nicolau Maquiavel (1469-1527) foi o primeiro a pensar e registrar o termo Estado (*loStato*), em sua obra *O Príncipe*, de 1513, sendo por isso mesmo considerado o pai da ciência política e, com efeito, o Estado Moderno corporificou-se nas grandes nações unificadas (Estado-Nação = Monarquias Absolutas), a partir do século XV, exatamente como apregoado por Maquiavel. Trazemos, no entanto, um conceito de Estado dado pelo sociólogo alemão Max Weber (*Economia y sociedade. Esbozo de sociologia comprensiva*), para quem o Estado é detentor do monopólio da força legítima para a manutenção da ordem vigente, isto é, do monopólio da Justiça”. BESTER, Gisela Maria. Direito constitucional: fundamentos teóricos. São Paulo: Manole, 2005, v. 1, p. 10.

²HERRERA, José Posada de. *Lecciones de administración*. v. 1, *Establecimiento Tipográfico*, Madrid, 1843, p. 18.

e da Idade Moderna para a era contemporânea, regida pelo capitalismo, momento em que floresce o positivismo jurídico como modelo hegemônico na modernidade burguesa-capitalista.

Para compreender a evolução das práticas administrativas e seu atual estado de coisas, necessário se faz pontuar algumas especificidades ocorridas na história, a fim de melhor contextualizar a atuação estatal.

Num primeiro momento, já se reconhecendo o Direito como técnica social criada para disciplinar, limitar e permitir o poder, consubstanciando um conjunto de normas dotadas de autoridade que institucionalizam comandos em determinada sociedade, a Administração manifestava-se através de atos.

Compreendiam-se, geralmente, como atos da Coroa, do Rei ou do Fisco, sobretudo nos reinos onde predominava o regime absolutista, sistema que pugnava pela concentração do poder nas mãos de uma única pessoa - o rei - que era ao mesmo tempo administrador, legislador e juiz, e onde não existia nenhum meio ou instrumento efetivo que pudesse garantir proteção ao indivíduo contra os poderes ilimitados do soberano. Traço importante no absolutismo dos Estados Modernos é a natureza de sua organização política, o que significa afirmar que o rei não era atingido ou limitado por lei.

Entretanto, a Administração Pública juridicamente organizada, com um conjunto de normas, sistematizada, dotada de princípios e regras com fundamento na Justiça é recente, contemporâneo ao Estado de Direito³.

A revolução francesa, que decorreu entre 1789 e 1799, teve um impacto significativo no plano político-ideológico e constitui um importante marco para as conquistas sociais, ao derrubar a monarquia absolutista, então vigente em França. Com a proclamação da Declaração dos Direitos do Homem em 4 de agosto de 1790⁴, este movimento fortaleceu as liberdades públicas em detrimento do arbítrio reinante no Antigo Regime, vivenciado na época.

³CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*, Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1974, pág. 73.

⁴*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789* in <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseilconstitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html> (15.09.2017).

A ciência Administrativa e a doutrina começaram a ganhar corpo no período pós-revolucionário (política e tecnológica) e trouxeram consigo uma estrutura distinta, visando coibir qualquer arbítrio possível ou imaginável já sofrido e experimentado anteriormente em decorrência dos poderes ilimitados no quais o Estado se apoiava. Efetivamente, esse ramo do Direito Público é o coroamento dessas revoluções, que nele encontraram a solução para a maior parte das questões que então se apresentavam.

Em linhas gerais, os ditames da Administração Pública visavam criar um Estado voltado para atender às necessidades do povo, buscando constantemente a plena satisfação dos interesses legítimos dos cidadãos, através de um corpo de regras disciplinadoras relativas à estrutura administrativa, quanto à prestação do serviço público, das relações do Estado com os administrados e com os seus próprios agentes, algo de observância e submissão obrigatória para todos, incluindo a sua própria.

A finalidade era fazer com que o Direito Administrativo fosse o meio regulador da Administração Pública, estabelecendo a relação dela com seus órgãos, entidades, servidores e administrados, através de instrumentos jurídicos e materiais suficientes para que o Estado pudesse cumprir a sua função social de reger a sua Administração em prol da sociedade, satisfazendo os seus interesses sociais nas suas mais variadas facetas de manifestação⁵.

Dados largos passos evolutivos, chegamos à sua forma contemporânea, regida por princípios e regras, no qual submete todas suas atividades e funções.

Considerando a desconfiança e medo de que a Administração pudesse retomar ao estado *a quo*, foi delineada tendo como conceito primário o da legalidade e da supremacia do interesse público⁶, submetendo quase na sua totalidade os atos administrativos à prévia previsão normativa, subsumindo uma possível vontade

⁵ MEIRELLES aduz quanto ao facto de a Administração ter as suas atividades voltadas para a sociedade, quando faz uma breve nota sobre a mesma: “Administração Pública é todo o aparelhamento do Estado, preordenado à realização de seus serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas”. Vide MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

⁶Sobre estes princípios, acrescenta Zanella di Pietro “não permaneceram estáticos no decurso do tempo. Eles acompanharam as transformações do Estado e assumiram nova feição no momento atual. Assim como o princípio da legalidade saiu de sua fórmula rígida e formalista, própria do Estado legal e chegou a uma fórmula muito mais ampla que se ajusta ao Estado de Direito propriamente dito, também o princípio do interesse público começou como proposição adequada ao Estado liberal, não intervencionista e assume feição diversa para adaptar-se ao *Estado social e democrático de Direito*”, PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. - *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Revista Jam – Jurídica. Ano XIII, nº 9, setembro, 2008. p. 38.

peçoal/parcial à algo impessoal/imparcial, à lei, com a finalidade de cumprir um objetivo já pré-estabelecido, ou seja, o interesse público.

O princípio da legalidade é o resultado histórico do liberalismo, fundamentado nos ideais jusnaturalistas, com enfoque na soberania popular e separação de poderes, para assegurar a supremacia do legislador ordinário, em contraposição ao absolutismo monárquico.

Assim, a atividade administrativa desenvolveu-se com estas máximas, em decorrência do princípio da Legalidade, e quem lhe estabelece atuação é o Legislativo, cabendo ao agente administrativo exercer as competências que lhe são atribuídas por lei. Nesse sentido, os administradores só fazem aquilo que a lei lhes permite fazer, sem que lhes seja lícito agir fora de círculo de competência que lhe fora atribuído.

Verifica-se que a competência administrativa está substancialmente submetida à lei. Para o agente administrativo a lei delimita a competência de tal forma que ele só pode atuar em obediência àquilo que estiver prescrito nela. Lei que para sua vigência deve estar em consonância com a mais importante entre as fontes normativas - a Constituição - dado que o princípio da legalidade da administração pressupõe o da constitucionalidade das leis.

A Administração deve, portanto, pautar-se em conformidade com as regras jurídicas, fornecidas por lei para aferição da legalidade, bem como verificando a compatibilidade com os demais princípios destinados ao exercício da atividade pública, para além da legalidade, enunciados pela Constituição para aferição da juridicidade.

A teoria contemporânea do Direito Administrativo consolidou-se em “direito por princípios”, transcendendo os dogmas do Estado Liberal no qual se responsabilizava apenas a lei (antes, a principal fonte do Direito), ampliando e adotando a concepção da fonte de atual predominância que são os princípios, permitindo uma melhor compreensão da atividade estatal.

Falar em Administração Pública, significa atrlar a ela a noção de juridicidade, que além de abranger a conformidade dos atos com a regra jurídica, exige que sua produção observe e não contrarie os princípios gerais de Direito, previstos explícita ou implicitamente na Constituição, o que permite uma moderna compreensão e redefinição de Direito Administrativo.

Assim, o Direito Administrativo sofre grandes transformações, passa a abranger matérias novas, como a atividade regulamentar (normas jurídicas provindas da Administração); o ato administrativo; os procedimentos administrativos (o modo ordenado de formação das decisões); as dimensões organizativas complexas; as formas de coordenação.

A estrutura Administrativa atual acompanha as transformações, se reinventa para acompanhar as necessidades da sociedade, para tanto, interage instensamente com a sociologia, com a ciência política e sobretudo com a economia.

Diante desta contextualização, permite-se inferir que o conceito de Administração Pública, ligada a consecução de interesses fundamentais surge com o advento da modernidade e do Estado moderno, mas a construção de um “direito administrativo”, como disciplina própria da atividade administrativa, teve de esperar pela sujeição do Estado ao Direito, contemporâneo à época do constitucionalismo liberal como submissão da administração à lei⁷.

2.2 ATO ADMINISTRATIVO

A grande diversidade das formas de atuação no exercício da função administrativa dificultam a delimitação na denominação do ato administrativo, propriamente dito.

A atividade administrativa é um conglomerado, que envolve desde atos instrumentais à atos de cumprimento de lei. Além das atuações administrativas informais, embora, via de regra, não possuam grande relevância jurídica atenuada.

Definir ou mesmo conceituar o ato administrativo sempre foi uma incumbência difícil, por dois motivos, o primeiro pela falta de consenso entre os grandes doutrinadores e estudiosos do direito administrativo sobre sua forma e características, segundo, porque seria limitar a incidência do ato em determinadas/específicas situações, e, o ato administrativo, por ser declaração unilateral da Administração Pública que se

⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Lições de Direito Administrativo, 5ª edição, Coimbra Jurídica, 2017, p. 18.

apresenta como atividade dinâmica, pode manifestar-se de diversas maneiras, não tendo que se adequar necessariamente a elementos, classificações ou gêneros.

No entanto, para fins didático deste trabalho, descarta-se o conceito de ato administrativo como todo e qualquer ato praticado pela Administração. Adotar-se-á a definição de ato administrativo como aquele regulado por disposições do direito público, um ato decisório, praticado no exercício de autoridade, expedido como poder, relativo a uma situação individual e concreta, com eficácia externa, em princípio.

O conceito do supramencionado ato administrativo pode ser encontrado a partir da interpretação e soma de dispositivos legais no ordenamento jurídico português, através do Código de Procedimento Administrativo, do Código de Processos nos Tribunais Administrativos e na própria Constituição da República Portuguesa, que permite inferir:

“a) O conceito *substantivo* do acto administrativo é formulado no art. 148.º do CPA: “consideram-se actos administrativos as *decisões* que, no exercício de *poderes jurídicos-administrativos*, visem produzir *efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta*”.

b) O conceito *adjetivo* de acto administrativo surge em dois níveis: o conceito constitucional de *acto lesivo* de direitos e interesses legalmente protegidos configura a garantia de sindicabilidade judicial efectiva (art. 268, nº 4, da CRP); por sua vez, o conceito de *acto administrativo impugnável* da legislação processual administrativa define o âmbito próprio da acção administrativa (artigo 51.º do CTPA), abrangendo obrigatoriamente os actos administrativos *com eficácia externa* ainda que inseridos num procedimento⁸”.

O ato administrativo é caracterizado como uma decisão destinada a produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta, que pode ser praticado por qualquer entidade, independente da sua natureza, desde que intervenha no exercício de poderes jurídicos-administrativos ou ao abrigo de disposições de direito administrativo.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Ob., cit, p. 166.

Nascem em virtude de normas que regulam a atividade administrativa e do poder administrativo, e se manifesta quando o Estado, agindo na qualidade de Administração Pública, obtenha o fim imediato de adquirir, resguardar, extinguir e declarar direito, impondo obrigações aos administrados ou a si própria⁹.

É a compleição de uma conduta proveniente do exercício de poder jurídico-administrativo que implique na produção de efeitos jurídicos no âmbito das relações, envolvendo Administração Pública e particular(es)¹⁰.

O ato administrativo é a manifestação concreta da atividade pública, que detém sua conduta previamente pautada em uma norma jurídica, em decorrência ao princípio da legalidade. Nesta senda, considerando a natureza enérgica da Administração Pública, impende fazer uma pequena abordagem sobre algo peculiar do ato administrativo no que tange a forma como se apresenta.

Trata-se da espécie do ato, quanto a sua vinculação ou não vinculação.

2.2.1 ATO VINCULADO

O ato administrativo, como declaração unilateral do Estado¹¹, é objeto das mais diversificadas classificações pela doutrina, conforme o critério em função do qual é agrupado. Dentre elas, segundo o critério do grau de liberdade da atuação da Administração na sua prática, os atos administrativos sofrem uma clássica distinção entre atos vinculados e não vinculados, ou para grande parte da doutrina, em vinculados e discricionários¹².

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit. p 225.

¹⁰ Consoante definição legal extraída do artigo 148º do Código de Procedimento Administrativo de Portugal – aprovado pelo Decreto-Lei nº 4/2015. Que assim dispõe:

“Conceito de ato administrativo

Para efeitos do disposto no presente Código, consideram-se atos administrativos as decisões que, no exercício de poderes jurídicos-administrativos, visem produzir efeitos jurídicos externos numa situação individual e concreta”.

¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22.ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007, pág. 368.

¹² É a classificação mais utilizada por autores como PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 29.ª. ed. revista atualizada e ampliada. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016, p.112; MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., págs. 156-158; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Bandeira de. Ob. cit., pág. 267.*

A vinculação surge quando o dispositivo legal, a legitimidade ou a licitude estabelecem as condições da sua realização, através de requisitos ou condições de cumprimento, dando contorno à concretização do ato. Não resta margem para opções, escolhas ou apreciação subjetiva do agente público sobre a forma de atuar, restringindo-se a uma única possibilidade de conduta ou única solução possível diante determinada situação de fato, caracterizando um ato vinculado ou regrado, ou ato praticado no exercício do poder vinculado ou poder regrado.

São atos executados em conformidade com as delimitações pré-definidas pelo legislador em norma jurídica, sem valoração do administrador que apenas averiguará a conformidade do ato com a lei de modo a permitir um único comportamento possível em face de uma situação.

Portanto, a vinculação gera para a Administração Pública o dever de observância de determinados requisitos considerados essenciais para a validade e existência de tal ato. Tal exigência decorre da legalidade, da legitimidade ou da licitude, criando no particular um direito subjetivo de exigir da autoridade a realização de determinado ato¹³.

É como se o ato vinculado representasse apenas a subsunção da conduta do agente aos traçados da lei, enquanto que o ato não vinculado ou mesmo discricionário segue definição totalmente diferente.

2.2.2 ATO NÃO VINCULADO - DISCRICIONÁRIO

No ato não vinculado o administrador também deve agir nos limites previamente definidos pela lei, todavia, neste é concedido ao administrador margem de escolha para buscar a solução mais adequada para o caso concreto¹⁴.

¹³ A título de exemplificação, temos a Licença. É ato administrativo unilateral e vinculado, onde a Administração Pública faculta ao indivíduo que preenche os requisitos legais o exercício de determinada atividade. Não há escolha ou apreciação por parte do administrador, que apenas verificará se o particular cumpre as exigências da lei para obtê-la. A licença é ato declaratório de direito preexistente. É o caso da licença para dirigir veículos automotores e a licença para construir determinado estabelecimento (a licença neste caso se dará através de Alvará).

¹⁴ A autorização é exemplo claro de ato discricionário. Nas lições de MARIA SYLVIA ZANELLA DE PIETRO, pode-se, portanto, definir a autorização administrativa, em sentido amplo, como ato administrativo unilateral, discricionário e precário pelo qual a Administração faculta: Ao particular o uso privativo de bem público, a título precário (autorização de uso);

A atividade administrativa é algo dinâmico, progressivo, construído diariamente, no qual a sua finalidade é a consecução do interesse público, sendo este último um conceito não exato para fins de definição. Afinal, as necessidades coletivas mudam a cada instante, conforme mudam as culturas, valores e características da sociedade, sendo, portanto, impossível todas as condutas administrativas serem passíveis de previsão legislativa pois, por mais providente que o legislador possa ser, não tem como reger todos os fatos futuros que interessam ao Direito, ao Estado e à sociedade. Razão pela qual, em certas situações o administrador público gozará de uma certa margem de liberdade na sua atuação face às atividades de Estado.

Os atos não vinculados surgiram nos sistemas jurídicos como consequência da necessidade de se aplicar plenamente o direito no Estado de Direito, e encontram fundamentação na consecução do interesse público aliada à incapacidade legislativa de prever todas as condutas possíveis e imagináveis em que possa incidir a Administração Pública.

Trata-se de um meio que permite uma atuação dinâmica e ininterrupta, uma vez que a Administração Pública não pode parar ou retardar uma ação na expectativa de que uma norma de Direito venha regulamentar a conduta ante determinado fato concreto. Ocasão em que o agente público deve realizar o ato que reunir melhores condições no alcance da finalidade do interesse público.

O Legislativo, querendo a melhor solução para o caso de incidência da lei e não dispondo de elementos suficientes para antecipadamente reger a conduta a ser adotada pelo agente ante o caso concreto, confere ao administrador público a faculdade para a escolha da melhor solução ao se deparar com a situação fática.

Para a existência destes atos é necessário que haja um dispositivo normativo que conceda liberdade para a atividade pessoal do agente público.

A exploração de serviço público, delegado pelo Poder Público ao particular à título precário (autorização de serviço público);

O desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Como é o caso previsto na Constituição Federal Brasileira quando atribui à União competência para autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico (art. 21. VI) e para autorizar a pesquisa e lavra de recursos naturais (art. 176, §§ 1º, 3º e 4º). Outro exemplo é o da autorização para porte de arma, que a Lei das Contravenções Penais Brasileira (Decreto-lei nº 3.688, de 3-10-41) denomina impropriamente de licença (art. 19), (autorização como ato de polícia)". Ob. cit., págs. 270-272.

Logo, o ato não vinculado é aquele permitido pela norma, mas que não encontra regramento naquela ou possui parcial regramento, que deverá ser complementado por critérios subjetivos do administrador público na consecução do interesse público.

2.3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

O ato não vinculado pressupõem a existência de discricionariedade.

Embora haja manifestas doutrinas utilizando a expressão poder discricionário, ato discricionário, e atuação discricionária para remeter a um único fenômeno, precisamente, há diferença semântica entre os vocábulos¹⁵. Para não incorrer no risco, entende-se como mais apropriada a expressão discricionariedade.

A discricionariedade é poderoso instrumento que confere eficiência na atividade estatal, uma vez que a lei administrativa, por mais cauteloso e previdente que seja o seu autor, não tem como conduzir todos os fatos incertos e futuros que envolvam interesses da comunidade, do Estado e do Direito, principalmente considerando a natureza da Administração Pública (enérgica, ativa, dinâmica) e que para lograr êxito deve agir num curto espaço de tempo, dirimindo os anseios da sociedade. O legislador, por mais ágil que se faça o processo legislativo, não consegue acompanhar o compasso das transformações técnicas, econômicas e sociais.

Seria impossível a criação de normas cuja aplicação a casos concretos nunca implicassem outra escolha, onde tudo poderia ser conhecido e poder-se-ia, relativamente a tudo, fazer algo e especificá-lo antecipadamente através de uma regra. Este cenário

¹⁵De acordo com Marcus V. F. Júnior: a) a expressão “poder discricionário” transmite uma ideia de faculdade livre de agir, pois a expressão poder, cunhada historicamente pelo Direito Privado, sempre esteve associada ao princípio da autonomia da vontade. Contudo, essa espécie de liberdade que pode ser encontrada no Direito Privado é totalmente incompatível com a espécie de liberdade presente no fenômeno da discricionariedade; b) a expressão “ato discricionário” reporta-se, a rigor, ao ato que contempla no seu bojo o resultado do exercício da atividade discricionária. Portanto, o ato administrativo em si representa apenas a prova de que o agente exerceu, em momento anterior à prática do ato, o seu juízo de discricionariedade; e c) a expressão “discricionariedade” significa qualidade ou estado de ser discricionário, de uma dada atividade. E é exatamente a esse sentido que o estudo se reporta. Portanto, acolhe-se como sendo esta a terminologia mais adequada para se referir ao fenômeno em pauta. FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007, págs. 17-18.

difere do mundo em que vivemos, no qual os legisladores não podem ter um conhecimento antecipado de todas as possíveis combinações de circunstâncias que o futuro pode trazer¹⁶.

As regras jurídicas que compõe o nosso sistema de leis são um artefato, produto criado pela vontade do homem, razão pela qual sofrem diversas limitações. Hart aduz que a discricionariedade não é apenas algo inerente e inexorável ao sistema jurídico, como também uma vantagem. Segundo o autor, uma regra totalmente fechada, que não permitisse qualquer tipo de escolha nova (fresh choice) não deve ser desejada nem mesmo idealmente¹⁷.

Em razão dos limites inerentes à cognição humana, por melhor que seja a intenção e técnica do criador de uma norma, jamais será adequada a dispor satisfatoriamente acerca de todos os casos particulares. Parafraseando Hart, “somos homens, não deuses”¹⁸.

Uma regra inflexível e, como tal, sonhada pelos formalistas poderia resultar num preço alto demais a ser pago em troca de segurança jurídica, leis específicas demais poderiam causar consequências danosas aos membros de uma sociedade, como violação de garantias individuais, direitos coletivos, entre outras.

Logo, atuar com discricionariedade significa proceder no exercício de uma atividade, sob aspectos racionais e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o bem comum, adotando um, entre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.

A discricionariedade possibilita a consecução de soluções materiais mais adequadas às exigências do caso concreto, além de desenvolver as suas atividades sem

¹⁶ Em razão dos limites inerentes à cognição humana, por melhor que seja a intenção e técnica do criador de uma norma, jamais será adequada a dispor satisfatoriamente acerca de todos os casos particulares. “Somos homens, não deuses.” - HART, H. L. A. *O conceito de direito* / H. L. A. Hart: tradução A. Ribeiro Mendes. 6ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, pág. 128.

¹⁷ HART, H. L. A. Ob. cit., pág. 128.

¹⁸ HART, H. L. A. Ob. cit., pág. 128.

interrupção, sem precisar parar ou retardar um ato na expectativa de surgir uma norma que regulamente determinado fato concreto.

Pese embora o já explanado, para fins didáticos, impende contemplar o que os doutrinadores aduzem como significado da discricionariedade administrativa, até mesmo para traçar uma definição consensual a seu respeito e extrair características gerais comuns dos conceitos.

De pronto, cumpre assinalar que existem muitos pontos de vista na doutrina mundial sobre discricionariedade administrativa. Nesta esteira, destaca-se:

Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual afirma que:

“discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.”¹⁹

Eduardo Garcia de Enterría e Ramón Fernandez definem que discricionariedade é essencialmente uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas, porque a decisão se baseia normalmente em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos, etc.) não incluídos na Lei e remetidos ao juízo subjetivo da Administração.²⁰

A lei, ao criar uma competência, deixa o agente ao qual a confia livre para apreciar, sob as circunstâncias, se, e como, ele deve utilizá-la. Esta liberdade de apreciação constitui o que se chama de “poder discricionário” da administração, por oposição à competência vinculada, acresce Jean Rivero e Jean Waline²¹, dando como exemplo os júrís de exame, competentes para decidir a admissão de candidatos, são livres para avaliar, segundo seu julgamento pessoal, o valor das provas.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ob. cit., p. 831.

²⁰ GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10ª ed. Madrid, Civitas, 2001, vol. 1, p. 458.

²¹ RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 17ª ed. Paris, Dalloz, 1998, p. 89.

A discricionariedade é a faculdade de escolha que compete à Administração Pública perquirindo o interesse público²².

Portanto, face às mais diversas conceituações de discricionariedade, colhe-se ainda que implicitamente os seguintes pontos em comum: a) refere-se à *liberdade/autonomia/volição* concedida ao administrador público. Todos os conceitos de discricionariedade manifestam de alguma forma essa margem de escolha da solução concreta mais adequada; b) associada a tal liberdade, encontram-se os próprios *limites*, uma vez que a liberdade é conferida por uma ordem jurídica que se comporta dentro de um espectro, razão pela qual a discricionariedade não representa um cheque em branco;

Considerando que o Direito visa regular fatos sociais, este se apresenta como um fenômeno que comunica ordens, permissões e autorizações aos seus destinatários tendo sempre em vista determinadas situações de fato, sendo a discricionariedade conferida ao administrador público por este se encontrar próximo dos fatos, oferecendo melhores condições para eleger qual o ato que melhor se adequa para o fim coletivo, em conformidade com a moldura jurídica aplicável.

Sobre a abordagem da discricionariedade administrativa, pode-se dizer existirem basicamente duas tendências antagônicas acerca deste instituto, conforme destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro²³, e são:

- a. De um lado, os neoliberais, sob inspiração do direito estrangeiro, propugnam pela ampliação da discricionariedade: a ideia de substituir a Administração burocrática pela Administração gerencial depende, em grande parte, do reconhecimento de maior liberdade decisória aos dirigentes; por isso, diz-se que o direito administrativo “atrapalha” as reformas, porque ele se apoia no princípio da legalidade, que exige lei para fundamentar as decisões administrativas;
- b. De outro lado, há a tendência também bastante forte dos chamados “conservadores”, calcada no direito positivo que defende os maiores limites à discricionariedade administrativa, exatamente pelo fato de que a sua atuação tem de ter fundamento na lei, mas também tem de observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou

²²SCOTTO, Ignazio. *Diritto amministrativo*. Milano, Giuffrè, 1990, p. 180.

²³DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 29-32.

implicitamente pela Constituição. Atualmente, a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, dentre diversos outros que compõem o sistema jurídico de cada país, exarados em suas respectivas Constituições²⁴. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos.

O que se consente é que “onde não existe possibilidade de opção para a Administração Pública entre duas ou mais soluções válidas perante o direito não se pode falar em discricionariedade²⁵”.

A assertiva de que a discricionariedade é um destaque, senão central e mais complexo do Direito Administrativo, provém do reflexo e consequência que provoca na sua aplicação através da atividade estatal.

Válido abordar as hipóteses ou causa que atribuem a discricionariedade.

2.3.1 NORMAS JURÍDICAS EM ABSTRATO

A discricionariedade típica resulta da abertura normativa que em função de lei confere ao administrador margem de liberdade para construir o Direito no caso concreto, complementando a previsão aberta da norma e configurando os efeitos parcialmente previstos, mediante a ponderação valorativa de interesses, tendo em vista a realização do interesse público geral.

Costuma-se fazer distinção para localizar a discricionariedade no seio dos componentes lógico estruturais das normas jurídicas de competência e de conduta, no qual a abertura da norma pode residir tanto na previsão incompleta dos pressupostos

²⁴ A tal ponto vai a importância dos princípios que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade, no Brasil, conforme definido no art. 11 da Lei nº 8.429/1992.

²⁵ Idem.

necessários à realização do ato – discricionariedade quanto aos pressupostos -, quanto na indeterminação parcial dos efeitos a serem produzidos com a sua prática – discricionariedade de efeitos.

Assim, pode-se afirmar que é dada à Administração Pública, através das normas jurídicas em abstrato, as seguintes possibilidades: atuar ou não; aplicar ou não as consequências jurídicas ou alguma das consequências jurídicas previstas como possíveis pela norma habilitante (discricionariedade de atuação); eleger entre uma consequência ou outra, se optar por atuar (ou se está obrigada a isso) e são várias as consequências jurídicas permitidas (discricionariedade de eleição). Consistindo a discricionariedade no resíduo de legitimidade e licitude necessário para integrar o ato.

A discricionariedade sempre envolverá, por força da norma jurídica em abstrato, a escolha de pressupostos pelo agente, bem como sempre será uma tarefa de complementação da *facti species*, à luz do fim em atenção ao qual é previsto no ordenamento jurídico.

2.3.2. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

Ao se redigir um texto, deve-se ordenar ideias e sequências de palavras para produzir um enunciado que seja capaz de transmitir uma mensagem com um topo significativo, estabelecendo contato entre o emissor e o receptor. A ciência jurídica, na quase sua totalidade, depende da linguagem e codificação.

Porém, tal transmissão nem sempre é eficiente e, no caso da linguagem jurídica, contém problemas conceituais derivados da semântica, que fazem com que a doutrina questione se diante deste complexo fático, poderá o agente público valer-se de critérios discricionários para a realização do ato administrativo²⁶.

²⁶A doutrina não é pacífica quanto à existência de discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados. Nesta esteira, há duas correntes que divergem a respeito do tema: a) Teoria da multivalência: sustenta que na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, poderão surgir várias decisões admitidas como corretas para o Direito, que facilitam a discricionariedade administrativa ao agente; b) Teoria da univocidade: fundamenta-se na existência de uma solução correta, não proporcionando discricionariedade ao Administrador. – SOUZA, António Francisco de. “*Conceitos indeterminados*” no direito administrativo. Coimbra: Almedina, 1994, p. 36.

O Direito, como ciência jurídica, manifesta-se, dentre as suas formas, através de um conjunto de normas que dependem diretamente de expressões linguísticas e, como várias outras ciências, é marcada pela baixa eficiência da linguagem, o que transforma o seu maior meio de expressão no seu maior inimigo.

As normas jurídicas manifestam-se através de palavras, expressões, locuções, vocábulos, cujos termos são veículos comunicativos ou discursivos que recobrem um conteúdo, que é um significado, um conceito, que por vezes podem ser determinados ou indeterminados.

O conceito jurídico é um complexo de ideias que se localizam entre a palavra (o termo) e o objeto referido.

Sem conceito ou significado não há existência de situação comunicacional, nem tampouco em determinação ou indeterminação, pois faltará o elemento essencial para proceder a existência ou não de uma possível indeterminação.

Assim, entende-se que a indeterminação decorre exatamente do significado do termo expresso no texto normativo, isto é, do conceito jurídico, razão pela qual a indeterminação dos termos não passa de uma pseudo-indeterminação.

Por isso não se pode afirmar que a palavra em si, do ponto de vista lógico e linguístico, é responsável por indeterminação ou não, uma vez que o que poderá levar à indeterminação é o conteúdo, conceito, significado que ela difunde. Se a indeterminação repousasse sobre a palavra, bastaria substituí-la por outra e tudo estaria resolvido²⁷.

A indeterminação não advém somente de um aspecto linguístico. Ainda que se adote a maior prudência nas escolhas das palavras para a formulação das leis para reduzir o seu nível, Endicott²⁸ acaba por reconhecer que a indeterminação parece ser mesmo profunda, penetrante e ineliminável.

Trata-se a indeterminação de um aspecto próprio do Direito, que não suportaria o enclausuramento lógico-conceitual, o que permite concluir que se apresenta na esmagadora maioria dos casos de aplicação da norma.

²⁷BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discrecionabilidade e controle judicial*, 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 21.

²⁸ ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 7.

Reestabelecendo a linha de raciocínio e considerando o explanado, somente se fará frente à existência da indeterminação, depois de estabelecido o conceito jurídico devidamente desenhado.

Quando se está diante de conceito indeterminado, identificam-se três incertezas semânticas que dificultam a compreensão do conceito: a polissemia, a vagueza e a textura aberta. Estas devem ser tratadas como categoria global e autônoma de normas atributivas de discricionariedade. As incertezas semânticas podem ser utilizadas como instrumento técnico de atribuição de discricionariedade²⁹.

Na polissemia, o termo não possui relação de equivalência com apenas um significado, o que gera dúvidas acerca do significado correto a ser adotado no enunciado da norma.

A vagueza, diferentemente, caracteriza-se pela imprecisão do significado e carece de fronteira definida para delimitar o âmbito da extensão a que se reporta. Portanto, para dúvida sobre o âmbito de abrangência do termo, não se sabe ao certo onde termina o seu campo de aplicação.

Já a textura aberta decorre da verificação de circunstâncias atípicas ou imprevistas que geram dúvidas sobre a aplicabilidade correlativa do símbolo lexical.

Para André Saddy³⁰, entre as incertezas semânticas supra, somente a textura aberta possui incapacidade natural para ser analisada como instrumento de discricionariedade, a “indefinição que resulta da superveniência perante a palavra que vai suscitar uma orla de zona de incerteza inesperada”, no qual a própria composição do cenário afasta o uso do termo para conferir alternativas.

Pelo que afirma o autor, que não há como cogitar sequer a discussão sobre a existência ou não de discricionariedade diante de palavras com textura aberta. Enquanto que nos conceitos polissêmicos e vagos a discricionariedade, embora abrigue discussão doutrinária mais acalorada a respeito de abrigarem a discricionariedade, vê-se mais claramente a incidência de opções que conferem liberdade de escolha ao administrador público.

²⁹DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 916.

³⁰SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009, p. 85.

Nos conceitos polissêmicos, os comandos normativos conferem alternativas, vez que a própria palavra dispõe de várias significações possíveis diante de um caso concreto, podendo gerar indeterminação dos conceitos jurídicos, logo, discricionariedade³¹.

Outrossim, conceitos vagos abrigam a imprecisão, a incompletude, palavras gerais e expressões valorativas, que demandam outros conceitos para os preencher diante do caso fático, razão pela qual, igualmente torna o conceito indeterminado, podendo incidir em discricionariedade.

Quando incidirem na margem discricional, restará de forma cristalina a sua atribuição de espaço para o exercício da discricionariedade pela presença dos conceitos que trazem, pois não há como admitir a existência de uma possibilidade de interpretação de uma expressão, justamente por não haver determinação apriorística por força de uma “essência” ou alteridade.

Portanto, por conceito jurídico indeterminado entende-se aquele que não detém unanimidade na sua definição, cujos limites da sua extensão não podem ser traçados precisamente, a fim de permitir a identificação de quais os objetos ou as realidades que abarcam ou deixa de abarcar, perante uma situação concreta. São termos que possuem pluralidade de significações de uma expressão ou sequências de palavras em que a norma se exprime, onde o sentido da norma não é unívoco (homogêneo), no qual o órgão que tem que aplicar a norma encontra-se perante várias significações possíveis³², e, diante da incerteza, possam restar pelo menos duas espécies de compreensões possíveis dele decorrentes.

São situações em que os padrões a serem utilizados por uma autoridade pública não podem ser aplicados mecanicamente, exigindo o uso da capacidade de julgar, ou

³¹ Acresce Saddy que “são muitos os fatores que possibilitam a polissemia: a metáfora, pela qual o conceito ganha outro significado devido à relação de semelhança (ex.: a primavera da vida); a metonímia, pela qual o conceito adquire outro significado devido a uma relação de implicância (ex.: ler a Virgílio, por ler as obras de Virgílio); a passagem de um termo de linguagem específica para a linguagem comum (ex.: parênteses como sinal de pontuação - abrir um parênteses para fazer uma explicação); a passagem de uma linguagem comum para a linguagem específica (ex.: a pilha de papel, como reunião de objetos – o carro movido a pilha, como gerador de corrente elétrica). Todas essas causas de polissemia favorecem risco de ambiguidade e imprecisão”, razão pela qual o conceito polissêmico pode vir a gerar para os conceitos jurídicos, por conseguinte, discricionariedade. SADDY, André, Ob. cit., p. 85-86.

³² KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito/Hans Kelsen*: tradução João Baptista Machado. 6ª edição, Coimbra, Armênio Amado Editora, 1984, pág. 246.

seja, o contexto não é por si só esclarecedor, os pressupostos do “público” não incluem esse fragmento de informação³³.

Em dadas situações, por encontrar-se imerso na discricionariedade, pois os conceitos jurídicos estão intimamente relacionados com o fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, vez que somente se pode constatar a sua existência diante do caso concreto. A indeterminação do significado na norma jurídica em abstrato será, assim como a discricionariedade, uma indeterminação em potencial, meramente especulativa. Assim, ainda que se verifique a existência de indeterminação em abstrato, poderia não haver a indeterminação do Direito, se tal não se confirmar diante do caso em concreto.

O inverso também pode acontecer quando se está diante de conceito determinado em abstrato, que conseqüentemente, via de regra, enseja a vinculação, poderá proporcionar indeterminação aplicável a um determinado caso³⁴.

Isso se deve à estrutura dos conceitos jurídicos indeterminados³⁵, identificado pelo: *a. núcleo fixo/conceitual*, caracterizado pela zona de certeza, abriga objetos (coisas, situações, sentimentos ou relações) que se adequam sem objeções ou dúvidas sobre a extensão do conteúdo do conceito; *b. zona intermediária/zona de incerteza/“halo do conceito”*, sendo o menos preciso, traduz-se como a parte do conceito no qual se posicionam aqueles objetos que não se podem afirmar com precisão se podem ou não subsumir-se ao complexo de ideias compreendidos naquele conceito; *c. zona de certeza negativa*³⁶, localiza-se fora do conceito, refere-se à zona em que não há dúvida de que o objeto cogitado não se integra no conceito.

Extrai-se que toda a dificuldade de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados estará na zona de incerteza, visto que há maior dificuldade em localizar-se a única solução justa.

³³Como no notório exemplo utilizado por Dworkin onde um sargento recebe ordem superior para que escolha 5 entre seus soldados para patrulha, porém, requer os 5 mais experientes. Como seria definido o requisito “experiente” nesta hipótese? – DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério!* Ronald Dworkintraduções e notas Nelson Boeira. 1ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2002, pág. 51.

³⁴Chegou-se até a cogitar a crise na vinculação, que se relaciona com os conceitos determinados. Assim, a crise residirá mais no conceito da vinculação do que propriamente no da discricionariedade, clamando uma radical revisão do conceito de atividade vinculada. FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 234.

³⁵GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo e FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Ob. cit., p. 460.

³⁶Embora não faça parte do conceito, por localizar-se fora, é de grande valia, na medida que se presta ao controle do preenchimento do conteúdo do conceito indeterminado para fins de aplicação e execução.

Verifica-se que o conceito jurídico indeterminado é inegavelmente pragmático ou casuístico, na medida em que remete ao caso concreto para que se possa aferir a sua existência. A indeterminação no Direito está relacionada com o fenômeno da aplicação da norma jurídica ao caso concreto, e não meramente a uma indeterminação de uma expressão normativa verificada em abstrato. Por isso, não basta a imaginação para se atingir a certeza da existência da indeterminação, deve-se estar efetivamente diante do caso real³⁷.

É do cotejo do conceito já construído, que se encontra presente no mundo do dever/ser, com a relação intersubjetiva aplicável, que o fato concreto se encontra no mundo do ser, que poderá surgir a indeterminação. E, toda vez que se está diante de termo que estabeleça alternatividade de ações, a este será atribuído discricionariedade.

Logo, diante de casos cuja realidade a que se referem não aparece bem definida e cujo conteúdo e extensão não estão delimitados precisamente, o agente público deve optar por determinado entendimento razoável, fruto de interpretação que permita, com maior precisão, aplicar a finalidade da norma³⁸, sob condições que possam exigir, em maior ou menor grau, a referência do interesse público³⁹. E assim terá sua conduta pautada dentro da liberdade intelectual que o Direito faculta.

Conclui-se, acerca do conceito jurídico indeterminado, que estes podem ou não gerar discricionariedade, uma vez que no plano abstrato tem-se apenas a

³⁷Exemplifica M. V. Filgueiras Júnior: “imagine-se, a título de exemplo, uma norma que determinasse: *todo pobre terá assistência médica gratuita*. Ora, abstratamente se pode afirmar que o conceito jurídico de pobre, construído a partir desse texto legal, poderá ensejar indeterminação quando de sua aplicação, visto que há situações fronteiriças (situações reais) que se pode imaginar (abstrato) que ensejarão dúvidas sobre sua abrangência pelo conceito jurídico trabalhado. Mas é somente diante do caso em concreto que se poderá afirmar se se trata de caso dúbio (fronteiriço) ou não (...). Um outro exemplo claro que o cotejo com a realidade é imprescindível para a verificação da existência de indeterminação. O conceito expresso pelo termo *velhice*: por meio dessa expressão pode-se desenhar um conceito que, indubitavelmente, descreve um estado avançado de vivência do ser humano. No entanto, se se estiver diante de um homem com 65 anos, poder-se-ia incluí-lo dentro da extensão do referido conceito?”. Pelo que somente se pode densificar a discricionariedade ao reportar-se à realidade. FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinicius. Ob., cit., p. 103-104.

³⁸COSTA, Regina Helena. Conceito jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, pág. 83, jun. 1988.

³⁹Neste sentido acresce-se com o ensinamento de Renato Alessi quanto à determinação do interesse público necessário para legitimar o manuseio do poder administrativo quando imprecisa: “a determinação do interesse público é imprecisa, pois dá espaço a discricionariedade, em quatro hipóteses: (...) b) nas hipóteses em que as condições de fato são suscetíveis de avaliação em torno da medida na qual existem, tratando de condições que podem existir em grau maior ou menor, tais como pobreza, a velhice, o estado de necessidade, etc.:. ALESSI, Renato. *Sistemas Istituzionale del Diritto Amministrativo*. Milano, DOTT. A Guiuffrè, 1960.

discricionariedade potencial, que se revela diante do caso concreto e quando diante da zona de incerteza, logo, desde que não indique um único sentido válido, mas vários sentidos válidos.

2.4. MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Esclarecida a discricionariedade administrativa e contemplada a forma de como se sucede através da norma jurídica, é que se permite tratar do assunto crucial que se enseja o principal questionamento deste trabalho, qual seja, o mérito do ato administrativo.

O mérito é termo comum a vários segmentos do Direito. Sendo necessário estabelecer distinção deste quando utilizado no direito Administrativo e atrelado à ideia de ato.

O termo mérito tem a sua origem no latim *meritus*, palavra que significa, em termos gerais, salário, pagamento, serviço ou ato (conduta) que justifica algo. Nos dicionários este termo ganha o significado "qualidade do que é digno de louvor ou prémio, assim como "aptidão".

Este termo é utilizado no âmbito do Direito Processual adotando como significado "o fundo do litígio" consubstanciado, segundo José Frederico Marques, na reivindicação que o "autor deduz em juízo através do pedido. É a própria substância da situação litigiosa que se contém no processo de conhecimento"⁴⁰ em contraposição às questões preliminares ou prejudiciais, situadas na antecâmara ou vestíbulo do processo.

Para Seabra Fagundes o mérito é um elemento constante e principal " o conteúdo substancial da lide, isto é, o conteúdo do contraditório com base em regras de direito substantivo, por oposição às questões de cunho meramente processual [... que] existe

⁴⁰ MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1959, III, pág. 291.

em toda demanda e centraliza as pretensões das partes. Só excepcionalmente o juiz deixará de examiná-lo".⁴¹

Tal acepção termo também é utilizado no Direito Administrativo, principalmente no que respeita à parte processual – o processo administrativo – igualmente entendido como conteúdo da lide, a própria substância do que se debate⁴².

No entanto, o entendimento do mérito ou merecimento que lhe é dado no ato administrativo, difere do que é vulgarmente admitido no âmbito do Processual, ganhando características próprias e inconfundíveis que se revestem de um aspeto particularmente novo.

Conforme amplamente já mencionado, a vida social não se presta a enquadrar-se em fórmulas rígidas, insurge daí a necessidade de liberdade de direção para que a Administração Pública atue na regência de interesses próprios ou alheio.

A possibilidade de optar por um caminho, dentre alguns, que estão a disposição do gestor público, mediante um contexto de legalidade para o alcance de um concretizável interesse público, pode indicar o que se denomina de discricionariedade administrativa.

Ocorre que, a opção (escolha, liberdade ou faculdade) de se promover um determinado (determinável) interesse público por meio de duas ou mais possibilidade legais somente é possível após o juízo de conveniência e oportunidade do administrador, conforme os valores do Direito envolvidos em dado caso concreto – o administrador poderá prosseguir na construção da melhor resposta à situação com que se defronte.

O motivo que justifica uma decisão administrativa dentro do espectro da discricionariedade, avaliação da real complementariedade do ato em face do fim que serve, é o que se conhece por mérito do ato administrativo.

⁴¹ SEABRA FAGUNDES, M. Dos recursos ordinários em matéria civil. Rio de Janeiro, Editora: Forense Jurídica, 1946, págs. 25-260; SEABRA FAGUNDES, M. Conceito de mérito no Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 23, pp. 1-16, dez. 1951, pág. 5.

⁴² Segundo Cretella Júnior “o Poder Judiciário pode examinar o mérito, porque esta palavra está empregada no sentido processual, abrangendo tudo que se refira à apuração da legalidade do ato, editado com apoio no processo”. Cfr. CRETELLA JÚNIOR, José, Ob. Cit., pág. 24.

Discricionariedade e mérito do ato administrativo não têm barreiras, não é possível tratar de mérito do ato administrativo sem adentrar na discricionariedade. Para alguns doutrinadores, mérito do ato administrativo seria uma espécie de sinônimo de discricionariedade⁴³.

A discricionariedade é uma especial qualificação de um poder, a liberdade de escolha do conteúdo do ato em si ou na sua dimensão. Quanto ao mérito, o que se pretende é significar é a adequação de um determinado ato a determinados padrões. Discricionariedade é o meio e mérito é o resultado.

Esclarece-se, para que se possa determinar qual é a melhor escolha administrativa para a máxima promoção do interesse público a ser concretizado, faz-se necessário definir critérios de possibilidade fática e jurídica (conveniência), bem como o momento adequado (oportunidade) para a realização do ato⁴⁴.

Assim, segundo Helly Lopes Meireles:

O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária.⁴⁵

Celso Antônio Bandeira de Mello considera que:

O mérito é o campo de liberdade suposto na lei que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissível perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única adequada.⁴⁶

A questão que emerge está relacionada à operacionalização do mérito administrativo, no sentido da busca da melhor solução frente à situação fática, através da margem discricionária conferida pela lei, mediante a possibilidade de demonstração de um nexo de causalidade entre a produção do ato administrativo (aspecto subjetivo do

⁴³ Segundo SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. Interesse Público, Legalidade e Mérito. Coimbra, Atlantida, 1955, págs. 213/214 apud CODACCI –PISANELLI, SANDULLI, PRESSUTTI, GIANNINI.

⁴⁴ FRANÇA, Philip Gil. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016. pág.173.

⁴⁵MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit., págs. 155-156.

⁴⁶BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Ob.Cit, pág. 38.

ato) e a realização de determinado interesse público a ser concretizado (aspecto objetivo do ato).

O mérito administrativo é de competência exclusiva do agente administrativo, por encontrar-se mais próximo da realidade vivenciada pela Administração Pública, oferecendo melhores condições para eleger o ato mais oportuno, conveniente, adequado, eficaz, com a finalidade de alcançar o fim coletivo, conforme a moldura jurídica aplicável.

Portanto, ninguém melhor para preencher o espaço legislativo deixado propositalmente (discricionariedade) do que quem conhecem de perto os anseios e atividades diárias do Estado.

Sob esta perspectiva, foi desenvolvido em torno do mérito administrativo uma espécie de blindagem, com o fundamento de ser atribuição exclusiva do Poder Executivo, no qual os elementos que o constituem são dependentes do critério e meios técnicos peculiares à atividade administrativa, impossibilitando qualquer controle externo que adentrasse na análise do mérito do ato administrativo.

Ocorre que, mesmo expedido sob o manto da discricionariedade, a Administração Pública deve externar, de forma clara e objetiva, quais são os interesses que serão promovidos pelo ato; quais serão os meios empregados para o ato; quais são as causas da produção do ato e, principalmente, qual é o nexo de causalidade existente na relação desses fatores para a legitimação do ato.

Quando se vincula o que fazer e quando fazer com os valores do Direito, tem-se um atuar administrativo legítimo e ressonante da expressão constitucional que determina um agir administrativo voltado ao bem comum e ao desenvolvimento intersubjetivo. Os limites da conveniência e oportunidade administrativa encontram-se em equivalente lugar nas fronteiras de verificação da boa administração, ou seja, na capacidade de objetivação do ato administrativo e no constante empenho de afastamento de aspecto subjetivo.

3. REVISÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Incontroverso é que o aperfeiçoamento dos meios de controle da Administração Pública representa, inclusive, uma importante ferramenta de combate às arbitrariedades estatais.

A revisão dos atos administrativos é uma das mais poderosas formas de controle da Administração Pública.

3.1. EVOLUÇÃO E SEPARAÇÃO DOS PODERES

Por volta do século XVIII, o modelo de administração vigente era o tradicional, característico da maior parte das monarquias tradicionais Europeias. No absolutismo dos Estados Modernos, o soberano concentra em si o poder de promulgar, de abolir as leis, de executá-las e julgá-las. É ele o único Poder Legislativo, Executivo e instância julgadora, sendo o único imune às leis que cria. O soberano estava, pois, acima das leis como condição de seu poder absoluto e incontestado⁴⁷.

Traço importante dos Estado Modernos é a natureza absolutista de sua organização política, o que significa afirmar que o rei não era atingido e, conseqüentemente, ilimitado pela lei.

O monarca tinha poder de, “através de rescrito ou carta de privilégio, derogar ou dispensar direito anterior (o direito legislativo, o direito consuetudinário, o direito comum)”. Tratava-se de um poder extraordinário que o tornava liberto da obediência às leis e, como corolário, à incidência da atividade jurisdicional, apenas se exigindo que, ao afastar a aplicação da lei, procedesse com consciência de que o fazia⁴⁸.

Neste modelo não existia separação de poderes e o monarca era a figura central do Estado, que detinha nas suas mãos a concentração dos poderes executivo, legislativo e judicial, exercia as funções sem ter de prestar contas a qualquer outro órgão.

⁴⁷HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006. p. 83-107.

⁴⁸HESPAÑA. António Manuel (org.). *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Coletânea de Textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 60.

A Administração Pública, enquanto atividade estatal, não estava sujeita a normas que a regulassem, nem a qualquer tipo de escrutínio. Também não havia qualquer tipo de garantia jurídica ou o direito administrativo, na forma como o conhecemos hoje, que regulasse a atuação da Administração face aos súbditos do Reino, e esta não estava subordinada à lei.

No século XIX, o Estado sofreu um grande avanço na Administração Pública ao superar o tipo patrimonialista erguida com o absolutismo, no qual não havia separação entre o patrimônio público e o privado, que favorecia a um cenário satisfatório à proliferação do nepotismo e corrupção, o que já não era compatível com o contexto que se delineava naquele século, de capitalismo industrial e democracias parlamentares⁴⁹.

Face a latente preocupação universal de se impor limites à ação dos detentores do poder político, aliados à necessidade de garantir direitos mínimos fundamentais aos cidadãos, envolvido por questões que abrangem a Filosofia Política, a Teoria do Estado e do Direito Constitucional, é que se converte o Estado ao modelo de separação de poderes.

Embora a adoção por este modelo de organização política-jurídica seja contemporânea ao Estado Moderno, lastreia-se suas origens à Aristóteles e à teoria da Constituição mista⁵⁰. Apesar de na Antiguidade o filósofo grego Aristóteles ter colaborado para uma primeira noção de divisão de poderes na política, foi o filósofo liberalista inglês John Locke que reforçou esta ideia, porém, quem consolidou essa teoria foi o francês Montesquieu, na obra *O espírito das Leis*, de 1748⁵¹.

⁴⁹ Para Kaline Ferreira Davi, Max Weber foi o principal filósofo que idealizou e impulsionou a substituição de uma Administração Pública do tipo patrimonialista para um modelo burocrático, fixando novas bases dessa forma de administrar na atuação racional, no estrito cumprimento das leis, num modelo hierárquico rígido, na obediência estrita dos procedimentos e na separação entre a administração especializada e política. DAVI, Kaline Ferreira. *Parâmetros positivos ao controle da administração pública pós-moderna: Uma questão de efetividade constitucional*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v.6. n. 2, 2009, p. 229.

⁵⁰ PIÇARRA, Nuno. *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989, p. 33-34.

⁵¹ "Aristóteles identificou, primeiramente, o que hoje se entende como função de Estado (deliberante, executiva e judiciária). Mais adiante, Locke, que também observou três funções do Estado, recomendou que seus exercícios fossem realizados por órgãos independentes, respeitando-se a superioridade da função federativa. Somente com Montesquieu que, sistematizando as lições de Aristóteles e Locke, preconizou que o exercício das três funções básicas do Estado deveria caber a pessoas distintas, cada qual atuando com independência do exercício de suas funções primordiais; afinal, se o uso do poder levaria a abusos, somente o poder limitaria o próprio poder". SADY, A. *Discrecionabilidade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 14.

Inspirada na referida obra é que foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, durante a Revolução Francesa, bem como a reorganização da Administração Pública. A ideia central era de que não houvesse a cumulação de todas as funções estatais exercida por um único Poder e sim a divisão entre eles para não sobrecarregar e ao mesmo tempo para que pudessem fiscalizá-los entre eles, corroborando a finalidade de impedir o abuso de poder.

Sendo assim, restou definido a divisão de tarefas onde o Legislativo seria responsável pela criação das leis, o Executivo pela sua execução e o Judiciário pela fiscalização do seu cumprimento.

A tripartição das funções do Estado em executiva, legislativa e judiciária proporcionou a especialização das atividades governamentais e a relativa autonomia dos órgãos incumbidos de as realizar.

Cada poder desempenha uma função precípua, conforme descrito e paralelamente uma função atípica, desta forma, permitindo uma compreensão equilibrada de pesos e contrapesos, bem como a harmonia entre os poderes que devem ser desenvolvidos com suas respectivas autonomias, de modo a impedir ou dificultar o arbítrio⁵².

A essência do sistema consiste em dar a cada órgão ou sistema de órgãos o poder de impedir ou travar os abusos de autoridade de outros órgãos, estabelecendo predeterminados limites de atuação e função para cada um desses órgãos.

Sendo certo que a teoria de separação dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário) de Montesquieu constituiu, quando da sua criação na forma mais completa de delimitar as diferentes jurisdições⁵³, na sua génese pode-se encontrar a “*rule of law*”⁵⁴, os quatro poderes de John Locke⁵⁵, a teoria dos “*checks and balances*”⁵⁶, ou ainda a separação orgânica-funcional apresentada por Jean Jacques Rousseau⁵⁷.

⁵² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 1990, pág. 116.

⁵³ Montesquieu foi um dos principais responsáveis pela evolução, sistematização e estruturação teórica da doutrina da separação de poderes. É a partir da sua obra *De l'Esprit de Lois*, de 1748, que a teoria que a separação de poderes ganha amplo reconhecimento doutrinário e científico. Ibidem, p. 122. Relativamente às origens do princípio da separação de poderes vide também MACHADO, Jonatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da e HILÁRIO, Esteves Carlos, *Direito constitucional angolano*. 2ª. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 224-225.

⁵⁴ A “*rule of law*” é o princípio jurídico que preconiza que todas as pessoas estão sujeitas à lei, incluindo legisladores, agentes da lei e juizes, e que a contrasta com o sistema monárquico ou com a oligarquia

Segundo Nuno Piçarra, a teoria da separação de poderes emerge em dois momentos distintos: num primeiro momento, ela surge como garantia de liberdade dos cidadãos, onde a lei é a sua maior expressão, para em seguida se verter numa questão de repartição do poder por vários pretendentes, traduzindo o conteúdo político de que se encontra imbuída⁵⁸.

Neste primeiro momento, ela expressa as ideias liberais do Estado constitucional, vertidas sobretudo na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, e que representam o pensamento político racional do Iluminismo, enquanto que a repartição de poder, face a uma época em que se observa a transição do absolutismo para as monarquias constitucionais, se deparou com as dificuldades inerentes ao equilíbrio de funções.

A organização político-jurídica do Estado ocidental encontrou na teoria da separação de poderes a solução ideal e dirimir conflitos de forma justa, tendo como princípio e norte o interesse público, pelo que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a considerou este princípio como norma essencial e decisiva do conceito de Constituição⁵⁹.

A inclusão deste princípio como garantia de liberdade dos cidadãos, fruto da racionalidade do pensamento político doutrinário da época, está na génese das ideias liberais que levaram à criação do Estado constitucional e constitui a defesa mais apaixonada da teoria cunhada por Montesquieu.

onde os governantes se encontram acima da lei. Trata-se de um princípio pretensões anti absolutistas, cujo objetivo era limitar o exercício do poder político então concentrado apenas nas mãos do soberano, dado que essa concentração de poderes e prerrogativas num único órgão poderia levar à arbitrariedade e à tirania. Cfr. BINGHAM, Thomas. *The Rule of Law*. London: Penguin, 2010.

⁵⁵ O poder legislativo, o executivo, o federativo e a prerrogativa. Na forma concebida por Locke, que se vinculava especialmente à Constituição inglesa, os poderes do Estado não se restringiriam ao Legislativo e ao Executivo (incluída a atividade jurisdicional), pois ele reconhecia também os poderes federativo e de prerrogativa, do que resultava uma divisão funcional quadripartida, mas onde o poder legislativo tinha a supremacia. Cfr. PIÇARRA, Nuno, Ob. cit., págs. 63-74.

⁵⁶ Teoria que preconizava uma sociedade política onde a separação de poderes era representada num sistema de freios e contrapesos. Ibidem, pág. 83. Sobre “*checks and balance*”, Cfr. VASCONCELOS, Pedro C. Bacelar de. A separação dos poderes na constituição americana: Do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória. In: *Studia Juridica*, 4. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 29-35.

⁵⁷ Ibidem, págs. 125-139.

⁵⁸ Cfr. PIÇARRA, Nuno, Ob. cit.

⁵⁹ Consagrado no seu Art. 16.º “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. Vide VIANA, Leilson Soares. *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Dissertação de mestrado. Coimbra, 2010, p. 75. Cfr. WEBBA, Mihaela Neto, ibidem.

A influência do iluminismo europeu estendeu-se aos Estados Unidos onde os revolucionários americanos consolidaram um modelo de separação de poderes que visava atenuar a supremacia do Legislativo, garantindo maior equilíbrio na relação entre as esferas de poder, nomeadamente entre o poder Legislativo e o poder Executivo. Estabeleceu nos artigos 1º, 2º e 3º de sua Constituição a clara separação, destiando um artigo diferente para cada um dos Poderes do Estado, não sendo admitidas interferências e nem transferências entre os mesmo, ainda que parciais e/ou temporárias. Assim, a perspectiva teórica proposta pelos norte-americanos seguiu a concepção contemporânea de Lowestein⁶⁰, segundo a qual se deveria aplicar uma divisão de funções estatais entre diferentes órgãos do Estado⁶¹.

A ideia de controle entre os poderes, surgiu na sequência da Constituição dos Estados Unidos da América aprovada na Convenção Constitucional de Filadélfia, em 1787, representada pelos “*checks and balances*”, o sistema de freios e contrapesos, destinados a controlar reciprocamente os poderes distribuídos pelos vários órgãos de soberania. A técnica de controle dos *checks and balances* tinha assim, como objetivos, limitar a autoridade de modo a prevenir arbitrariedades, preservando as liberdades individuais dos cidadãos e evitando, em última instância, a tirania. Este sistema de controle foi fundamental para a independência do Judiciário e para a consolidação do Executivo⁶².

Verifica-se, assim, que o valor subjacente ao conceito clássico de separação dos poderes é a garantia da liberdade, dado que a doutrina liberal anti absolutista dos séculos XVIII e XIX tinha como fundamentos ideológicos a limitação do exercício do poder de modo a prevenir arbitrariedades e abusos por parte do Estado e a proteger a liberdade individual dos cidadãos.

⁶⁰ LOWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona:Ediciones Ariel, 1965. p. 55

⁶¹ Segundo Segundo Fabiano Gonçalves Carlos: “A teoria de Lowestein desmistifica a separação de poderes como dogma, tornando-a pragmática e mais próxima da realidade e do dinamismo do Estado contemporâneo. É possível falar, portanto, em uma divisão de competências materiais – de funções ou de trabalho – entre órgãos, e não em divisão de poderes, já que, para a teoria do Estado, o Poder é unitário, indivisível e indelegável. Acrescente-se que a divisão figurativa de poderes se dá, na realidade, quanto ao exercício do poder, impondo a execução racional e especializada das formas básicas de atividade estatal entre órgãos diversos com competências próprias. Quando se fala em princípio da separação de poderes, deve-se compreender a referência essencialmente como a divisão de funções do Estado entre diversos órgãos estatais.” CARLOS, Fabiano Gonçalves. *Separação de poderes : da concepção clássica à noção contemporânea*.

⁶² CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1986. p. 195.

A evolução teórica da separação de poderes, desde a noção preconizada pela *rule of law*, passando pela concepção clássica de Montesquieu até ao modelo contemporâneo pressupõe um princípio concetual dinâmico, flexível e mutável, que se adapta às circunstâncias sociais, políticas e económicas de cada época.

Toda essa engrenagem da concepção jurídico-formalista da teoria tripartite da separação de poderes acabou por ser consagrada e influenciar diversas Constituições no mundo inteiro, associando-se à ideia de Estado Democrático.

Apesar de teroicamente bem delineado e representar uma enorme evolução no sistema jurídico, tendo de espraído mundialmente, o sistema de separação de poderes apresenta falhas ao não garantir assegurar de modo absoluto sua finalidade.

Com o fortalecimento do sistema jurídico sob o enfoque da constitucionalização de direitos fundamentais, voltados à atender o interesse público e promover cada vez mais garantias individuais, torna-se indispensável repensar a perspectiva clássica e estanque sobre a tripartição dos Poderes, em que se estabelece predeterminados limites de atuação de cada função do Estado sob as perspectivas dimensões primordiais, uma vez que não traz mais respostas suficientes aos anseios das questões que demandam sua aplicação⁶³.

É necessário interpretar a tripartição das funções estatais sob o prisma de cooperação e coexistência harmonica entre as funções Jurisdicional, Legislativa e Executiva do Estado. Em especial, ao assunto abordado no presente trabalho, onde debate-se se o controle jurisdicional do mérito administrativo é ato ou não ato contrário à teoria da separação de poderes das funções do Estado, por suposta usurpação ou substituição de competência administrativa pelo Judiciário.

A tripartição e a organização dos poderes, perpetuou-se na tradição do Estado de Direito como emblemática garantia das liberdades clássicas, chegando aos dias atuais

⁶³ Para Magiera, “o conceito de separação dos poderes é , pelo menos, equívoco”, e pauta-se pelas relações efetivas de poder vivenciadas num determinado contexto histórico⁶³. MAGIERA, John. *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1979. apud TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 858.

como uma feição distorcida pela desconfiança de uma suposta ingerência funcional indevida do Judiciário na esfera de competência do Executivo.

Por outro lado, o apego a conceitos enraizados, em etapas já superadas da evolução jurídica, acerca do princípio da separação de poderes como fundamento para não enfrentamento de questões relativas ao controle da Administração Pública, constitui-se verdadeira recusa ao atendimento da essência do Estado, uma vez que a nenhum dos Poderes constituídos é facultada a disponibilidade do exercício de sua função.

Assim, conclui-se que embora tivesse surgido como solução, a separação dos poderes não assegurou de forma plena o respeito e garantias fundamentais, porém, foi através da nova organização política-jurídica do Estado que foi possível compreender a necessidade do poder estatal estabelecer o controle sobre o próprio poder por ele criado⁶⁴, afinal, a constituição de poder sem controle é dominação. Isto é, o controle é elemento mantenedor do poder legitimamente constituído.

O controle é mecanismo de legitimação, de segurança e de concatenação de uma previsibilidade mínima decisória para uma sustentável e permanente evolução do sistema e seus partícipes.

O poder estatal apenas consegue alcançar seus objetivos produtivos de promoção do bem de todos do bem de todos por meio de um estreito e efetivo sistema de controle do que é público. Todo e qualquer ato estatal precisa de linhas limítrofes objetivamente estabelecidas para que viabilize o controle de tudo aquilo que é público, pois não pertence ou está disponível a parcela da sociedade, mas para todos e para o bem de todos.

⁶⁴ Marques Neto acresce que houve uma releitura do Direito Administrativo, dependente de uma concepção de interesse público, voltada a justificar a existência do poder político soberano e restrito à esfera pública. Ao mesmo tempo que outorga poder ao Estado precisava de uma legitimação, era necessário implementar um arcabouço de regras e princípios que o limitassem, um campo de Direito que assegurasse um intervencionismo estatal aceitável, como proteção contra o risco de exercício arbitrário do poder político. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Os grandes desafios do controle da Administração Pública*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, abr. 2010, p. 9-10.

3.2. CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

A atual Administração Pública⁶⁵, consagrou-se com a implementação do Estado Democrático de Direito⁶⁶, representando um longo, complexo e trabalhoso processo de sujeição do Estado à lei, considerando a forma de governo quase totalitária no mundo imposta à sociedade, sob a forma de soberania e monarquia, no qual imperava a satisfação de interesses privados sobre os coletivos por parte dos governantes, razão pela qual a coletividade sempre experimentava o dissabor de incontáveis abusos e atrocidades cometidos sob a égide da supremacia do Estado.

Com a conscientização da sociedade e pressão sobre a necessidade de mudança, tornou-se imprescindível a efetiva alteração no modelo de governar, principalmente quanto à imposição de limites à atuação estatal, conquistada gradativamente através de inúmeros conflitos e revoluções.

Fixada a concepção hodierna de Estado de Direito⁶⁷, cujo conceito vinha se desenvolvendo estruturado sobre o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, é que se instituiu o Direito Administrativo.

Com a reorganização da Administração Pública através da divisão de função e poderes, ao Legislativo ficou designada a criação das leis, ao Executivo a execução das leis, e ao Judiciário a fiscalização do seu cumprimento.

⁶⁵ “(...) quando alusiva ao conjunto de entidades jurídicas que podem desenvolver a atividade administrativa de interesse coletivo.”. CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo. vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 5-6.

⁶⁶ Conforme Jacques de Chavelier “In L État de droit, pp, 11/15”, citado por Edson Aguiar de Vasconcelos: o tema “Estado de Direito” é a tradução literal da palavra “Rechtsstaat”, de uso corrente na doutrina jurídica alemã desde a metade do século XIX, e teve suas primeiras teorizações realizadas pelo liberal R. Von Mohl em 1832 e pelo conservador F. J. Stahl, em 1856 (...). A concepção inicial do “Rechtsstaat” entendia o Estado com assento na razão e conhecimento humano, com base numa Constituição que garantisse legitimidade racional e que impedisse qualquer forma de arbítrio. Essa ideia evoluiu e continua em franca evolução nos nossos dias. VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Controle Administrativo e Parlamentar*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 9-10.

⁶⁷ A locução Estado de Direito não significa a mera existência de um conjunto de normas aleatórias, liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social. – Odete Medauar. MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 28.

O sistema jurídico desenvolvido forçou o Executivo, em decorrência do princípio da legalidade, primeiro grande princípio norteador da atividade administrativa⁶⁸, a submeter-se às leis editadas pelo Legislativo, que prescreve como se desenvolverá a atuação administrativa, portanto, apenas executará as normas.

O episódio central da história administrativa no século XIX é a subordinação do Estado ao regime da legalidade. A lei, como expressão da vontade coletiva, incide tanto sobre os indivíduos como sobre as autoridades públicas. A liberdade administrativa cessa onde principia a vinculação legal. O Executivo opera dentro dos limites traçado pelo Legislativo, sob a vigilância do Judiciário.

A esse fenômeno de legalização da atividade administrativa associa-se, mais recentemente, a tendência de fortalecimento do Poder Executivo. A sociedade liberal, baseada na livre iniciativa, aprofundou-se em contradições e antagonismos. Os interesses se organizavam em grupos, provocando conflitos intoleráveis com os postulados de ordem democrática. O Poder Público foi convocado a disciplinar e conter a atividade privada, sujeitando-se aos princípios do bem comum e da justiça social⁶⁹.

À luz da legalidade, todas as atividades da Administração Pública são limitadas pela subordinação à ordem jurídica. O procedimento administrativo não tem existência jurídica se lhe falta, como fonte primária, um texto de lei. Mas não basta que tenha sempre por fonte a lei. É preciso, ainda, que se exerça segundo a orientação dela e dentro dos limites nela traçados. Só assim o procedimento da Administração é legítimo.

Para tornar efetiva, no mecanismo estatal, a submissão da Administração Pública à ordem jurídica, existe um tríptico sistema de controle das suas atividades: controle administrativo, controle legislativo e controle judicial.

O controle administrativo, é um controle um autocontrole dentro da Administração Pública, tem por objetivo corrigir os defeitos de funcionamento interno do organismo administrativo, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar reparação a

⁶⁸ Nas palavras de Marcelo Rebelo de Souza, que afirma ser a legalidade princípio estruturante de primeiro grau, do qual todos os demais princípios, os quais, ao serem violados, implica também violação da legalidade. SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa: Lex, 1999, pág. 99.

⁶⁹ Phillip Gil França cita Caio Tácito (Tácito, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, p.1) ao resumir a vinculação do Estado ao princípio da legalidade. FRANÇA, Phillip Gil. *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marioni/Sérgio Cruz Arenhart*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 689.

direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei.

No interesse da Administração Pública se exerce *ex officio*, por meio do poder disciplinar, instruções, ordens, etc⁷⁰.

O controle legislativo ou parlamentar compete ao Poder Legislativo. É essencialmente político, destinando-se à fiscalização das atividades administrativas do ponto de vista geral da sua legalidade e conveniência ao interesse coletivo.

Ao Poder Judiciário compete o exercício do controle chamado jurisdicional ou judiciário. Insurge da própria finalidade ao qual foi criado, qual seja, a constatação de que as normas jurídicas estão sendo cumpridas. A ideia do controle do Estado encontra fundamento no princípio fundamental da inafastabilidade da prestação jurisdicional estatal, para tanto, a atuação estatal deve estar voltada a viabilizar o exercício do seu poder-dever de prestar a adequada tutela jurisdicional, estabelecendo limites ao seu desempenho, bem como a indicação de possíveis caminhos para uma ampla e apropriada tutela jurisdicional no controle da Administração Pública.

Exalta-se o essencial papel de prestação da tutela jurisdicional do Estado, pois desempenha função importantíssima para auxiliar a manutenção e a sustentabilidade do sistema jurídico.

O controle judicial do ato administrativo é a força do Estado-Juiz aplicada à atividade executiva estatal com o objetivo de impedir ou corrigir sua atuação fora dos limites do sistema legal institucionalizado, ou contrária aos valores que conformam o Direito, ou até mesmo, cancelar a regularidade do ato administrativo.

É a atividade que tutela, com força definitiva e quando providada, como a Administração deve se portar para cumprir sua missão constitucional, quando assim se distancia do desiderato fundamental.

Necessário que se faça se uma ampla interpretação do exercício da tutela jurisdicional face à atividade administrativa, pois há de ser efetivada de forma plena, e não para pontuais exemplos heróicos do Judiciário. O objetivo é a redução de espaços

⁷⁰ SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualização de Gustavo Binbenbass. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 108.

para pregar técnicas de escapismos administrativos⁷¹, mesmo porque não se pode mais compreender que tal controle figure num mero método negativo repressivo da atuação executiva.

O controle judicial da Administração Pública indica um fortalecimento da própria atividade administrativa estatal, isso porque a chancela de legalidade trazida pela verificação jurisdicional reforça a legitimidade do ato administrativo.

O problema comum de se controlar o poder estatal foi solucionado ao menos por duas maneiras nos vários ordenamentos jurídicos. Refere-se aqui a solução francesa e à solução anglo saxônica, que criaram sistemas de controle jurisdicional da Administração, posteriormente adotado em outros países.

Na França adotou-se um sistema de jurisdição que se caracteriza por uma dualidade: em paralelo à jurisdição ordinária ou comum funciona uma jurisdição administrativa, destinada a julgar litígios que envolvem a Administração Pública. Ao lado e de forma independente da jurisdição ordinária comum cabe a uma jurisdição especial, formada por um conjunto de juízes ou tribunais administrativos, o controle dos atos do Poder Executivo (atos administrativos em essência). Essas Cortes Administrativas são encabeçadas por um órgão superior em regra denominado de Conselho de Estado.

Desta forma, há uma jurisdição especial do contencioso administrativo, formada por tribunais especiais administrativos, o que determina a existência de uma dualidade de jurisdição, qual seja, a jurisdição administrativa, formada pelos tribunais de natureza administrativa, e a jurisdição comum, formada pelos órgãos do poder Judiciário, com competência de resolver os demais litígios.

O sistema francês ganhou essa nomenclatura por se ter desenvolvido na França, mas também é conhecido por outras denominações, entre elas, administração executiva, jurisdição dual, contencioso administrativo, e é também utilizado em diversos países, quase em todos os continentais da Europa Ocidental, respeitadas as variantes e peculiaridades com as quais se aplica esse sistema. Entre os países que adotam tal

⁷¹ Phillip Gil questiona neste sentido: “Qual é o sentido de o maquinário público administrativo atuar, determinadas vezes, de maneira a esquivar-se do controle judicial, considerando a inexistência de faculdade de atendimento ao interesse público, como finalidade maior de toda sua atividade?”. FRANÇA, Phillip Gil. Ob. cit., p. 687.

sistema há de se ressaltar Portugal, Suécia e Alemanha, e na América influenciou países como a Colômbia, o Equador, o Uruguai e a Venezuela.

Por outro lado, o sistema anglo saxónico desenvolveu-se no direito inglês, adotando a jurisdição una, na qual os julgamentos dos litígios em que a Administração Pública é parte, competem aos juízes e tribunais comuns, admitindo-se varas especializadas, inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição⁷².

Também responde pelo nome de sistema inglês, sistema judiciário, da jurisdição una, do monopólio de jurisdição ou controle judicial e consiste no Judiciário comum ser o único a ter conhecimento exclusivo dos litígios, ainda que a Administração Pública figure como parte.

Sejam litígios de cunho administrativo ou de interesse exclusivamente privado serão submetidos ao mesmo Judiciário, que dará solução judicial às controvérsias, produzindo decisões definitivas, com força de coisa julgada. Extrai-se que esse sistema coloca no mesmo patamar Administração Pública e particulares.

A atividade estatal fica sujeita ao controle jurisdicional dos tribunais comuns, pois só há um único sistema julgador tanto ao Estado quanto aos particulares, não se pode invocar privilégios ou imunidades e os tribunais aplicam os mesmos meios processuais a qualquer relação que é submetida à sua apreciação. Portanto, não há que se falar em formas de resoluções distintas em remessas que envolvem Administração Pública ou particulares.

Este sistema teve origem em Inglaterra, em resposta ao povo que se revoltou contra os privilégios e desmandos da Corte Inglesa. A jurisdição una propagou-se, sendo adotada como modelo em vários países, como Escócia, Irlanda do Norte e do Sul, Países de Gales, Canadá (exceto Quebec), México, Brasil, Argentina, além de países colonizados ou de domínio britânico como Austrália, África do Sul e Índia. Também é utilizado pelas colônias norte-americanas, dando continuidade ao sistema adotado mesmo após a proclamação da independência, passando a integrar a Constituição dos Estados Unidos da América, onde conserva a sua maior pureza.

Embora haja diferença entre os sistemas de jurisdição administrativas, notam-se denominadores em comum independentemente do sistema que um país irá adotar,

⁷² MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit., p. 10.

conforme se observa adiante: a) somente pode ser retratado de controle de ato administrativo – definitivamente - por via judicial, ou seja, através de processo instaurado, conhecido e julgado em Tribunal, devendo apenas serem observadas e conseqüentemente respeitadas as regras do sistema utilizado pelo país que emana o ato administrativo; b) dota-se de um conjunto de instrumentos contemplados no ordenamento jurídico com o objetivo de fiscalizar/controlar atos administrativos ilegais ou ilegítimos emitidos pelo Poder Público nos seus mais variados níveis de governo.

Vê-se que a revisão dos atos administrativos pelo Judiciário se justifica pela necessidade de controle do Poder Estatal, o controle não representa amarras ao exercício do Poder Executivo, apenas impede a desvirtuação de sua atividade, que caso seja desempenhada aliada aos preceitos do sistema jurídico ao qual está submetido, apenas será chancelada pelo Estado-Juiz, instrumentalizado pelo processo. O controle é necessário e sua efetiva utilização apenas vem a ser reverida em prol da sociedade.

É essencial o papel da prestação da tutela jurisdicional do Estado para a promoção do desenvolvimento da nação, entretanto, o próprio ordenamento jurídico deve munir-se de instrumentos adequados e eficientes para auxiliar o controle da Administração Pública, a ausência destes sinalizam a debilidade dos mecanismos judiciários.

Por vezes, o próprio Estado viabilizador dessa tutela age, em algum momento, de maneira furtiva ao obrigatório controle exercido pelo Poder Judiciário, pois, não raro, desinteressa para os seus operadores as amarras da sindicabilidade judicial existentes justamente para evitar o abuso do seu poder⁷³.

É nesse contexto de crítica e questionamento que o Judiciário vem assumindo um papel de destaque à proteção dos direitos fundamentais e à ampliação da cidadania⁷⁴.

⁷³ Acresce Philip Gil França: "Desse modo, o Estado, muitas vezes, utiliza-se da expedição de atos normativos que ultrapassam os limites impostos pelos valores de independência, separação e harmonia dos Poderes. Outras vezes, esconde-se sob uma turva ideia de espaço de discricionariedade de sua atuação, pois crê - erroneamente - que o mérito de suas ações não se submete ao controle do Poder Judiciário". FRANÇA. Philip Gil. Ob. Cit. p. 63.

⁷⁴ Neste sentido, acrescenta Marcos Cezar Moutinho da Cruz: "É nesse contexto que se pode dizer que a responsabilidade do Poder Judiciário, no mundo inteiro, é majorada, tendo em conta que o respeito e a efetivação das normas jurídicas devem ser garantidos através da intervenção dos juizes, e os tribunais surgem como verdadeiro pressuposto da efetivação dos direitos, sobretudo dos direitos fundamentais. Neste sentido: 'Porque o Estado de direito implica que a liberdade de decisão dos órgãos do Estado esteja,

E para compensar o conflito que eventualmente exsurge entre o Judiciário e o Executivo no tocante ao controle judicial, especialmente pelas dificuldades que os tribunais enfrentam em termos de legitimação, seu desafio é a ampliação do espaço público de participação e de processos comunicativos que ampliem o acesso à instâncias de poder, para se aproximar da sociedade e se transformar em arena de efetivação de direitos, sem que isso signifique uma supressão das instâncias político-majoritárias que são axiais à compreensão democrática de Estado.

É importante refletir sobre a construção de um modelo de atuação judicial que seja capaz de representar uma via adequada à concretização e à legitimação do Estado Democrático de Direito, devendo-se reconhecer os seus limites institucionais de atuação, que devem ater-se aos parâmetros, regras, procedimentos que se destinam a tornar o mais racional possível e com certo grau de objetividade a prática adjudicatória, ainda que se reconheça a inevitável dose de discricionariedade administrativa que existe (e persiste) na atuação do agente administrativo.

Ante esse estado de coisas, o Judiciário vem se resignificando e destacando-se nos regimes democráticos, notadamente com o surgimento do Constitucionalismo democrático que trouxe consigo a universalização do *judicial review* e, como consequência, uma crescente expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário sobre as decisões dos outros poderes, pondo em evidência o ser novo papel na vida coletiva, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação da norma constitucional.

Verifica-se a força do discurso de proteção dos direitos humanos e das virtudes cívicas. Presencia-se uma crescente mobilização por parte de distintos atores sociais em torno à inamovível força vinculante dos valores de justiça. Esse movimento impulsionou um crescente protagonismo político do Poder Judiciário, ao depositar nele

a todos os níveis, limitada pela existência de normas jurídicas superiores, cujo respeito deve ser garantido pela intervenção de juízes, os tribunais tendem a aparecer com pedra angular e condição da realização do Estado de direito: a hierarquia das normas não se efectiva se não for jurisdicionalmente sancionada e os direitos fundamentais não são assegurados se não existirem juízes independentes que garantam sua proteção' (*In: AFONSO, Orlando Viegas Martins. Poder judicial - Independência. In: dependência, Coimbra: Almedina, 2004, p.19*)". CRUZ, Marcos Cezar Moutinho da. Independência e responsabilidade dos juízes./ Marcos Cezar Moutinho da Cruz./ Curitiba: Juruá, 2018. Pág. 43.

novas expectativas sobre sua capacidade de resolver os mais diversos conflitos não solucionados pelas instâncias político-representativas⁷⁵.

Para Tate⁷⁶, nas democracias contemporâneas, a influência do modelo político-filosófico liberal fundamentou e contribuiu imensamente para a "expansão global do poder dos juízes", pois parte-se do pressuposto de que os juízes devem ter um papel proeminente na determinação do que exige o direito em cada caso, atuando o órgão judicial como instrumento de proteção de direitos frente ao Estado, segundo a premissa de que o direito não depende meramente da vontade legislativa, mas da construção que o intérprete realiza do conteúdo da norma jurídica.

Trata-se da influência de um modelo que concebe a supremacia constitucional e o controle judicial das leis como instituições essenciais no interior de um Estado Democrático de Direito, a fim de garantir a manutenção dos regimes democráticos, de um núcleo substancial de valores intangíveis e do império do direito, a partir do controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

Nas principais democracias contemporâneas, a expansão do Poder Judiciário está associada à consolidação do Estado Democrático de Direito e à propagação dos Direitos Humanos, após a trágica experiência vivida na segunda guerra mundial⁷⁷. A partir de então, um novo constitucionalismo emergiu afim de criar constrangimentos substantivos à arena majoritária, através da imposição de limites à regra da maioria e da ideia de supremacia da Constituição, e proteger os valores humanos e democráticos presentes na Carta Constitucional.

Assim, o Poder Judiciário projeta-se como importante alternativa institucional desses novos valores de constitucionalismo democrático, representando um tipo inédito

⁷⁵ A este respeito a autora acresce: "A reação democrática na Europa em favor da proteção de direitos como mecanismo preventivo das práticas dos regimes totalitários derrotados na segunda guerra mundial, permitiu atrocidades in nomine legis, foi determinante para a consagração da democracia e à constitucionalização de direitos. Sob a influência dessa realidade, a política aliada do pós-guerra adotou como um de seus principais fundamentos a expansão do modelo constitucional democrático de governo, o que propiciou uma reorganização do sistema judicial aos países perdedores, a partir de uma estrutura de independência e de controle jurisdicional das normas jurídicas e dos atos do Executivo e Legislativo" VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial* / Loiane Prado Verbicaro ; Prefácio de José Eduardo Faria. - 2. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019. p. 22/23.

⁷⁶ TATE, Neal & Vallinder, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995. p. 27-36.

⁷⁷ VERBICARO, Loiane Prado. Ob. Cit., p. 390.

e peculiar de espaço público contramajoritário, capaz de, com a ampliação de sua dimensão política, resguardar os ideais de igualdade, liberdade e dignidade humana.

O fenômeno do controle judicial que surge nesse contexto de maior inserção quantitativa e qualitativa do Poder Judiciário na seara administrativa, está associado a uma participação mais intensa do Judiciário na realização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos poderes do Estado. Situações como: aplicação da Constituição a casos não expressamente contemplados em seu texto e independentemente de regulamentação pelo legislador ordinário; a imposição de condutas ou de abstenção ao Poder Público, especialmente em matéria de discricionariedade administrativa; a declaração de inconstitucionalidade com fundamento em critérios menos rígidos do que os de evidente e ostensiva violação da Constituição, são exemplos de que se judicializam, denotando uma postura proativa do Poder Judiciário.

Otto Bachoff⁷⁸ ressalta que a viabilidade do controle judicial assegura a liberdade, a democracia e reestabelece a frágil crença na soberania do Direito, sem que tal mediação judicial prejudique as legítimas funções do Legislativo, do governo e da administração pública.

Afirma-se, portanto, o Poder Judiciário como verdadeiro poder capaz de, com variações de intensidade, descontinuidades inerentes à história das instituições, consolidar o fenômeno de expansão global do Poder Judiciário nas democracias contemporâneas. Autoriza o Judiciário a determinar a compatibilização de uma atuação administrativa aos valores contemplados no Estado Democrático de Direitos, através de um controle judicial. Não se trata, pois, de uma substituição arbitrária e peremptória das vias democráticas pela via judiciante, trata-se, em verdade, de uma intervenção complementar, representando um reforço à lógica democrática, e não a negação de seus fundamentos e pressupostos.

A análise judicial deve, pois, ser fundamentada como a “emanação de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa”⁷⁹.

⁷⁸BACHOFF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cuadernos Taurus, 1959. p. 16,62.

⁷⁹DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. VIII.

É função do Judiciário, portanto, garantir os direitos presentes na Constituição. A partir dessa perspectiva, qualquer atuação administrativa que, porventura, contrarie as normas constitucionais, deverá ser controlada pelo Poder Judiciário.

O Estado-juiz detém a prerrogativa de impor a sua declaração do Direito conforme suas conclusões e juízo, isto é, tem poder de executar suas convicções na sociedade, como palavra decisória final nas relações interpessoais. Em síntese, detém o monopólio (e o dever-poder) da prestação da tutela jurisdicional efetiva. Contudo, para a conscientização da prestação jurisdicional pelo Estado, conforme o sistema democrático de direito instituído, existe a necessidade de normas cogentes de padrão de comportamento previamente estabelecidas para que, assim, o direito possa refletir em fatos sociais, os quais, em razão de tal reflexo – do universo social ao universo jurídico –, se tornam fatos jurídicos e detém a permanente tutela do Poder Judiciário. Dessa forma, diretamente se observa a realização desse discurso como o pilar principal de sustentação e fundamento do essencial controle da atividade da Administração pública, responsável pela guarda da coisa pública.

3.3 CONTROLE COMUM DO ATO ADMINISTRATIVO

Importa abordar ainda que sucintamente sobre o controle comum do ato administrativo, eis que impõe à atividade judiciária também fiscalizar a expedição e compatibilização dos atos emanados na função do Poder Público, ainda que pertinente sobre sua mais rasa superfície.

Circunscrito ao controle dos aspectos vinculados do ato administrativo, ou seja, ao exame dos vícios de incompetência, de forma, de desvio de poder, do erro de fato e do erro de direito, denomina-se o controle jurisdicional da atividade administrativa denominada “controle mínimo”.

O controle da legalidade da Administração não é, afinal, monopólio ou privilégio de ninguém. Dele compartilham os vários poderes do Estado. Dele se utiliza qualquer do povo quando ferido em seu direito ou interesse legítimo. A defesa da ordem jurídica é, sobretudo, um dever de cidadania: a mística da lei e a fidelidade ao interesse

público são a essência mesma da sociedade livre e moralizada. A legalidade não é uma simples criação de juristas, dosada em fórmulas técnicas e símbolos latinos. É o próprio instinto de conservação da comunidade. A todos incumbe, assim, o dever elementar de vigilância, a paz social traduzida na lei e no direito⁸⁰.

A máquina estatal está sujeita a um efetivo controle, da sociedade e do Judiciário, além do mister essencial de zelar pela excelência de sua própria atuação, conforme o obrigatório exercício do autocontrole.

3.4. O AUTOCONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A Administração Pública pode anular seus próprios atos, quando eivados de vício que os tornam ilegal, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial⁸¹.

O autocontrole da Administração Pública tem por objetivos corrigir os defeitos de funcionamento interno dos organismos administrativos, aperfeiçoando-o no interesse geral, e ensejar a reparação a direitos ou interesses individuais, que possam ter sido denegados ou preteridos em consequência de erro ou omissão na aplicação da lei⁸².

É dever da Administração exercer a supervisão de seus atos, no sentido de coibir e corrigir eventuais disparidades, de forma célere e com vistas a evitar reflexos negativos àqueles envolvidos com sua atuação, com destaque à sociedade. Contudo, se tais reflexos forem inevitáveis, cabe à Administração se portar de maneira a prontamente corrigir o ato (ou omissão) não coincidente com os valores de legalidade e direito e, quando for o caso, de ressarcir eventuais danos aos administrados. Dano este que deve ser verificado de maneira objetiva para o cidadão, isto é, sem se questionar a

⁸⁰ Nas lições de Caio Tácito sobre os meios de controle da atividade da Administração Pública. TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 136.

⁸¹ No Brasil, o permissivo de autocontrole da Administração Pública vem da Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal – STF.

⁸² Nas palavras de Miguel Seabra Fagundes. SEABRA FAGUNDES, Miguel. Ob. cit., p. 126.

culpa pelo ato (ou omissão) geradora da responsabilidade, demonstrando tão só o elo de causalidade entre o ato da Administração e o conseqüente dano.

A partir da situação de constante busca do agir corretamente e pronta correção de disparates, é que se observa o importante papel do exercício do autocontrole da Administração Pública, no sentido de conceder à população a certeza (pelo menos teórica) de que a máquina criada para atuar em prol do seu bem-estar será operada com atendimento aos critérios de excelência. Portanto, sem que seus operadores a usem em proveito pessoal ou para beneficiar – ou prejudicar – determinadas pessoas.

Espera-se da Administração, assim, dentro de um sistema de revisões, supervisões e questionamentos de seus subordinados, conforme uma concatenada estruturação hierárquica, a repressão e dissuasão das ações contrárias ao direito, mediante uma justa e organizada estrutura disciplinar. De igual forma, almeja-se o exercício do desempenho administrativo eficiente, com fins de viabilidade prática do bem-estar e desenvolvimento do ser humano que funciona como combustível desta máquina.

Isto posto, Philip Gil França⁸³ sintetiza que constitui dois pilares para a devida viabilização do autocontrole da administração, estando dispostos na ideia de uma:

- a. Estruturação hierárquica (poder hierárquico) da Administração, com o fito de que todos os atos exarados por aquela estrutura possam ser verificados e prontamente corrigidos, quando eivados de vício, pela objetiva e célere ação daquele que se encontra em posição hierárquica superior. Ou seja, pressupõe-se que naquela posição o administrador com superior hierarquia, em razão de sua maior e melhores condições de gerir o restante do ente, assim, detém de competência para substituir ou corrigir atos viciados de outros, conforme lei correspondente que lhe conceda tal autorização. Essa verificação se dá, basicamente, quanto à forma, objeto, motivação, competência e finalidade do ato exarado. De igual monta, detém prerrogativa a Administração substituir atos que estão em plena conformidade com a lei, contudo, por critérios discricionários de conveniência e oportunidade, ache por bem promover a sua revogação (vinculada ao interesse público);

⁸³FRANÇA, Philip Gil. Ob. Cit. p. 103/104.

- b. O segundo pilar é o exercício do poder disciplinar da Administração, em que se procura responsabilizar os agentes faltosos, no sentido de promover uma resposta jurídica corretiva proporcional ao erro cometido, gerando, assim, uma pena administrativa com o fito de conceder uma retribuição negativa ao ato (ou omissão) lesivo causado com finalidades inibitórias para que novos atos (ou omissões) indevidos/as não sejam repetidos. Dessa forma, tem-se como meta a seleção dos “excelentes” e a expurgação daqueles atos viciados para, uma vez superados estes, possa-se apresentar à sociedade um efetivo crescimento, melhora, atualização e manutenção do maquinário público correspondente com a ideia de interação com o cidadão para sua promoção, tendo como eixos os valores que conformam a ideia de sua existência com dignidade.

Em síntese, pode-se afirmar que a Administração busca, com o controle de si mesma, resguardar-se a si própria, e corrigir erros que porventura venha a contra indivíduos ou interesses sociais.

O controle se exerce de ofício, nas situações em que a autoridade reconhece o erro por agente administrativo, independente de provocação, ou em virtude de recursos administrativos, interpostos pelos prejudicados ou por terceiros nos casos previstos no ordenamento jurídico.

Esses sistemas, bem aparelhados, atuam preventivamente, além de terem função estimulante, conduzindo os órgãos de execução a atuarem em tempo adequado e corretamente, observando a legislação pertinente. Assim, diminui a possibilidade de refazimento do ato ou tomada de medidas, por recomendação ou determinação de órgãos de controle externo.

Assim, imprescindível se faz, não apenas a Administração atuar proativamente em função de verificar corrigir seus atos, bem como punir seus infratores, mas também, cabe a ela o empenho de viabilizar o pleno e salutar exercício da sindicabilidade externa de seus atos, para, destarte, alcançar a indicação da boa Administração Pública.

3.5 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

Ao poder Executivo foi concedida a prerrogativa da discricção, tendo em vista a dinamicidade, característica inerente à Administração Pública, que exige uma atuação eficaz, célere e que atenda aos fins públicos, resquício de uma atuação soberana e incontestável do Estado, porém, totalmente necessária para o bom desenvolvimento das atividades administrativas.

A raiz histórica da teoria da discricionariedade a define como um âmbito no qual a Administração podia decidir autonomamente, sem vínculos ou parâmetros jurídicos, vedava-se qualquer forma de interferência externa, mesmo sendo competência do Poder Judiciário a fiscalização do cumprimento da lei era impedido de revisar tais atos, pois eram editados com base na discricção administrativa, revestindo-se, portanto, de caráter essencialmente político, sendo esta uma função típica e exclusiva do poder Executivo.

Razão pela quais muitos atos eram praticados sob a manta da discricionariedade pública, para se furtarem aos controles jurisdicionais. Cabia aos tribunais distinguir a área de exercício da discricionariedade das questões completamente verificáveis.

Conforme já demonstrado, a releitura da Administração Pública impôs um sistema de controle e revisão dos seus próprios atos, como forma de legitimar o Poder Estatal. Neste sentido, via de regra, os atos emanados pelo poder público estão submetidos a apreciação judicial.

Segundo Hely Lopes Meirelles, em termos governamentais entende-se por “controle” o “conjunto de atribuições de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta funcional de outro”⁸⁴. Quanto controle judicial da Administração, é quando é exercido pelo Poder Judicial na finalidade de verificar se a atividade estatal cumpriu todas as normas de Direito Administrativo⁸⁵

Verifica-se assim que nas análises de questões envolvem a Administração Pública, o juiz não está exercendo a mesma função que exerce quando arbitra sobre um litígio entre particulares, mas está, a exercer um controle efetivo sobre a Administração,

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. Cit., pág. 158.

⁸⁵ CORREIA, J. M. Sérvulo. O Controlo Jurisdicional da Administração no Direito Inglês. Lisboa: Edições Ática, 1973, p. 109.

na medida em que fiscaliza, orienta e corrige a conduta administrativa que toca direitos e interesses legítimos⁸⁶.

O controle da Administração Pública exercido pelo Judiciário deve ser verificado com cautela para que seus efeitos, dentro de uma sistemática lenta e burocrática, não sejam utilizados com objetivos não tão nobres quanto é a segurança jurídica dos atos administrativos em prol do cidadão⁸⁷.

Considerando a natureza da atividade administrativa, cuja variedade e multiplicidade das situações que lhe são presentes, excluem, em muitos casos, disciplina uniforme e precisa, lhe conferido uma necessária liberdade de movimento, e, considerando o dever judicial de controle da atuação estatal, conforme amplamente defendido no bojo deste trabalho, suscita-se, qual o parâmetro/critério a ser adotado pelo Poder Judiciário no efetivo controle da atividade administrativa quando a própria legislação confere liberdade para sua atuação?

Seria justa e legítima a subsunção da discricionariedade administrativa ao julgamento feito pelo Judiciário? Veja-se, outro órgão que sequer vive a realidade, nem tampouco conhece as necessidades administrativas, podendo incorrer num enorme prejuízo à sociedade, como exemplo de uma decisão injusta, implicando numa verdadeira intromissão de um Poder no outro, no qual o Judiciário poderia estar excedendo seus limites.

Apoiar-se nessa linha de raciocínio, seria contrariar a própria razão que encontra-se erigida atualmente a estrutura da Administração Pública. O controle judicial da Administração Pública indica um fortalecimento da própria atividade administrativa estatal, isso porque a chancela de legalidade trazida pela verificação jurisdicional reforça a legitimidade do ato administrativo.

⁸⁶ FERREIRA, Sérgio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

⁸⁷ “Qualquer órgão ou agente incumbido do controle, deve sempre perquirir e avaliar as conseqüências da medida de controle antes de adotá-la, não para tornar o controle mais lasso, mas para modular as medidas corretivas ou acautelatórias no sentido de que elas tenham o menor impacto para o interesse público mais denso envolvido no caso”- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob. cit., p. 12-13.

Dentro desta reflexão sugere-se o estudo da doutrina de Alexy⁸⁸, com o fito de encontrar um resultado racional para o dilema da atuação discricionária da Administração Pública e o necessário controle do Poder Judiciário.

Alexy defende uma sistematização racional de ponderação de valores, visando a concessão de instrumentos ao juiz para o alcance da melhor resposta. A relação da doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário sugerida apontam o caminho do abandono da mera blindagem do aspecto discricionário do ato administrativo.

Tem-se que a relação sugerida entre a doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário perante os *hard cases* advindos do ato administrativos discricionários, deve servir com um caminho para a efetiva prestação jurisdicional pelo Estado. Como exposto, tal efetividade ocorrerá quando o Poder competente para definir a resposta no sistema jurídico adotar a plena ideia de adequação do ordenamento legal ao primado dos princípios fundamentais.

No caso dos atos discricionários, estes devem apresentar um motivo, ou seja, devem ser calcados numa situação fática que os motivou. A esse respeito a escola francesa desenvolveu o que se chama de teoria dos motivos determinantes, segundo a qual, os motivos que determinam a atuação do administrador, ou seja, aqueles que levaram o administrador a adotar uma postura, em detrimento de outra, caracterizam-se por requisitos de validade/legitimidade do ato, podendo ser analisados pelo Poder Judiciário.⁸⁹ Motivo pelo qual, o ato administrativo que não possui um motivo pautado no atendimento do interesse público, está, no âmbito do Direito Público, ferido de vício insanável, porquanto não observa a sua finalidade.

Para Edmir Netto de Araújo o “impulso da vontade decorrente do binómio evento-situação mais interesse público”, é condição intrínseca da legalidade⁹⁰. E explica que, após verificar se o motivo é requisito de existência e validade do ato administrativo desenvolveu-se a teoria dos motivos determinantes, a que se baseia nas seguintes premissas: a) os motivos esboçados no ato presumem-se determinantes; b) a necessidade de exposição expressa, clara e fundamentada dos motivos em determinado

⁸⁸ Notadamente: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

⁸⁹ ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. pág. 459

⁹⁰ Idem, pág. 461.

ato decorre de determinação legal; c) o motivo deve ser lícito; d) cumulando-se vários motivos, a ilicitude de um deles não implica nulidade do ato; e) o Poder Judiciário somente analisa os motivos determinantes quando impugnados, cabendo à parte o ônus da prova⁹¹.

Por outro lado, Luís Manuel Fonseca Pires propõe a análise do ato administrativo e da discricionariedade sob um viés analítico da norma que atribui a competência discricionária, levando-se em conta o seu conteúdo⁹².

Analisando a estática da norma conclui o autor que de acordo com a teoria dos motivos determinantes, nos motivos que determinaram a ação do administrador, a sua escolha entre as possibilidades conferidas, ou seja, os fatos em se basearam a sua decisão, incide o controle jurisdicional sobre o fato do ato discricionário, advertindo que:

[...] sobre a lei facultar a discricionariedade de escolha de um entre diversos fatos possíveis — seja por disposição expressa ou por omissão na enumeração dos fatos —, é preciso sempre avaliar a pertinência desta atribuição normativa. (...) não é sempre que a lei pode outorgar a discricionariedade administrativa. Não pode (...) deixar de prescrever os fatos que se qualificam como infração administrativa⁹³

A construção doutrinária acerca dos motivos determinantes implicou grande avanço no controle judicial dos atos discricionários, pois ampliou o conceito de legalidade passível de análise judicial, que passou a possuir elementos relacionados aos motivos e a necessária correlação entre eles e a decisão adotada.

Outro método utilizado para o estabelecimento dos limites do controle judicial do ato discricionário diz respeito à análise pela verificação de desvio de poder ou finalidade. Por finalidade, entende-se “a realização efetiva do interesse público”⁹⁴ e, por desvio de finalidade, entende-se o seu oposto, ou seja, a não realização ou a realização viciada do interesse público.⁹⁵

⁹¹Idem, pág.460.

⁹²PIRES, José Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009. p. 249.

⁹³Ibidem, pág. 198.

⁹⁴ARAUJO, Edmir Netto de, Ob. Cit., pág. 459.

⁹⁵PIRES, José Manuel Fonseca, Ob. Cit., pág. 249.

Vê-se que a discricionariedade administrativa determina a necessária abertura do sistema para que possa desenvolver-se, a partir da superação de situações que a dicção legal vinculada não supre. Entretanto, tal escolha não significa liberdade, tampouco insidicabilidade pelos legítimos meios de controle da Administração Pública.

O pleno controle do aspecto discricionário do ato administrativo, então, justifica-se quando se caracteriza a noção doutrinária de que é supostamente “normal” a existência de espaços de sombra na atuação estatal e livre de controle externo próprio de regimes democrático republicanos.

Admitir-se a existência de espaços insidicáveis, implicaria na perda da legitimidade do Poder Estatal e sobre a forma coativa de promoção dos seus objetivos, fato que ensejaria seu desmoronamento.

3.6 CONTROLE JUDICIAL SOBRE O MÉRITO ADMINISTRATIVO

O controle do mérito administrativo, embora perquiria a mesma finalidade, possui duas vertentes principiológicas distintas.

A primeira decorre do princípio da autotutela, e significa dizer que ao Poder Executivo é conferida a prerrogativa de revisar todos seus atos administrativos a qualquer momento, incluindo o mérito, conforme já mencionado anteriormente.

Trata-se de um autocontrole que a Administração Pública goza, mas que se restringe aos órgãos integrantes do Poder Executivo.

A segunda forma de controle do mérito administrativo se desenvolveu sob o espeque do princípio da inafastabilidade da prestação da tutela jurisdicional e consiste no poder-dever que o Estado detém de adequadamente manifestar-se e posicionar-se de forma definitiva sobre o direito que lhe questionado.

À luz do princípio da inafastabilidade de jurisdição, nenhuma situação foge do controle do Judiciário, isto inclui todos os atos administrativos, bem como o mérito, pelo menos em tese, a grosso modo.

Bem é verdade que tem grande aceitabilidade o exercício do controle da Administração Pública pelo Judiciário, mas segue sendo bastante debatido o alcance que esse controle pode ter. Embora não se discuta caber ao Judiciário a análise da legalidade em sentido estrito, ainda é bastante polêmico o cabimento de um controle mais amplo pelo Judiciário, que adentre no campo da discricionariedade e mérito administrativo do administrador público.

A sindicância do mérito administrativo não é consenso entre os juristas, é em torno da possibilidade de controle judicial do mérito administrativo é que se desenvolve calorosa discussão doutrinária.

Essa situação decorre das hipóteses em que há determinada margem legal de atuação do agente administrativo (discricionariedade) e, nesta linha, existe um leque de opções de caminhos legais para prosseguir, o qual será escolhido de acordo com critérios de conveniência e oportunidade, criando, assim, a problemática ‘névoa’ para que o Judiciário atue de modo a controlar as ações do Executivo.

Teria o Judiciário legitimidade para decidir sobre as decisões administrativas? Ao analisar as razões de uma decisão administrativa, estaria Judiciário invadindo um campo de atuação reservado ao Executivo? Sindicar judicialmente o mérito administrativo representa ofensa ao princípio da separação dos poderes? Afinal, o Poder Judiciário está autorizado a decidir sobre o mérito administrativo?

Todo esse questionamento insurge face ao manto da insindicabilidade judicial criado envolto do mérito administrativo, sob o fundamento de ser atribuição exclusiva do Poder Executivo, no qual os elementos que o constituem são dependentes do critério político e meitos técnicos peculiares à atividade administrativa, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico da apreciação jurisdicional⁹⁶.

⁹⁶ O mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação que dispõe e a índole da função por ele exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu

Entendimento este muitas vezes guerreado pelo próprio Estado viabilizador dessa tutela que se utiliza em algum momento como mecanismo de escapismo e furtivo ao obrigatório controle exercido pelo Poder Judiciário, pois não raro, desinteressa para seus operadores as amarras da sindicabilidade judicial existente justamente para evitar seu abuso de poder⁹⁷.

A tensão persiste entre o princípio fundamental da inafastabilidade da tutela jurisdicional de um lado e do princípio da separação de poderes de outro.

A perspectiva clássica e estanque sobre a tripartição dos Poderes, em que se estabelece predeterminados limites de atuação a cada função do Estado, sob as respectivas dimensões primordiais precisa ser redefinida à luz da cooperação e coexistência harmônica entre as funções do Judiciário, Legislativo e Executivo do Estado, em especial quanto ao controle jurisdicional do mérito administrativo.

É incoerente a conclusão de que tal controle é contrário à teoria da separação do Estado, por suposta usurpação ou substituição da competência administrativa pelo Judiciário, mas o pensamento recíproco é. Imaginar que qualquer atividade administrativa do Estado possa estar distante da plena sindicabilidade jurisdicional é o retrato da usurpação da competência jurisdicional do Poder Judiciário por extensão ilegítima da atividade do Executivo com força decisória final, já que não poderia ser revista pelo Estado-juiz.

Se tal não acontecesse subentender-se-ia a Administração Pública estaria autorizada a praticar atos de mérito administrativo eivados de vício e ilegalidade, pois estes nunca poderiam ser apreciados pelo poder Judiciário.

Admitir o pleno controle da atividade administrativa, incluindo o mérito, é fortalecer a teoria da separação das funções do Estado.

Noutro ponto, igualmente há de ser rechaçado que o controle do Poder Judiciário sobre o mérito administrativo é ilegítimo.

conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. SEABRA FAGUNDES. M, Ob., cit., p. 2.

⁹⁷ FRANÇA, Phillip Gil. Ob. cit., p. 686.

Isto porque, há doutrina⁹⁸ no sentido de que no controle judicial do mérito, o exercício da discricionariedade do administrador público passa a ser substituído pela opção discricionário do controlador, muitas vezes apresentada sob a roupagem da expertise técnica ou da legitimação apriorística, decorrente do processo de seleção e investidura em cargo público dentro do sistema de controle.

Nesta perspectiva, a decisão deve ser tomada por quem é democraticamente legitimado para isso, e não a quem é funcionalmente responsável por verificar a conformidade com tal opção.

Sob quaisquer dos aspectos conceituais percebe-se que, por ser a técnica de atuação dos órgãos judiciais necessariamente jurídica, é inegável a natureza política da função jurisdicional, pois como poder-dever estatal, materializa-se na forma de atividade exercida em prol das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Além do mais, o direito de ação é um estímulo à participação do cidadão jurisdicionado na gestão da coisa pública.

Por isso não há que se falar em falta de legitimidade democrática ao Poder Judiciário, em que pese o fato de seus membros não serem investidos por critérios eletivos, tampouco por processo majoritário⁹⁹.

Observa-se, que o controle judicial do mérito administrativo é um assunto tratado que se reveste de extrema cautela, como se algo excepcional ou fora da regra o fosse, quando na verdade deveria ser encarado tal fenômeno administrativo de forma contrária, isto é, a falta de revisão deveria ser uma excepcionalidade fortemente justificada.

⁹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ob., cit., p. 23.

⁹⁹ Sobre o tema, Luís Roberto Barroso acresce: “É bom que seja assim. A maioria dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e conhecimento específico. Idealmente preservados das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. O Poder Judiciário, pelos referidos motivos, detém legitimidade democrática indireta ou mediata, porquanto a forma de investidura dos juízes decorre do sistema normativo constitucionalizado, que é legítima expressão da vontade popular”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2017/09/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 10/01/2021. p. 46

Não se pode esquecer que a margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. A existência de adequada motivação, quando essencial à validade do ato administrativo, é matéria sujeita a controle jurisdicional. Assim sendo, nesta circunstância, não existem atos discricionários absolutamente imunes ao controle judicial.

Não há como se defender a insidicância do mérito administrativo. Como agirá o Judiciário, na investigação da legalidade do ato, quanto à finalidade e ao motivo, por exemplo, sem examinar-lhe o mérito? Como perquirir esses requisitos sem se penetrar a intimidade do ato?

É inadmissível conceber o Judiciário apegado ao texto frio da lei, somente. Para fazer justiça, sobretudo no exame de discricionabilidade administrativa, terá de considerar os aspectos políticos, administrativos, econômicos, moral, ético e da eficiência e, também, o custo/benefício. Para essa avaliação, o juiz terá inexoravelmente de examinar o mérito do ato, pois pode ocorrer que a conveniência alegada pela autoridade pública se contraponha a um ou mais desses requisitos, situação em que se impõe a decretação da nulidade do ato.

Apegar-se a conceitos enraizados, em etapas já superadas da evolução jurídica, acerca do princípio da separação de poderes como fundamento para o não enfrentamento das questões relativas ao mérito administrativo, além de contrinuir para o emperramento da “máquina” judiciária, constitui-se em verdadeira recusa ao atendimento da vontade do Estado, uma vez que a nenhum dos Poderes constituídos é facultada a disponibilidade do exercício de sua função, sob pena de ferir o interesse público.

Não há mais espaço para se pregar técnicas de escapismos administrativos. Mesmo porque não se pode mais compreender que tal controle figure um mero método negativo repressivo da atuação executiva do Estado.

O Judiciário assume papel protetor importante na sociedade, impondo seu poder-dever de coibir atos que tentam ao direito, haja vista que detém prerrogativa de aplicabilidade coativa da lei aos litigantes, assumindo posição de órgão controlador das

atividades públicas e como peça central da manutenção da estabilidade social do Estado, além do ônus estampado no princípio fundamental da prestação jurisdicional.

O controle judicial da Administração Pública indica um fortalecimento da própria atividade administrativa estatal. Isso porque a chancela de legalidade trazida pela verificação jurisdicional reforça a legalidade do ato administrativo.

Apoiar-se nessa concepção dogmatizada de inviabilizar a análise do mérito administrativo representa verdadeiro retrocesso ao deficitário direito administrativo e suas teorias arcaicas. Precisa ser repensada e redefinida, de maneira a adequá-la a nova compreensão contemporânea de Estado vinculado a um sistema jurídico como plexo de valores em potencial estado de concretização. A preocupação latente nos dias atuais é justamente superar o déficit teórico do direito administrativo, para que ele possa ser um instrumento eficaz na efetivação das normas jurídicas¹⁰⁰.

É de causar perplexidade a falta de coincidência entre o discurso dos juristas, que ora pregam que o direito administrativo deve perquirir o dirigismo constitucional e a plena efetividade das normas constitucionais, ora admitem que os atos praticados pelo governo são atos insindicáveis em virtude da forte conotação política.

Falar em Administração Pública significa atrelar a ela a noção de juridicidade que, além de abranger a conformidade dos atos com as regras jurídicas, exige que sua produção (desses atos) observe – não contrarie – os comandos gerais (principiológicos) previstos explícita ou implicitamente no sistema jurídico como um todos.

Esta moderna compreensão filosófica da Administração Pública, marcada pela hegemonia normativa e axiológica dos princípios e das regras jurídicas do sistema vigente, com o conseqüente adensamento ao princípio da legalidade pelo da juridicidade, demanda, por um lado uma redefinição da discricionariedade e, por outro lado, conduz a uma redelimitação dos confins do controle jurisdicional da Administração Pública¹⁰¹.

¹⁰⁰ DAVI, Kaline Ferreira. Ob., cit, p. 243.

¹⁰¹ Veja sobre este debate o trabalho de Orlando Maladin. MALADIN, Orlando. El Nuevo Derecho Publico. Buenos Aires: Astrea, 1995, p. 98.

Torna-se fundamental a busca de instrumentos que selem e retomem os trilhos dos valores fundamentais de um Estado criado para o claro propósito de fazer e trazer benefícios concretos para a sociedade e cidadãos que representa e que precisa promover seu desenvolvimento intersubjetivo.

As normas jurídicas devem resultar sempre em um sentido que lhe confira a mais ampla abrangência possível e que o princípio da inafastabilidade, combinado com o direito à tutela jurisdicional efetiva, seja uma opção política adotada pelo constituinte originário com a clara intenção de por fim à equivocada idéia de hegemonia de qualquer das esferas do Poder. Não fosse assim, estaria o Estado imunodeficiente ante as mazelas que interferem no cumprimento da missão relacionada com sua função social¹⁰².

Logo, admitir-se espaços insindicáveis, certamente perderá sua legitimidade e forma coativa na consecução de seus objetivos.

Não se defende o ativismo judicial ou devassa ao princípio da independência dos Poderes, mas lhe dando conformação consentânea a valores, finalidades e objetivos previstos no sistema jurídico, garantindo em sede de controle todo o necessário procedimento de participação dos sujeitos envolvidos, bem como a interlocução ínsita ao devido processo legal e a ampla defesa, sob pena de esvaziarmos a eficácia social das conquistas democráticas alcançadas.

O ideal em sede de controle judicial do mérito administrativo, é a ponderação sob os critérios da proporcionalidade. Tanto a insuficiência quanto o zelo, quando se trata da sindicabilidade do mérito dos atos administrativos, são ações disformes à necessária adequação legal ao direito, como todo ato do Estado deve ser.

O controle da Administração Pública exercido pelo Poder Judiciário, ente criado para agir em prol do bem-estar, visando promover a paz e segurança de que direitos não serão lesados ou ameaçados, predispondo, para tanto, de verificar a correspondente ação pacificadora legítima. Este controle é engrenagem final da atividade estatal, é o eixo da balança do poder do Estado, é também o modo de conseguir determinar o grau de exercício democrático de direito estatal.

¹⁰² REIS, José Sávio dos. O controle judicial da Administração Pública e a efetivação do princípio da eficiência. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 18, jan./jun., 2012, p. 547-548.

3.6.1 CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL

Durante o período imperial brasileiro, o Judiciário não exerceu a sua plenitude quanto ao controle dos atos emanados da Administração Pública. Nessa fase da história brasileira, a Administração adotou mecanismos próprios para o controle de seus atos. Espécie de contencioso administrativo, ainda que incompleto estruturalmente, foi criado com função jurisdicional para examinar e julgar as questões decorrentes da relação Estado-indivíduo. Esse órgão, denominado Poder Moderador, instituído pela Constituição do Império de 1824, exercia as funções de Conselho de Estado, principalmente na solução de conflitos nascido nas relações da Administração Fazendária com os administrados, contribuintes.

Os demais atos da Administração, decorrentes das outras atividades, não estavam, ao que parece, rigorosamente, sujeitos ao controle do aludido órgão. Dessa forma, os atos administrativos que não estivessem pertinência com o fisco podiam submeter-se ao controle do Tribunal Comum¹⁰³.

A primeira Constituição da República do Brasil, de 1891, inspirada no constitucionalismo americano, aboliu o Poder Moderador e adotou o sistema unitário de jurisdição. Conforme já tratado, no Brasil, toda competência jurisdicional é privativa do Poder Judiciária, nele se exerce o monopólio do controle jurisdicional. O ordenamento jurídico brasileiro não acolhe a jurisdição administrativa (contencioso administrativo).

Já a Constituição Federal, promulgada em 1988 e vigente até os dias atuais no Brasil, manteve uma jurisdição una. A nova ordem constitucional sepultou de vez a possibilidade de implantação no Brasil que se esboçava na Constituição anterior a vigente, para algumas matérias.

Ampliou e fortaleceu o controle externo da Administração Pública pelo Poder Judiciário. Aumentou, pois previu que a apreciação do Judiciário não se limita apenas às lesões de direito, a mera ameaça já fundamenta a revisão ou intervenção judicial.

Vejamos. O texto constitucional anterior tratava o tema conforme se vê:

¹⁰³FAGUNDES, Miguel Seabra. *A evolução dos sistemas de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 105, p. 1-13, jul./set. 1971.

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

§4º. A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida em garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para apreciação do pedido.

O novo texto, preocupado com a realidade brasileira, absolutamente consciente de que, ao longo dos anos tinha havido fortalecimento do Poder Executivo, facilitou e ampliou o controle jurisdicional. Desta forma, a atual Constituição dispõe:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV – A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Não pairam dúvidas de que, ao se referir a direito, não o adjetivando, incluiu, às expressas, às abertas, os direitos coletivos e também os difusos. Independentemente de qualquer outro texto neste sentido.

De outra parte, ao incluir a ameaça à lesão faz com que o controle jurisdicional deva ser mais ágil, mais adequado para enfrentar qualquer dano a bem, valor do indivíduo ou da sociedade.

Durante anos o Judiciário brasileiro se recusou a examinar determinados atos administrativos sob a alegação de que se tratava de comportamento do administrador público no exercício do poder discricionário¹⁰⁴. Mais tarde, com o evoluir dos fatos e do Direito, passou-se a admitir o controle da discricionariedade, ressaltando o mérito do ato, tido como inatingível pelo juiz.

¹⁰⁴ A constituição de 1934 (art. 68) e 1937 (art. 94) dispuseram expressamente que o Poder Judiciário não poderia conhecer de questões exclusivamente políticas.

O Marco definitivo do reconhecimento ao Judiciário para examinar ato discricionário com a finalidade de verificar sua legalidade foi, inegavelmente, o Acórdão, na Apelação nº 1.422, na ação de Mandado de Segurança emanado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, cujo Relator foi o então Desembargador Seabra Fagundes, em 1948¹⁰⁵. A decisão proferida é irrefutável prova de sindicabilidade do mérito administrativo, pelo Judiciário. O Tribunal não só anulou o ato decorrente da solução escolhida pelo administrador, como fez a escolha que julgou ser a melhor, autorizando o impetrante a circular com seu ônibus, nos horários pleiteados, ou seja, declarou que a opção adotada pela Administração não era a que atendia à vontade da lei e, ao mesmo tempo, indicou a que entendeu ser a melhor, na situação. A decisão foi avançadíssima, para a época em que foi proferida.

É possível identificar na realidade brasileira traços históricos que buscam uma Administração Pública fundada em princípios democráticos e republicanos, tendo como desafio não apenas buscar a realização de valores fundamentais, mas, também, lidar com a herança cultural colonial¹⁰⁶ de ver o bem público como extensão do privado, ou seja, ao que tudo indica, o uso do bem público conforme interesses particulares teve, aparentemente, a sua origem nos primórdios da colonização brasileira.

Denota-se que o inevitável caminho do Estado é de sofisticar seus meios de controle da Administração Pública para fortalecer o combate às práticas ilegais, abusivas e arbitrárias do Estado. A tendência é, indubitavelmente, de que novos mecanismos e aprimoramento dos meios já existentes ocasionem maiores e melhores resultados em prol do notável histórico promíscuo da Administração Pública entre Estado e particulares.

Embora todo o raciocínio desenvolvido ao lado do permissivo encontrado no arcabouço jurídico envolto da possibilidade de sindicabilidade do mérito administrativo perante o Judiciário, o tema parece ser verdadeiro tabu na realidade jurídica brasileira, e, não havendo nenhuma legislação explícita sobre o controle judicial do mérito administrativo, bem como raramente a jurisprudência aborda a assunto de forma objetiva.

¹⁰⁵ FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito administrativo pelo Judiciário*. 2ª. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, pág. 234.

¹⁰⁶ Como recorda Sérgio Buarque de Holanda. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 145/146.

Desta forma, Philip Gil França¹⁰⁷, ao analisar a jurisprudência estabelecida no STF e no STJ, elenca cinco situações sobre o controle do mérito do ato administrativo.

Acresce o autor que não pretende estabelecer uma visão final sobre o tema, vez que, por certo, há outras possíveis. Trata-se apenas de um indicativo de como é a postura do STF e STJ sobre o mesmo assunto.

São elas: a) não se aceita, simplesmente, a sindicabilidade do mérito administrativo; b) utiliza-se do controle do mérito administrativo quando se trata de um mero controle de legalidade; c) faz-se um controle do mérito administrativo indireto, sem assumir frontalmente que o realiza, tentando preservar o máximo dos princípios constitucionais, por meio de um exercício de ponderação de valores envolvidos; d) aceita-se o controle do mérito administrativo de forma regular e em casos excepcionais; e) afasta-se o controle do mérito administrativo em razão de inadequação de meio processual utilizado no exercício da pretensão jurisdicional.

Respectivamente, colaciona-se os julgados:

a. Dos casos que o Judiciário nega o controle do mérito administrativo:

Perante o STF -

[...] 3. A concessão de isenção é ato discricionário, por meio do qual o Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade, implementa suas políticas fiscais e econômicas e, portanto, a análise do seu mérito escapa ao controle do Poder Judiciário. Precedentes: RE 149.659 e AI 138.344-AgR. 4. Não é possível ao Poder Judiciário estender a isenção a contribuintes não contemplados pela lei, a título de isonomia (RE 159.026). 5. Recurso extraordinário não conhecido¹⁰⁸.

Perante o STJ -

1. Este Superior Tribunal de Justiça em entendimento pacificado no sentido de que, nos casos de licenciamento *ex officio* de militar não estável, a bem da disciplina, não é necessária a instauração de processo administrativo, bastando a cientificação do militar para que exerça o seu direito de defesa. 2. é inviável a incursão pelo Poder Judiciário sobre o mérito administrativo. 3. Recurso ordinário improvido¹⁰⁹.

¹⁰⁷ FRANÇA, Philip Gil. Ob. cit. p. 175/188.

¹⁰⁸ STF, RE 344.331/PR, Relatora Min. Ellen Grace, julgado em 11.02.2003.

¹⁰⁹ STJ, 6ª T., RMS 16.946/PE, 2003/0149.177-7, Relator Min. Maria Thereza de Assis Moura. Julgamento: 28.04.2009, DJE 18.05.2009.

- b. Dos casos que utiliza-se do controle do mérito administrativo quando se trata do mero controle de legalidade.

Perante o STF -

Expulsão. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Filha brasileira. Reconhecimento ulterior à expedição do Decreto de expulsão. 1. Inexistência, ademais, dos requisitos simultâneos da guarda e da dependência econômica. Não ocorrência da causa impeditiva. HC negado. Interpretação do art. 75, *caput*, II, b, e §1º, da Lei 6.815/80. a existência de filha brasileira só constitui causa impeditiva da expulsão do estrangeiro, quando sempre teve sob sua guarda a dependência econômica, mas desde que a tenha reconhecido antes do fato que haja motivado a expedição de decreto expulsatório. 2. Estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes. Decreto presidencial. Existência de causa legal. Conveniência e oportunidade. Ato discricionário do Presidente da República. Sujeição a controle jurisdicional exclusivo da legalidade e constitucionalidade. É discricionário do Presidente da República, que lhe avalia a conveniência e oportunidade, o ato de expulsão, o qual, devendo ter causa legal, só está sujeito a controle jurisdicional da legalidade e constitucionalidade¹¹⁰.

Perante o STJ -

[...] 3. Os atos discricionários legitimam espaço para o administrador, insidiável pelo Poder Judiciário, porquanto nessas hipóteses interdita a intervenção no mérito administrativo. 4. É cediço na doutrina que: “[...] Já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há ato propriamente discricionário, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”. Isto porque nenhum ato é totalmente discricionário, dado que, conforme afirma a doutrina prevalente, será sempre vinculado com relação ao fim e à competência, pelo menos. Com efeito, a lei sempre indica, de modo objetivo, quem é competente com relação à prática do ato – e aí haveria inevitavelmente vinculação. Do mesmo modo, a finalidade do ato sempre é sempre obrigatoriamente um interesse público, donde afirmarem os doutrinadores que existe uma vinculação também com respeito a este aspecto. [...] Em suma: discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: “A margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”. [...] Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperável à investigação dos

¹¹⁰ STF, HC 82.893/SP, Relato Min. Cezar Peluso. Julgamento 17.12.2004.

motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto fundamental - pelo que se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. [...] Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que pareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras delas, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade” (Celso A. B. de Mello, Curso de direito administrativo, 15. ed., Malheiros. p. 395/396 e 836/837). 5. Deveras., contexto fático encartado nos autos denota a ausência de direito líquido e certo da impetrante, ora recorrente, a uma: porque o juiz, ora impetrado, no exercício de uma competência discricionária, nenhuma ilegalidade praticou ao nomear interventor, imparcial para a administração do cartório em comento, a fim de resguardar o bom andamento das investigações; a duas: porque a impetrante, ora recorrente, é casada com o oficial titular, então afastado por supostas irregularidades cartorárias e seria difícil a mesma colaborar com a devassa a ser realizada na serventia, em especial quando as provas apresentadas são contrárias ao seu esposo e ao seu filho, escrevente no referido cartório e acusado de falsidade no reconhecimento de firma. 6. *In casu*, o Tribunal *a quo* decidiu em consonância com o preceito legal (art. 36, §1º, da Lei n. 8.935/94), [...] o magistrado agiu com discricionariedade, entre as várias possibilidades de solução, acolheu a que melhor correspondia, no caso concreto, ao desejo da lei (fls. 103/104). 7. Recurso ordinário desprovido¹¹¹.

- c. Dos casos onde faz-se um controle do mérito administrativo indireto, sem assumir que o faz, tentando preservar o máximo dos princípios constitucionais, por meio de um exercício de ponderação de valores envolvidos.

-Perante o STF:

A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (art. 211, § 2º, da CF) - não poderão demitir-se do mandando constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei

¹¹¹STJ, 1ª T., RMS 20.271/GO 2005/0105.910-7, Relator Min. Luiz Fux. Julgamento: 26.05.2009. DJE 06.08.2009.

Fundamental da República [decisão anterior à EC 53/2006], e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creches (art. 208, IV da CF) [decisão anterior à EC 53/2006], não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão - por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório - mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”¹¹²

d. Casos em que se aceita o controle do mérito administrativo comonregular dever do Poder Judiciário ou em casos excepcionais.

-Para o STF:

1. Cabe ao Poder Judiciário verificar a regularidade dos atos normativos e de administração do Poder Público em relação às causas, aos motivos e à finalidade que os ensejam. 2. Pelo princípio da proporcionalidade, há que ser guardada correlação entre o número de cargos efetivos e em comissão, de maneira que exista estrutura para a atuação do Poder Legislativo local. 3. Agravo Improvido ¹¹³.

-Para o STJ:

Irregularidade do processo disciplinar. Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário. 1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar ao mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à

¹¹² STF, 2ª T., Ag no RE 410.715/SP. Relator Mi. Celso de Mello. Julgamento 22.11.2005. DJE 03.02.2006.

¹¹³ STF, Ag no RE 365.368/SC. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgamento: 22.05.2007.

administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante a gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. A não intervenção se afigura estranho comportamento. Quero, por isso, entender comigo mesmo que, em certas situações e determinados assuntos, é lícita a intervenção judicial (é lícito ao juiz conhecer da provocação). 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo¹¹⁴.

e. Casos onde se afasta o controle do mérito administrativo em razão de inadequação de meio processual utilizado na pretensão jurisdicional encaminhada.

-Perante o STF:

1.É legítima a verificação, pelo Poder Judiciário, de regularidade do ato discricionário quanto às suas causas, motivos e finalidade. 2. A hipótese dos autos impõe o reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do STF. Agravos regimentais aos quais se nega provimento¹¹⁵.

-Perante o STJ:

[...] 2. Em sede de mandado de segurança é vedado ao Judiciário promover a dilação probatória ou incursos no mérito administrativo. Precedentes. 3. Segurança denegada¹¹⁶.

Nota-se um impasse sobre a possibilidade judicial de controle do mérito administrativo no Brasil. E, não bastasse a falta de unanimidade sobre este assunto, que carrega consigo grande relevância, é possível verificar que de um mesmo órgão julgador sobressaiam decisões, posicionamentos diversos e até mesmo antagônicos sobre a sindicabilidade do mérito administrativo.

¹¹⁴ STJ, MS 10.906/DF, 2005/0129.244-1. Relator Min. Nilson Naves.

¹¹⁵ STF, Ag no RE 505.439/MA. Relator Min. Eros Grau. Julgamento 12.08.2009.

¹¹⁶ STJ, 3ª S., MS 8.584/DF, 2002/0105752-7. Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa. Julgamento 24.08.2004, DJE 08.09.2004, p. 163.

Imperioso ressaltar que a apreciação de qualquer ato da Administração Pública pelo Judiciário é determinação constitucional, eis que o sistema brasileiro adotou a ideia da última palavra expressada pelo Poder Judiciário, conforme dispõe o art. 5º, XXXV¹¹⁷, da Constituição Federal de 1988.

Outrossim, o ordenamento jurídico brasileiro é verdadeiramente estruturados em princípios, notadamente àqueles materialmente fundamentais. Atualmente a discricionariedade é limitada por princípios da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos arts. 1º a 4º da Carta Magna brasileira.

Além desses valores fundamentais, outros devem ser somados, como os princípios constitucionais que coordenam a Administração Pública, estampados no *caput* do art. 37 da Lei Maior, com o intento da consagração das atividades públicas exercida pela Administração, ou por quem lhe represente. Assim, imperioso se faz para o alcance de seu principal objetivo constitucional, a manutenção da constante busca dos fatores de eficiência transparência, desburocratização e democratização de sua estrutura e do serviço público que presta e regula.

O legislador constituinte de 1988 traçou com cores firmes o perfil do administrador público, limitando sobremaneira o discricionarismo, eliminando, concomitantemente, a barreira diante da qual escondiam-se os tribunais sempre que chamados a pronunciar sobre o mérito administrativo.

No contexto brasileiro, grande parte das condições facilitadoras do controle administrativo por via judicial se dá devido ao processo de remocratização e reconstitucionalização do país, após sucessivos períodos de autoritarismo.

Seguindo essa lógica, Loiane Verbicaro¹¹⁸ destaca algumas, dentre elas:

¹¹⁷**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

¹¹⁸VERBICARO, Loiane Prado. Ob. Cit., p. 419/447.

- a promulgação da Constituição de 1988 que trouxe mudanças valorativas ao direito; atribuiu crescente importância aos princípios constitucionais e consagrou a existência e os fundamentos do Estado Democrático de Direito;
- o reconhecimento do acesso à justiça como direito fundamental pela Constituição Federal brasileira de 1988, no qual a exata compreensão do acesso à justiça, direito fundamental do cidadão nas modernas democracias. Deve abranger todos os indivíduos que necessitam da tutela estatal, quanto o bom funcionamento da estrutura judiciária, proporcionando aos cidadãos a produção de resultados socialmente justos;
- a estrutura tripartite de organização dos poderes do Estado, com o reconhecimento da independência e autonomia de funcionamento a cada um dos poderes, o que propicia maior respeitabilidade às suas decisões e/ou atuação. Nos regimes tripartites e com supremacia Constitucional, o Poder Judiciário desfruta de prerrogativas que o autorizam e o legitimam a atuar como poder limitados dos atos e decisões de outros poderes do Estado;
- a existência de uma Carta Constitucional com fatores de indeterminação, textura aberta, normas pragmáticas, cláusulas indeterminadas e conceitos discricionários em detrimento das categorias e definições precisas e unívocas cultivadas, tradicionalmente, pela dogmática jurídica, o que projetou o interprete judicial a assumir um papel de destaque nas atuais democracias, bem como assumir o centro das principais reflexões políticas, jurídicas e filosóficas do debate contemporâneo;
- a ampliação do rol dos legitimados ativos a propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) e agir em defesa de direitos coletivos em sentido lato (direitos individuais homogêneos, direitos difusos e direito coletivos e, sentido estrito). As recentes reformas permitiram o alargamento das hipóteses de legitimação para agir nas ações coletivas, possibilitando aos cidadãos amplo acesso à defesa de seus direitos individuais e coletivos;

- a existência de novas forças sociais representadas por importantes movimentos, organizações e grupos sociais que passaram a se mobilizar e a recorrer ao Poder Judiciário em busca do reconhecimento e da concretização dos seus direitos, o que demonstra a ampliação da participação política dos atores sociais e o engajamento da sociedade civil organizada, especialmente após a democratização do país.

O ordenamento jurídico impõe e fundamenta ainda que implicitamente o controle judicial dos atos administrativos (inclui-se igualmente a análise do mérito). É função do Judiciário garantir os direitos presentes na Constituição.

Nas palavras de Philip Gil França¹¹⁹, o que se sabe sobre a limitação administrativa coincide com aquilo que se pretende para o detentor de coisa alheia. O controle exercido diretamente pelo dono da coisa – ou por fiscais indicados por essa – deve ter parâmetros e regras claras, com meios, inclusive, que garantam sua efetividade empírica.

Nesta linha, o Estado – que gere a coisa pública (de todos) - deve atuar sempre em prol do atendimento do interesse do titular dessa coisa pública: o cidadão. Nesta esteira, daqueles que exercem o ônus público de segurança e promoção do cidadão e da própria coisa pública, indispensável se faz o estabelecimento de regras objetivas, coerentes, factíveis e conectadas aos anseios dos partícipes do Estado, equitativamente. O legítimo controle do Estado possui essa característica, então, de conceder ao titular da coisa a oportunidade de confiar que o detentor dessa coisa está atuando com o nobre fim de desenvolvimento de todos, sinergicamente.

O Estado, conforme almeja a Constituição, é voltado para o bem do cidadão, assim, é essencial que seus instrumentos de proteção e correição de suas engrenagens corroídas ou de eventuais falhas de seu sistema, possuam um tratamento atento para tornar-se um maquinário moderno e ágil para alcançar tal finalidade. As eventuais normal emanadas pelo Estado, por meio dos órgãos constituídos pelos seus três Poderes (no sentido de funções estatais), que confrontem, limitem direta ou indiretamente irregularmente a eficácia dos princípios fundamentais, devem ser relativizadas, conforme uma concreta ponderação racional dos valores envolvidos.

¹¹⁹ FRANÇA, Philip Gil. Ob. Cit., p. 229.

3.6.2 CONTROLE DO MÉRITO ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL

O território português opera-se sob o sistema jurisdicional especial, que teve origem e justificação no Direito francês.

A ideia da criação desse mecanismo de controle surgiu em virtude de desentendimento que se estabeleceu entre a Administração Pública francesa e o Parlamento, órgão encarregado da função jurisdicional. Esse órgão, tomando posicionamento contrário à Administração, a impediu de promover várias reformas administrativas que se julgavam necessárias.

A Revolução de 1789 encontrou essa divergência entre os dois órgãos, em fase explosiva. Os revolucionários decidiram, então, que a situação não deveria permanecer. Para isso, entenderam ser necessário retirar-se do Judiciário todo e qualquer controle sobre o Executivo. Os responsáveis pela gestão do Poder Executivo sustentavam que a Administração é autônoma e responsável para exercer as suas funções, sendo autorresponsável por seus atos. Por isso, o Poder Executivo não deve submeter-se ao controle do Poder Judiciário, nem sequer manter relação de qualquer natureza.

Assim entendendo, editou-se a Lei nº 16, de 28 de agosto de 1790, dispondo que “As funções judiciárias são distintas e ficarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos”. Por conseguinte, a Constituição parisiense, editada em 1791, conduziu-se sob mesma direção e proibiu os tribunais de intervir na Administração e de chamar em juízo seus funcionários na condição de servidores estatais. Lei posterior, mais rigorosa, proibiu os tribunais de controlar os atos administrativos de qualquer natureza.

Para julgar seus atos, a Administração organizou inicialmente um colegiado composto pelo Chefe do Estado, Ministros e membros dos corpos departamentais.

Esse embrião do sistema especial de prestação jurisdicional inicialmente foi indesejável, pois na prática a Administração não se sujeitava a controle sério, pelo fato de que o colegiado encarregado de julgar os seus próprios atos se constituía de

servidores da própria Administração e era presidido pelo chefe do Executivo. A possibilidade de abuso de poder, e de outras práticas condenáveis, se tronava patente.

Visando corrigir essa anomalia, instituiu-se no governo de Napoleão Bonaparte, a jurisdição especial, a cargo de órgãos integrantes da Administração, mas independentes, cujos juízes se revestem das mesmas prerrogativas dos juízes do Poder Judiciário.

Atualmente, o sistema funciona muito bem, influenciando positivamente para a formação e o aprimoramento do Direito Administrativo dos sistemas jurídicos que adotaram os princípios do direito francês¹²⁰, como notadamente é o caso de Portugal.

Por inspirar-se no sistema francês, nesses moldes se desenvolveu o sistema jurisdicional no território português.

A atividade administrativa, portanto, é objeto de controle judicial exercido por uma jurisdição autônoma, integrada por tribunais administrativos, organizados segundo o princípio da dupla instância, nos quais se utiliza um conjunto sistemizado de meios processuais específicos (Constituição da República portuguesa, Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais, Lei de Processo nos Tribunais Administrativos).

A Constituição da República Portuguesa de 1976, revista em 2005, reserva o título IX para tratar especificamente da Administração Pública, e designa o artigo 266, parágrafo 1º e 2º, para estabelecer que a atividade administrativa visa a prossecução do interesse público, respeitando direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos, no qual órgãos e agentes administrativos subordinam-se à Constituição e à lei, respeitados os princípios da igualdade, proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da boa-fé.

A consagração dos princípios supramencionados impõe-se como deveres jurídicos positivos a cargo da Administração Pública, introduzindo significativas modificações ao sistema jurídico português, com nítidas projeções sobre o controle dos atos administrativos, ganhando maior corporificação com a positivação dos princípios constitucionais como limites internos aos poderes discricionários da Administração.

¹²⁰FAGUNDES. Miguel Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 101/105.

Cada princípio traz consigo uma carga de significado que possibilita materializar um espectro no qual o ato administrativo deve pautar-se.

Neste sentido, o princípio da justiça requer da Administração Pública a adoção de solução justa, logo, a justiça ou injustiça do ato discricionário passa a ter relação com a juridicidade do ato (ou legalidade em sentido amplo), e aquele ato que for injusto passa a ser considerado antijurídico, possibilitando a anulação judicial contenciosa.

A justiça do ato afigura-se mérito administrativo¹²¹, que até antes de 1976 era parte do ato administrativo insuscetível de apreciação contenciosa, e após a consagração do princípio da justiça como constitucional e fundamental orientador da atividade administrativa, admite-se a análise de ato discricionário pelo prisma do justo, e quando caracterizado injusto, também será ilegal, portanto, ferido de violação de lei, e como tal pode ser impugnado perante os tribunais do contencioso administrativo, e por eles anulado.

O princípio da boa-fé, foi introduzido com a 4ª revisão constitucional, em 1997, se destacando pelo caráter dual, ora com fonte no direito privado, ora como desdobramento do Estado de Direito, do qual decorrem os princípios da segurança e da tutela da confiança dos particulares.

Desempenha a função concernente ao preenchimento parcial do conteúdo de outros valores; à regulação de situações jurídico-administrativas; constitui fonte de deveres positivos e negativos e introduz limites à revisibilidade de atos administrativo¹²².

Quanto ao princípio da igualdade, é possível sua análise através da imposição de igualdade em tratamento e o dever de ponderar todos os interesses públicos secundários e privados envolvidos em um determinado caso concreto. Neste viés, indissociável o princípio da igualdade e o da proporcionalidade.

A igualdade intercepta-se com o princípio da imparcialidade no ponto em que conduz à autovinculação da Administração Pública, significando dizer que as normas

¹²¹Conforme entendimento de Diogo Freitas do Amaral. Direitos Fundamentais dos administrados. In Nos Dez anos da Constituição, organização de Jorge Miranda. Lousã, Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1987, p. 21/22.

¹²² MORAES. Germana de Oliveira. Ob. Cit., p. 251.

jurídicas que conferem poderes discricionários devem ser aplicadas na mesma medida com o mesmo critério, a todos aqueles que, estando e abrangidos pela sua previsão, se encontrem em igual situação de fato.

Por outro lado, enquanto princípio de natureza instrumental, destinado a potencializar uma decisão correta, ao impor a ponderação de todos os interesses relevantes no contexto decisório, contém um sentido específico, reconduzível à ideia de proporcionalidade e que aproxima da noção de razoabilidade, sob o prisma de racionalidade, consubstanciada numa diretriz de compleição da decisão através da necessidade de consideração e, portanto, de ponderação de todos os interesses que são relevantes no contexto decisório, desdobrável em dois comandos: i) não devem ser excluídos da ponderação decisória fatos ou interesses que devam ser considerados e ii) não devem ser incluídos na ponderação decisória fatos ou interesses que não devem ser considerados¹²³.

Por sua vez, o princípio da igualdade, além do significado especial da autovinculação da administração Pública, coincidente em parte com o conteúdo da imparcialidade, enquanto princípio fundamental regulador da atividade administrativa, é antes de tudo reflexo do princípio geral da isonomia afirmando no artigo 13º da Lei Maior portuguesa, tratando-se portanto, de comando destinado à Administração Pública, obrigada que fica a conferir igual tratamento em suas relações jurídicas, vale dizer, a tratar de modo igual as situações iguais e a não adotar tratamentos preferenciais.

O princípio da proporcionalidade, uma das vertentes do princípio da imparcialidade, no sentido de adequada ponderação dos interesses, consagrados na Constituição Portuguesa, talvez a única a contemplar de modo expreso e autónomo, contornos especiais, como princípio informador e conformador da atividade administrativa, além do conteúdo nas suas três vertentes de adequação, de necessidade e de proibição expressa, pois torna claro que no exercício dos poderes discricionários não basta que a Administração prossiga o fim legal justificador de tais poderes: ela deve prosseguir os fins legais, os interesses públicos, primários e secundários, segundo o princípio da justa medida, adotando dentre as medidas necessárias e adequadas para

¹²³DUARTE. David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 290.

atingir esses fins e prosseguir esses interesses, aquelas que impliquem menos gravames, sacrifícios ou perturbações à posição jurídica dos administrados.

Numa explanação sucinta e geral dos princípios fundamentais contemplados constitucionalmente para a atividade administrativa portuguesa, verifica-se o entrelaçamento de significados e conteúdos que cada traz consigo, permitindo pontos em comum, verdadeira interseção.

Da mesma forma como ocorre no Brasil, o sistema jurídico português atual desenvolveu a ideia de supremacia da Constituição, decorrente de um processo instituído por lutas sociais e contextos históricos concretos que instituiu políticas e direitos fundamentais com vistas a consagrar a democracia.

A Constituição é parâmetro, baliza, limite e diretriz de atuação dos administradores públicos, que devem obediência à Lei Maior. O sistema jurídico, responsável pela garantia de respeitabilidade da Constituição, tem como uma de suas principais premissas, o controle e a limitação da ação do governo em face da preservação dos direitos fundamentais e da democracia. Assim, torna-se legítima a inserção do controle judicial na seara do mérito administrativo, a fim de efetuar a interpretação mais adequada, bem como o controle de compatibilidade das decisões administrativas à Carta Constitucional.

Logo, não há escusa para não discutir o mérito, eis que toda atividade administrativa deverá, portanto, submeter-se ao corolário dos princípios fundamentais Constitucionais. Assim, caso contrarie ou não observe estes princípios, caracterizados ilegais serão, conseqüentemente, expurgados deverão ser, ainda que sob expedidos sob o manto da discricionariedade.

Embora encontre um arcabouço jurídico que permita o controle do mérito administrativos, as jurisprudências no âmbito do Supremo Tribunal Administrativo (STA) não são unívocas neste sentido, conforme se vê:

Processo 0955/16.3BALS

Data do Acórdão 11/04/2019

Tribunal: 1ª Seção

Relator: Maria Benedita Urbano

Descritores: SEGREDO DE ESTADO. ACTO ADMINISTRATIVO. IMPUGNABILIDADE.

Sumário: I – o acto de indeferimento do acesso a qualquer documento com fundamento em segredo de Estado é um acto administrativo contencioso impugnável. II – O PM goza de uma ampla margem de discricionariedade no exercício desta sua competência relacionada com o levantamento do segredo de Estado.

Processo 02124/17.6BELSB

Data do Acórdão: 13/03/2019

Tribunal: 1ª Seção

Relator: Carlos Carvalho

Descritores: DOCENTE. CONCURSO DE RECRUTAMENTO E SELECÇÃO. CONCURSO INTERNO. MOBILIDADE. QUADRO DE ZONA PEDAGÓGICA. QUADRO. ESCOLA. AGRUPAMENTO DE ESCOLAS. PRIORIDADE.

Sumário: I- Mostrando-se aberto «concurso interno» para o ano letivo 2017/2018 e figurando os docentes de carreira colocados em qualquer quadro de zona pedagógica [QZP] são opositores/candidatos obrigatórios ao mesmo, dado que não integrando um qualquer quadro de agrupamento [QA] ou quadro de escola [QE] a sua colocação viu sua periodicidade normal/regra em termos de validade postergada com tal abertura [arts. 06.º, n.º 1, als. b) e c) e 28.º, n.º 4, do DL n.º 132/2012 na redação que lhe foi introduzida pelo DL n.º 28/2017], os mesmos, não tendo obtido colocação numa qualquer das vagas daquele concurso em QA, em QE ou em QZP, são, também necessária e obrigatoriamente, opositores/candidatos ao «concurso de mobilidade interna» que veio a ser aberto dado estarem numa situação de ausência de qualquer vinculação a um qualquer quadro e serviço docente e sem a atribuição de qualquer componente letiva [arts. 06.º, n.ºs 1, als. b) e c), 2 e 3, 08.º, 10.º, 11.º, 12.º, 15.º, 16.º, 17.º, 18.º, n.º 1, al. b), 21.º, 22.º, 26.º, 27.º e 28.º, n.ºs 1, al. b), 3, e 7, todos do mesmo DL, e Aviso n.º 3887-B/2017 «Parte II.I. Concurso interno - n.ºs 1 e 3» e «Parte IV.II. Concurso de Mobilidade Interna/A - n.ºs 5, 8 e 9»]. II - Tais docentes de carreira em QZP devem ser ordenados em 2.ª prioridade dada a situação de fragilidade ou de precariedade do seu vínculo, já que, pese embora serem do

quadro docente, não possuem componente letiva que lhes possa ser atribuída. III - Os docentes vinculados a QA ou a QE que tenham componente letiva atribuída podem concorrer aos concursos de mobilidade interna, mas ficam posicionados na 3.ª prioridade. IV - A ordenação legal resultante do art. 28.º, n.º 1, als. b) e d), do referido DL não viola os princípios da igualdade, da justiça, da proporcionalidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança, nem o direito à carreira e a um procedimento concursal justo e baseado no mérito [arts. 02.º, 13.º, 47.º, n.º 2, e 266.º, n.º 2, da CRP].

Processo: 01034/06

Data do acórdão: 19/12/2006

Tribunal 2ª Seção do CA

Relator: São Pedro

Descritores:REVOGAÇÃO DO ACTO ADMINISTRATIVO. ACTO CONSTITUTIVO DE DIREITOS. ERRO NOS PRESSUPOSTOS DE FACTO. CÂMARA MUNICIPAL. DELIBERAÇÃO. CONTRATO PROMESSA. LOTES.

Sumário: I - São irrevogáveis, por serem constitutivos de interesses legalmente protegidos, os actos administrativos que investem o seu titular numa posição jurídica estável, consistente e que à luz dos princípios da boa fé e tutela da confiança não devam ficar à mercê do livre exercício do poder revogatório dos órgãos administrativos. II - Encontra-se nas referidas condições um acto administrativo onde se delibera celebrar um contrato de promessa de compra e venda de um determinado lote, por um determinado preço a um determinado e concreto interessado. III - Existe erro nos pressupostos de facto quando se verifique uma divergência entre o facto real e o facto representado como motivo do acto administrativo.

Processo: 01132/15.6BALS

Data do Acórdão: 31/01/2019

Tribunal: Pleno da Secção do CA

Relator: José Veloso

Descritores: CONSELHO SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NOTAÇÃO. PROCURADOR-ADJUNTO. DISCRICIONARIEDADE IMPRÓPRIA. ERRO GROSSEIRO.

Sumário: I - Na classificação dos magistrados o CSMP não actua num espaço caracterizado pela vinculação, antes goza de amplos poderes discricionários, ou seja, de poderes que se exprimem em actuações e em juízos de apreciação e avaliação, que, em numerosos aspectos, escapam ao controlo jurisdicional; II - Aí, onde o CSMP exerce uma efectiva prerrogativa de avaliação, os tribunais não devem nem podem entrar, a não ser, e isso se lhes exige, mediante um controlo externo sobre o «correcto exercício» do respectivo poder discricionário - discricionariedade imprópria - que lhe é atribuído; III - É difícil delimitar esse controlo externo em sede apreciativa e avaliativa, mas esta dificuldade não deve resultar nem em *excessiva auto-contenção judicial* nem em *excessivo activismo judicial*. Cabe ao tribunal apreciar casos de *erro grosseiro*, de *desvio de poder*, de *erro de facto*, de *falta de fundamentação*, e, em geral, da compatibilidade do juízo decisório com os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos e princípios fundamentais que regem a actividade administrativa.

Processo: 0287/17

Data do Acórdão: 26/04/2018

Tribunal: 1ª Seção

Relator: Carlos Carvalho

Descritores: ENTREVISTA. SELECÇÃO DOS CANDIDATOS. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. LISTA DE CLASSIFICAÇÃO FINAL. ANULAÇÃO.

Sumário: I - Não se mostram devidamente fundamentadas as entrevistas profissionais de seleção se os níveis classificativos de notação quanto às variações de desempenho, pré-fixados e transcritos na ficha-modelo não permitem encontrar a justificação para a atribuição de classificações numéricas diferenciadas aos candidatos, dado o júri se haver limitado a informar apenas quais as classificações que iria atribuir e os valores que lhes correspondiam e sem que haja indicado os critérios diferenciadores de tais notações. II - A reconstituição da situação e reposição da legalidade concursal passa pela necessidade de fundamentação não só da notação da entrevista realizada ao candidato demandante, mas, ainda, de todas as demais entrevistas profissionais de seleção realizadas aos candidatos que

ficaram graduados à frente do mesmo e que vieram a ser providos em face da ordenação definida pela lista de classificação e ordenação anulada.

Processo: 0905/14

Data do Acórdão: 21/01/2016

Tribunal: Pleno da Secção do CA

Relator: Madeira dos Santos

Descritores: CLASSIFICAÇÃO DE SERVIÇO. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. INCONSTITUCIONALIDADE. ANTIGUIDADE NA CATEGORIA. CLASSIFICAÇÃO DE MUITO BOM. ISENÇÃO DE CUSTAS.

Sumário: I – Apesar do que se dispõe no art. 617º do CPC, o verdadeiro destinatário da arguição de nulidade de uma decisão sob recurso é sempre o tribunal «ad quem». II – Um acórdão só é nulo por falta de fundamentação se ela for total. III – O RIJ aprovado pela deliberação n.º 55/2003, do CSM, que vigorou na jurisdição administrativa, não era inconstitucional ou ilegal. IV – O art. 16º, n.º 4, desse RIJ – que condicionava a atribuição normal da nota de Muito Bom a um exercício efectivo da «judicatura durante 10 anos» – não era susceptível de uma interpretação que abrangesse um exercício de funções como Magistrado do MºPº durante esse tempo. V – Se o acto que classificou um Juiz com a nota de Bom com Distinção não assumiu os requisitos que aquele art. 16º, n.º 4, previa para uma atribuição excepcional da classificação de Muito Bom, é impossível afirmar que o CSTAF estivesse vinculado a atribuir-lhe essa classificação máxima. VI – A possibilidade de excepcionalmente se atribuir a nota de Muito Bom, prevista no art. 16º, n.º 4, do RIJ, corresponde a um espaço de discricionariedade imprópria cujo exercício só é contenciosamente sindicável havendo erro grosseiro ou manifesto. VII – Mas a recusa dessa atribuição excepcional, enquanto fundada no não exercício da judicatura durante 10 anos, não fere quaisquer princípios administrativos nem o disposto no art. 47º, n.º 2, da CRP. VIII – O Juiz que discuta contenciosamente a sua classificação de serviço não goza da isenção de custas processuais.

Embora se observe a tendência ampliativa do controle, ainda que de maneira não expressa, necessário que o órgão julgador adote uma postura proativa, abordando o tema de maneira mais explícita, até mesmo para possibilitar um debate mais profundo e analítico do tema.

O sistema jurídico permite o pleno controle de todo e qualquer ato administrativo, ainda que revestido de discricionariedade, ainda que para tanto seja necessária a averiguação dos critérios de oportunidade e conveniência, fundamentando-se no plexo principiológico de direitos fundamentais para as atividades da Administração pública, conforme previsão expressa da Constituição da República Portuguesa.

CONCLUSÃO

O presente trabalho desenvolveu-se contemplando aspectos importantes e necessários para que fosse estabelecido o nexo causal entre o exercício do controle judicial das atividades administrativas, incluindo o mérito do ato administrativo, e sua conformação ao sistema jurídico desenvolvido envolto do Estado.

Assim sendo, percorreu-se uma trajetória sobre como se estabeleceu e solidificou as bases da atual Administração Pública, abordando seus institutos (atos, discricionariedade) e a forma que se firmou estruturalmente.

Consubstanciada à sujeição de suas atividades ao ordenamento jurídico, normas e princípios, a Administração Pública passa a ser objeto de controle externo, a ser exercido pelo Poder Judiciário, que em decorrência do princípio da separação de poderes, detém como função apreciar toda e qualquer situação que lhe é levada a conhecimento que possa lesionar ou vir a lesionar o Direito.

E sob este panorama, à luz do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, é que se guerreou a defesa da sindicabilidade judicial do mérito do ato administrativo.

Explica-se. É que em torno do mérito administrativo criou-se a falsa ideologia de intocabilidade judicial, sob o fundamento de ser atribuição exclusiva do agente público, por conter elementos que dependem do critério e meios técnicos peculiares à atividade administrativa, representando a apreciação judicial verdadeira violação ao princípio da separação dos poderes.

O que deve ser rechaçado de pronto.

A ideia aqui não é contrariar a premissa de que o administrador público de fato encontra-se mais próximo da realidade vivenciada pela Administração Pública, oferecendo melhores condições para eleger o ato mais oportuno, conveniente, adequado, eficaz,

dentre outros, com a finalidade de alcançar o fim coletivo, conforme a moldura jurídica aplicável.

O que pretende-se demonstrar é que o controle judicial da Administração Pública indica um fortalecimento da própria atividade administrativa estatal, pois o objetivo é impedir ou corrigir sua atuação fora dos limites do sistema legal institucionalizado, ou contrária aos valores que conformam o Direito, ou até mesmo, cancelar a regularidade do ato administrativo.

É incoerente a conclusão de que tal controle é contrário à teoria da separação do Estado, por suposta usurpação ou substituição da competência administrativa pelo Judiciário, mas o pensamento recíproco é. Imaginar que qualquer atividade administrativa do Estado possa estar distante da plena sindicabilidade jurisdicional é o retrato da usurpação da competência jurisdicional do Poder Judiciário por extensão ilegítima da atividade do Executivo com força decisória final, já que não poderia ser revista pelo Estado-juiz.

Bem é verdade que tem grande aceitabilidade o exercício do controle da Administração Pública pelo Judiciário, mas segue sendo bastante debatido o alcance que esse controle pode ter, e, embora todo o raciocínio desenvolvido ao lado do permissivo encontrado no arcabouço jurídico envolto da possibilidade de sindicabilidade do mérito administrativo perante o Judiciário, o tema parece ser verdadeiro tabu na realidade jurídica.

Constata-se através do comportamento dos Tribunais, no Brasil e Portugal, ao abordar o tema da sindicabilidade do mérito do ato administrativo, ora adotando uma postura proativa, perquirindo a busca do interesse público e a integralidade dos princípios administrativos, ora adotando uma postura omissiva, escusando-se prestar a efetiva tutela jurisdicional, apegando-se a conceitos enraizados de etapas já superadas da evolução jurídica acerca do princípio da separação de poderes, como fundamento para o não enfrentamento das questões relativas ao mérito administrativo.

Observa-se que a legislação é silente quanto à expressa previsão do controle do mérito do ato administrativo, razão pela qual se observa nas jurisprudências colacionadas que não há entendimento unívoco da matéria.

Por isso a necessidade de refletir sobre a construção de um modelo de atuação judicial que seja capaz de representar uma via adequada à concretização e à legitimação do Estado Democrático de Direito, viabilizando procedimentos que se destinam a tornar o mais racional possível e com certo grau de objetividade a prática adjudicatória, ainda que se reconheça a inevitável dose de discricionariedade administrativa que existe (e persiste) na atuação do agente administrativo.

Neste sentido, o Judiciário vem se resignificando e destacando-se nos regimes democráticos, notadamente com o surgimento do Constitucionalismo democrático que trouxe consigo a universalização do *judicial review* e, como consequência, uma crescente expansão do âmbito de atuação do Poder Judiciário sobre as decisões dos outros poderes, pondo em evidência o ser novo papel na vida coletiva, a afirmação de leis fundamentais que impõem limites à regra da maioria e a existência de mecanismos que assegurem condições de possibilidade para a implementação da norma constitucional.

Sob este cotejo, é que se fortaleceu o Poder Judiciário, que reafirmando sua função, exerce o controle pleno de todos os atos administrativos, bem como o mérito.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Renato. *Sistemas Istitucional del Derecho Administrativo*. Millano, DOTT. A Guiuffrè, 1960.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*, 5ª edição, Coimbra Jurídica, 2017.

ARAUJO, Edmir Netto de. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BACHOFF, Otto. *Jueces y Constitución*. Madrid: Cuadernos Taurus, 1959.

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle judicial*, 2ª ed., 2ª tiragem. São Paulo, Malheiros, 1996.

BESTER, Gisela Maria. *Direito constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005.

BINGHAM, Thomas. *The Rule of Law*. London: Penguin, 2010.

CAETANO, Marcello. *Manual de ciência política e direito constitucional*. Livraria Almedina: Coimbra, 1986.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. vol. I, Coimbra: Livraria Almedina, 1991.

CARLOS, Fabiano Gonçalves. *Separação de poderes : da concepção clássica à noção contemporânea*. *Revista da AJURIS* – Porto Alegre, 43 (140), 2016.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1974.

CONFÚCIO. *Os analectos*. Trad. Do inglês de Caroline Chang. Trad. Do chinês de DimCheuk Lau. Porto Alegre: L&M, 2009.

CORREIA, J. M. Sérvulo. *O Controlo Jurisdicional da Administração no Direito Inglês*. Lisboa: Edições Ática, 1973.

COSTA, Regina Helena. Conceito jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. 1988.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CRETELLA JÚNIOR, José. O mérito do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jun. 1965. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/26727>>. Acesso em: 14 Mai. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v79.1965.26727>.

CRUZ, Marcos Cezar Moutinho da. *Independência e responsabilidade dos juízes./ Marcos Cezar Moutinho da Cruz./ Curitiba: Juruá, 2018.*

DAVI, Kalinde Ferreira. *Parâmetros positivos ao controle da administração pública pós-moderna: Uma questão de efetividade constitucional*. Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial., Brasília, v.6. n. 2, 2009.

DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

DUARTE. David. *Procedimentalização, participação e fundamentação: para uma concretização do princípio da imparcialidade administrativa como parâmetro decisório*. Coimbra: Almedina, 1996.

DWORKIN, Ronaldo. *Levando os direitos a sério*. Traduções e notas Nelson Boeira. 1ª edição, São Paulo, Martins Fontes, 2002.

DWORKIN. Ronald. *Uma Questão de Princípios*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

ENDICOTT, Timothy A. O. *Vagueness in law*. New York: Oxford University Press, 2000.

FARIA, Edimur Ferreira de. *Controle do mérito administrativo pelo Judiciário*. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FARIA, José Eduardo. “Direito e Justiça no Século XXI: a Crise da Justiça no Brasil”. In: <http://www.ces.fe.uc.pt/direitoXXI/comunic/JoseEduardoFaria>, 2003.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva, 1990.

FERREIRA, Sergio de Andréa. A especificidade do controle dos poderes públicos no contexto da função jurisdicional. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio (Org.). *Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba*. São Paulo: Malheiros, 1997.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. *Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa*, 1ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2007.

FILHO, Ilton Noberto Robl. *Conselho Nacional de Justiça: Estado democrático de direito e accountability*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FRANÇA, Philip Gil. *Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica*. 4. ed. Rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. *O Processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marioni/ Sérgio Cruz Arenhart*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 10ª ed. Madrid, Civitas, 2001, vol. 1.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 6ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HERRERA, José Posada de. *Lecciones de administración*. v. 1, *Establecimiento Tipográfico*, Madrid, 1843.

HESPAÑA. António Manuel (org.). *Poder e Instituições na Europa do Antigo Regime*. Coletânea de Textos. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

HOBBS, Thomas. *Do cidadão*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. 3. ed. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6ª edição, Coimbra, Armênio Amado Editora, 1984.

LEAL, Rogério Gesta. Controle da administração pública no Brasil: anotações críticas. *A&C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 5, n.20, abr./jun. 2005.

LOWESTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona:Ediciones Ariel, 1965.

MACHADO, Jonatas E. M., COSTA, Paulo Nogueira da e HILÁRIO, Esteves Carlos. *Direito constitucional angolano*. 2ª. Edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MALADIN, Orlando. *El Nuevo Derecho Publico*. Buenos Aires: Astrea, 1995.

MARQUES, José Frederico, *Instituições de Direito Processual Civil*, 1959.

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

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo moderno*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª.Edª. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª edição, Forense, 2005.

PIÇARRA, Nuno. *Separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução*. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 29ª revista atualizada e ampliada. ed. Forense: Rio de Janeiro, 2016.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo*. Revista Jam – Jurídica. Ano XIII, nº 9, setembro, 2008. p. 38).

PIRES, José Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas*. São Paulo: Elsevier, 2009.

REIS, José Sávio dos. O controle judicial da Administração Pública e a efetivação do princípio da eficiência. De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, nº 18, jan./jun., 2012.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*,

Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50736/49534>>. Acesso em: 17 Mai. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v268.2015.50736>.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 17^a ed. Paris, Dalloz, 1998.

SADDY, André. *Discricionariedade administrativa nas normas jurídicas em abstrato: limites e técnicas de contenção*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.

SCOTTO, IGNAZIO. *Diritto amministrativo*. Milano, Giuffrè, 1990.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *A evolução dos sistemas de proteção jurisdicional dos direitos no Brasil*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 105, jul./set. 1971.

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

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *Dos recursos ordinários em matéria civil*. Rio de Janeiro, Editora: Forense Jurídica, 1946.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 7. ed. Atualização de Gustavo Binenboam. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. *Interesse Público, Legalidade e Mérito*. Coimbra, Atlantida, 1955.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *Lições de Direito Administrativo*, Lisboa: Lex, 1999.

SOUZA, António Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.

TATE, Neal&Vallinder, T. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TÁCITO, Caio. *Direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003

VASCONCELOS, Pedro C. Bacelar de. A separação dos poderes na constituição americana: Do veto legislativo ao executivo unitário: a crise regulatória. In: *Studia Jurídica*, 4. Coimbra: Coimbra Editora.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. *Controle Administrativo e Parlamentar*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

VERBICARO, Loiane Prado. *Judicialização da política, ativismo e discricionariedade judicial* / Loiane Prado Verbicaro ; Prefácio de José Eduardo Faria. - 2. ed. - Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

VIANA, Leilson Soares. *Interpretação constitucional e ativismo do poder judiciário: Os limites da interpretação criativa dos tribunais constitucionais*. Dissertação de mestrado. Coimbra, 2010.

WEBBA, Mihaela Neto. *Os poderes do presidente da República no sistema jurídico-constitucional e político angolano*. Dissertação de mestrado em Ciências Jurídico-políticas, Direito Constitucional, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra