

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXII CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

MAUREEN PACIORNIK LONDON

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: RAZÕES E FORMAS DE
CONTROLE**

**CURITIBA
2014**

MAUREEN PACIORNIK LONDON

**A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: RAZÕES E FORMAS DE
CONTROLE**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Eduardo Novacki

**CURITIBA
2014**

RESUMO

De acordo com a ideologia Estatal vigente são estabelecidos uma série de direitos, deveres, valores e princípios conforme os objetivos que se buscam atingir e a racionalidade da época, devendo ser observados pelo Poder Público e pela sociedade. No Estado Democrático de Direito são conferidos aos cidadãos uma série de direitos, exigindo-se da Administração Pública uma atuação visando o atendimento do interesse público. A atividade administrativa, contudo, norteia-se por um regime jurídico, em que são fixadas prerrogativas e sujeições à Administração. Desta forma, ao mesmo tempo em que lhe garante uma posição privilegiada para satisfazer o interesse público, sua atividade é restringida pela vinculação ao Direito e aos princípios. No entanto, em razão das constantes mudanças e anseios sociais e pela própria impossibilidade do legislador em normatizar todas as situações em que se exige a atividade administrativa, a lei delimita certos espaços de liberdade, nos quais cabe ao Administrador, de acordo com a conveniência e oportunidade, fazer a escolha mais adequada ao caso concreto. Esta discricionariedade administrativa, contudo, não se confunde com a atuação arbitrária e autoritária da Administração Pública, sendo imprescindível a existência de limites e formas de controle, a fim de conciliar a atividade administrativa com a satisfação do interesse público e a obediência ao ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Discricionariedade. Abuso e desvio de poder. Limites. Controle dos atos discricionários.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	4
2	A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	6
2.1	O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	6
2.2	O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	8
2.3	OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS.....	11
3	DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: RAZÕES E FORMAS DE CONTROLE	16
3.1	DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO	16
3.2	AS RAZÕES DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE	21
3.3	FORMAS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE	26
4	CONCLUSÃO	39
	REFERÊNCIAS	42

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante um Estado Democrático de Direito, em que são estabelecidas metas, fins, garantias, princípios, direitos e deveres que devem ser observados e efetivados pelo Poder Público para o povo.

Para a execução desta tarefa, a Administração Pública deve ser regulamentada e a ela devem ser garantidas ferramentas a fim de fazer prevalecer o interesse público e concretizar os anseios da sociedade e as normas constitucionais.

Assim, a atuação administrativa é pautada em um regime jurídico-administrativo que lhe garante certas prerrogativas, mas sujeita sua atuação a obediência de determinados limites.

Dentre estes limites, o princípio da legalidade merece especial destaque, tendo em vista que impõe à Administração Pública uma atuação sempre em conformidade e nos limites das previsões legais.

No entanto, diante da dinâmica social e, até mesmo, pelo desejo de não se engessar completamente a atividade da Administração, o legislador confere espaços de liberdade para a Administração, diante do caso concreto e conforme a conveniência e oportunidade, optar pela decisão mais apropriada.

Esta atuação, chamada de discricionariedade, não pode ser confundida com o poder arbitrário e a livre atuação dos administradores, visto que este espaço de liberdade deve respeitar todas as demais sujeições a que se submete a Administração.

Na prática, contudo, os detentores deste poder-dever discricionário o utilizam para fins diversos daqueles previstos em lei e desejados pelo ordenamento. Por isso, é fundamental que exista certo controle desta atividade, a fim de garantir que a atuação administrativa busque sempre a realização do interesse público e atue conforme o Direito.

Diante disto, pode-se perceber que surgem contradições, visto que, de um lado este âmbito de discricionariedade é essencial diante da dinamicidade e das exigências da população, que implicam na busca, pela Administração, por medidas rápidas e eficientes. Por outro lado, estas exigências e a discricionariedade não podem implicar na afronta à lei, sendo imprescindível certo controle.

Partindo destas premissas, o objetivo deste trabalho é apresentar um panorama sobre a atividade discricionária e a impossibilidade de se confundir com a

atuação arbitrária, para então esclarecer os limites e a importância de formas de controle.

Sendo assim, inicialmente serão expostas premissas para a compreensão do Estado Democrático de Direito, do regime ao qual se submete a Administração Pública e, em especial, alguns princípios que norteiam a atividade do Poder Público.

No segundo capítulo, abordar-se-á, propriamente, a questão da discricionariedade administrativa e suas distinções para formas de abuso de poder, para então descrever algumas formas de controle e seus limites.

2 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A sociedade, com o transcorrer do tempo, passa por diversas alterações e, a cada momento histórico, exige que o Poder Público assuma diferentes composições.

De acordo com Maria Goretti Dal Bosco, são as pressões sociais de natureza política, econômica, social, ideológica e cultural que fazem com que o Estado nasça, se desenvolva e se transforme¹.

Para atender as demandas da população, e a própria organização da sociedade, o Estado atua por meio da atividade administrativa que pode variar conforme cada modelo estatal, seus princípios e finalidades.

Desta forma, o Direito Administrativo e a Administração Pública são estruturados com base no arranjo institucional, nas atribuições e metas que conduzem a vida pública em determinado Estado. Além disso, estes valores também delimitam o exercício da autoridade estatal em busca da realização de seus fins.

Miguel Sánchez Morón, ao tratar da função executiva atribuída ao governo e, indiretamente à Administração Pública, esclarece que:

a Administração é, pois, aquela instituição pública que singulariza (e se legitima) por sua função de serviço (com objetividade) aos interesses gerais. (...) Em outras palavras, a Administração é uma organização destinada ao serviço da sociedade, do bem comum e dos interesses gerais definidos pelas normas jurídica e pelos órgãos do governo democraticamente eleitos (direta ou indiretamente) pelos cidadãos (...). Uma organização profissional e capaz de realizar e gerir (melhor ou pior na prática) com objetividade as atividades e serviços que requerem o interesse geral².

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotou o modelo do Estado Democrático de Direito, em que o Estado, segundo Thiago Lima Breus, está:

¹ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discrecionalidade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2007, p. 121.

² MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995, p. 99/100. Tradução livre. "La Administración es, pues, aquella institución pública que se singulariza (y se legitima) por su función de servicio (con objetividad) de los intereses generales. (...) En otras palabras, la Administración es una organización destinada al servicio de la sociedad, del bien común, de los intereses generales que han sido definidos por las normas jurídicas y, en el marco de las mismas, por los órganos gubernativos democráticamente elegidos (de manera directa o indirecta) por los ciudadanos (...). Una organización, por lo demás, profesionalizada y capaz de realizar y gestionar (mejor o peor en la práctica) con objetividad las actividades y servicios que requiere el interés general".

diretamente vinculado ao atendimento de uma série de objetivos axiológicos, relacionados à progressiva promoção de determinados fins, como a superação das desigualdades material (...), realização de uma justiça substancial e a salvaguarda da democracia³.

No Estado Democrático de Direito atribui-se ao Estado uma série de responsabilidades, como atendimento à saúde, educação e segurança, aliada a participação democrática.

De acordo com Ana Paula de Barcellos, valores e opções políticas foram introduzidos na Constituição com status jurídico elevado, hierarquicamente superior, vinculantes aos governos, à Administração Pública e à sociedade⁴.

A legitimidade da atuação do Estado passa a se dar pela realização de finalidades coletivas, que são alcançadas de forma programada, com o auxílio da população e que estão estabelecidas na Constituição.

O administrador público está vinculado ao atendimento dos interesses dos cidadãos, os quais, além de terem direito à satisfação de suas necessidades, devem poder, livremente, realizar suas escolhas e participar das decisões públicas. Nesse mesmo sentido, não mais a natureza do poder da Administração Pública legitima a atividade estatal, mas “a qualidade dos métodos que emprega, como direção pública e participação do usuário”⁵.

Além disso, os princípios constitucionais passam a limitar e a vincular a atividade estatal, impedindo sua violação. As funções estatais sofrem, portanto, uma ampliação, assim como os mecanismos de realização de seus fins e os instrumentos jurídicos de controle⁶.

O Direito Administrativo, em face de todas as mudanças nos modelos estatais, também teve que se adaptar. A Administração Pública deixa de se basear apenas em prerrogativas autoritárias, finalidades abstratas e regras jurídicas

³ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 23. Thiago Lima Breus diferencia o Estado de Direito do Estado Constitucional, resumidamente, no sentido de que este tem objetivos mais concretos e é baseado em princípios, enquanto aquele é fundamentado estritamente nas leis. Para os fins deste trabalho será utilizado o termo Estado Democrático de Direito como sendo o modelo adotado nos dias atuais.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista de direito administrativo*, v. 240, abr/jun, 2005, trimestral, RJ: Editora Renovar, p. 83-103, p. 86.

⁵ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 137 e 139.

⁶ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 24.

específicas, para, no Estado Democrático de Direito, ter objetivos concretos e se submeter a todo o ordenamento jurídico.

Busca-se, desta forma, reduzir o quadro de desigualdade e autoritarismo. O sistema jurídico adquire função programática, com o estabelecimento de condições sociais e econômicas a serem alcançadas, que visam a salvaguardar os requisitos mínimos para uma vida digna de cada cidadão⁷.

Diante deste quadro, é importante estabelecer um regime jurídico-administrativo, que reúne características tipificadoras do Direito Administrativo e garantem à Administração Pública uma posição privilegiada, a fim de cumprir seus deveres constitucionais.

2.2 O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o Direito Administrativo se funda em propostas opostas. De um lado deve proteger os direitos individuais perante o Estado, por outro lado deve satisfazer os interesses coletivos, por meio de prerrogativas e privilégios⁸.

Assim, são estabelecidos poderes, deveres e direitos à Administração Pública para que ela possa cumprir sua função e atender ao interesse público.

Desde logo é importante estabelecer o que se compreenderá por “interesse público” neste trabalho. O interesse público não é um conceito fixo e imutável, uma vez que conforme o tempo e o local em que se insere pode adquirir diferentes conotações. Da mesma forma, a doutrina e a jurisprudência não são unânimes quanto ao tema, Marçal Justen Filho, inclusive, entende que há uma pluralidade de interesses públicos⁹.

Na linha do pensamento de Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual será adotado nesta pesquisa, o interesse público é o foco da atividade administrativa, o objeto buscado por meio do exercício da função pública.

⁷ BREUS, Thiago Lima. *Políticas Públicas no Estado Constitucional: problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*, p. 157.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 62

⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 114.

Este interesse não é, para o autor, a somatória dos interesses individuais, mas o interesse do todo, é um interesse que não deixa de ser pessoal, mas surge enquanto o indivíduo é parte da coletividade¹⁰.

Dentro do contexto das atividades estatais, e dos poderes e deveres que incumbem à Administração Pública, se insere o regime jurídico administrativo que, segundo Marçal Justen Filho, é um conjunto de normas jurídicas que regula a atividade e a organização desempenhadas em prol do interesse coletivo. Estas normas são indisponíveis e vinculadas à satisfação de fins pré-determinados¹¹.

A fim de assegurar as liberdades individuais são estabelecidos limites à Administração Pública, como a observância do ordenamento jurídico, enquanto que para garantir a concretização de seus fins, lhe são outorgadas prerrogativas e privilégios.

Estas prerrogativas e sujeições que compõem o regime jurídico administrativo são baseadas em princípios e regras jurídicas. Além disso, tendo em vista que a Administração Pública está a serviço do público, sendo um instrumento para o interesse geral¹², a atividade estatal, por meio do exercício de suas prerrogativas, somente se legitima quando, e na medida em que, objetive cumprir os deveres que o ordenamento jurídico lhe impõe.

As prerrogativas podem ser definidas, de acordo com José Cretella Júnior, como

as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular¹³.

Dentre as prerrogativas administrativas podem ser citados o Poder de Polícia, a autotutela e a autoexecutoriedade de seus atos, o poder de ocupar temporariamente imóveis alheios e de aplicar sanções, a rescisão unilateral de contratos e a presunção de veracidade de seus atos.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2010, p. 59.

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 104.

¹² TORNARÍA, Felipe Rotondo. Derechos Fundamentales Y Administración Pública. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Orgs.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1587-1602, p. 1588.

¹³ CRETILLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. In: *Revista de Informação legislativa*, ano 25, n. 97, jan/mar, 1988, trimestral, Brasília: Senado Federal, p. 5-52, p. 23.

Por sua vez, as sujeições configuram-se como limites impostos à Administração Pública, que deve se ater aos fins e princípios previamente delimitados, sob pena de nulidade do ato administrativo¹⁴ ou responsabilidade do administrador¹⁵.

Desta forma, importante estabelecer que o regime jurídico administrativo, regulador da atuação administrativa, deve ser pautado pelo equilíbrio entre privilégios e limites conferidos à Administração Pública¹⁶, para que esta possa satisfazer os interesses públicos dentro dos limites do ordenamento e de forma a permitir seu controle.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello o regime jurídico administrativo é composto por um conjunto de princípios peculiares do Direito Administrativo, que guardam relação lógica de coerência entre si. Segundo o autor, “função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público”¹⁷, sendo esta a principal finalidade do Estado.

Relevante destacar dois princípios que norteiam a teoria do autor. Primeiramente, fala-se na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, que permite a proteção do interesse público por meio da posição privilegiada e de superioridade do órgão responsável nas relações com os particulares, acarretando em uma verticalidade nas relações entre a Administração Pública e o particular. Esta situação é condição para que os interesses públicos conflitantes possam ser gerenciados.

Estes poderes conferidos à Administração Pública, no entanto, só se legitimam na medida em que atendam o interesse público¹⁸.

O segundo princípio é a indisponibilidade do interesse público, que vincula a atuação dos órgãos administrativos a limites e princípios que devem ser respeitados¹⁹.

A Administração Pública, portanto, detém uma posição diferenciada do particular, na medida em que possui alguns poderes que lhe permitem e auxiliam na

¹⁴ O termo “ato administrativo”, ao longo do trabalho, não será utilizado em sentido estrito, mas pretende-se referir a todos os atos realizados pela Administração Pública.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 62/63.

¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 54/55.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 52 e 29.

¹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 70/72.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, p. 74/75.

realização do interesse público, mas, por outro lado, é limitada pelas previsões legais e pelos princípios constitucionais.

2.3 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E ADMINISTRATIVOS

Os princípios, a partir da Constituição de 1988, tomaram especial relevância no ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido, Inocêncio Mártires Coelho leciona que o sistema constitucional no Brasil reúne princípios e regras a fim de garantir a unidade e a ordem, em busca da consecução de fins²⁰.

Robert Alexy entende que os princípios são “mandatos de otimização”, ou seja, são normas que, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes, devem ser cumpridas na maior medida possível²¹.

Os princípios são normas abstratas que indicam fins e valores, selecionados pelo constituinte e, ao decorrer do tempo, pelos aplicadores do direito, os quais conferem coerência e unidade ao sistema, ditam padrões a serem observados, devendo ser aplicados e observados por todos.

A Constituição vigente, explícita ou implicitamente, elenca uma série de princípios, alguns dos quais serão brevemente pontuados neste momento.

Tendo em vista que a Administração atua em nome da sociedade, com vistas a realizar o interesse público, se coloca, primeiramente, o princípio da impessoalidade.

Este princípio possui duas facetas. Em relação aos administrados, o princípio impõe à Administração Pública uma atividade que não vise prejudicar ou beneficiar determinadas pessoas, ou seja, se relaciona à finalidade pública, pois a atividade administrativa deve sempre buscar a realização do interesse público.

Já do ponto de vista interno da Administração, significa dizer que quem pratica os atos será sempre o órgão ou entidade administrativa e não os funcionários. A Constituição, inclusive, veda a promoção pessoal de autoridades que realizam os atos (art.37, parágrafo 1º)²².

²⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 876.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 86.

²² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 68.

Não obstante a previsão constitucional sobre a impessoalidade, por exemplo, para que a população possa controlar e ter acesso aos atos administrativos, garantindo a correta aplicação da lei e dos princípios, é preciso que seja dada a eles a devida publicidade.

Neste cenário, o princípio da publicidade exige que a todos os atos administrativos, com exceção das hipóteses sigilosas ou outras expressamente previstas em lei, seja dada ampla divulgação. Esta previsão evita que sejam feitas manobras ou favorecimentos na Administração Pública, de forma que todos tem amplo conhecimento da atividade administrativa e podem, eventualmente, impugná-los.

A mera publicidade do ato, contudo, não garante a possibilidade de controle, pois, a não ser nos casos evidentemente contrários a lei, não haveria possibilidade de questionamento. Por isso, o princípio da motivação é essencial para o controle da atuação administrativa.

Assim, não basta a Administração realizar determinado ato, ela deve explicitar as razões de fato e de direito que levaram a esta atuação, é a justificativa do Poder Público dos motivos que originaram as decisões, garantindo a possibilidade de conferência da adequação aos demais princípios administrativos.

Por meio da motivação dos atos administrativos é possível realizar o controle de legalidade, sem o qual a Administração teria amplos poderes para atuar em desacordo aos interesses da coletividade e ao ordenamento jurídico.

Outro princípio expressamente previsto na Constituição Federal é o da moralidade administrativa, que determina a observância da moral, da ética, dos bons costumes, dos princípios de justiça e da honestidade, seja pela Administração, seja pelos administrados quando em relação com a Administração.

Egon Bockmann Moreira, ao discorrer sobre o princípio da moralidade, defende que o prestígio à moralidade é inerente ao Estado Democrático, mas não implica na “regência estrita do ordenamento jurídico pelo regramento moral”. O autor entende que determinados parâmetros morais incidem no ordenamento jurídico e devem ser analisados sob a lógica jurídica, mas de forma alguma o agente público pode desprezar as normas positivadas a fim de adotar uma conduta estritamente baseada em sua moral²³.

²³ MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 3ª ed. atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 100/103.

Diante da maleabilidade e da falta de definição precisa de alguns princípios e ideais constitucionais, bem como da possibilidade de conflito entre as normas do ordenamento jurídico, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade adquirem especial importância.

A atividade administrativa, ainda que diante de determinadas lacunas legais ou de conflitos entre normas, não é desprovida de limites para atuar e escolher. Isto porque, a atuação da Administração Pública deve ser razoável, lógica e congruente.

Estes princípios são bastante visíveis na questão da discricionariedade, que será tratada adiante. Segundo Agustín A. Gordillo,

a decisão “discricionária” do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’, o que pode ocorrer, principalmente, quando: (...)
c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar (...)²⁴.

Assim, a razoabilidade visa compatibilizar interesses e razões, buscando atender os interesses públicos, sem contrariar a realidade fática, o senso comum e as regras técnicas²⁵.

A proporcionalidade, por sua vez, prevê o equilíbrio entre os meios utilizados e os fins buscados, ou seja, entre a atividade administrativa e a situação que lhe deu origem. A escolha administrativa, portanto, não pode ir além ou aquém do necessário para atingir seus fins e deve considerar, da mesma forma, os sacrifícios e benefícios resultantes²⁶.

A Administração Pública, sendo assim, deve agir de forma sensata, plausível, adequada, em conformidade com o ordenamento jurídico, com o caso concreto e com as necessidades a serem atendidas ou benfeitorias que devem ser prestadas.

A Constituição, apesar de determinar uma série de procedimentos e princípios a serem observados, que podem desacelerar e burocratizar a atividade da Administração, exige uma atuação eficiente do Poder Público.

²⁴ GORDILLO, Agustín A. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 183/184.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 97/98.

²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*, p. 98/99.

O princípio da eficiência, portanto, prevê a atividade otimizada, empenhada, a fim de efetivar as necessidades da população. A eficiência, segundo Hely Lopes Meirelles, é um dever da Administração Pública e envolve não só a produtividade dos servidores, mas também a perfeição do trabalho e a adequação aos fins²⁷.

Por fim, o princípio da legalidade. Este princípio, um dos mais relevantes do nosso ordenamento, representa uma garantia aos direitos individuais, na medida em que “a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”²⁸.

O princípio da legalidade possui duas leituras diferentes, dependendo se a relação é administrativa ou particular. Em relação a este, a previsão é no sentido de que lhe é permitido fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, enquanto aos entes públicos só é permitido agir dentro do estritamente estabelecido em lei.

Neste sentido, enquanto ao particular a ideia é a autonomia da vontade, a Administração Pública depende, para atuar, de previsão legal.

A abrangência do princípio da legalidade, no entanto, não deve se restringir à lei formal. Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao explicar sobre o princípio da juridicidade, afirma que ele caracteriza o direito em seu momento dinâmico, ou seja, cabe aos administradores concretizar os efeitos previstos nas normas jurídicas, de forma que o direito posto não se modifica, mas ele se adapta à atividade realizada.

Ampliam-se, desta maneira, os limites do princípio da legalidade, que vincula a atividade administrativa não só a lei formal, mas a todo ordenamento jurídico, aos valores, princípios, cultura e regras, buscando sempre a concretização das finalidades constitucionais.

Esta ideia é bastante relevante no tocante à discricionariedade administrativa que será tratada no próximo capítulo.

Isto porque, o legislador não é capaz de prever todas as situações em que se exigirá a atuação da Administração Pública, tampouco o melhor meio de consecução de seus fins e o momento adequado para tal. Diante desta possível lacuna nas previsões legais, é que se insere o âmbito de discricionariedade administrativa.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 32. ed. atualizado até a Emenda Constitucional 51 de 14.02.2006 por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, SP: Malheiros Editores, 2006, p. 96/97.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*, p. 64.

Em determinadas situações, portanto, a legislação deixa certa margem de liberdade para que o administrador satisfaça a finalidade legal conforme o caso concreto, a partir de um juízo subjetivo e pessoal²⁹.

²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 962.

3 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: RAZÕES E FORMAS DE CONTROLE

3.1 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

Conforme visto, o regime jurídico administrativo garante à Administração Pública, para atingir seus fins e desempenhar sua função, determinados poderes especiais. Ao mesmo tempo, contudo, limita estes poderes, por meio da lei e dos princípios.

Assim, todas as situações que exigem a atuação do Poder Público são previamente delineadas pela lei, no entanto, o grau de objetividade legalmente estabelecido pode variar, definindo a classificação dos atos como vinculados ou discricionários.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello,

em quaisquer situações jurídicas pode-se reconhecer uma limitação que delinea os confins de liberdade de um sujeito. Tal liberdade, entretanto, pode ser mais ou menos ampla, em função das pautas estabelecidas nos dispositivos regedores da espécie³⁰.

Destarte, o princípio da legalidade, em especial, delimita a atuação do Poder Público àquelas hipóteses previstas em lei, de modo que, grande parte da atuação administrativa se diz vinculada. Isto significa que a lei, previamente, não deixa opções ao administrador, exigindo determinada atuação diante do preenchimento das condições descritas.

A lei, neste caso, predetermina com conceitos precisos e objetivos a conduta única e obrigatória a ser adotada pelo administrador diante da situação nela prevista³¹.

O ato vinculado é caracterizado por sua predominância de requisitos na lei, pois, não raras vezes, sobre alguns aspectos do ato, a Administração terá certa liberdade, não retirando o caráter de vinculação.

³⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 37.

³¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 58.

Por exemplo, quando o cidadão completa 70 anos deve ser compulsoriamente aposentado. Isto quer dizer que não há opção para a Administração Pública em relação a este sujeito a não ser aposentá-lo.

Da mesma forma, em concurso público, caso o candidato seja aprovado dentro do número de vagas estabelecido no Edital ele tem direito a ser nomeado, ainda que não imediatamente, mas dentro do prazo de validade do concurso.

Disto é possível perceber que, no caso dos atos vinculados, o particular possui “um direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à correção judicial”³².

No entanto, o legislador não é capaz de prever todas as situações e soluções que exigem a atuação da Administração Pública, o que, inclusive, não seria sequer desejado na medida em que engessaria por completo a atividade administrativa.

A atividade administrativa, de acordo com Miguel Sánchez Morón, não se resume a mera execução da lei, consistindo, na realidade, na gerência dos interesses públicos, satisfazendo as expectativas da sociedade, por meio da aplicação da lei³³. Nas palavras de Almiro do Couto e Silva “a sujeição da ação estatal à lei não significa sempre execução automática dos preceitos que a integram”³⁴.

E, diante da complexa realidade, “da alta tecnicidade das relações contemporâneas e dos riscos a que a sociedade está sujeita”³⁵, um espaço em que o administrador possa atuar com certa liberdade é imprescindível.

O ordenamento não restringe, portanto, todos os aspectos da atuação da Administração, de forma que a lei confere certa margem de liberdade de decisão perante o caso concreto em determinadas situações, ao que se denomina discricionariedade.

³² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 214.

³³ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 31. Tradução livre. “(...) la actividad administrativa no puede identificarse con la mera ejecución de la ley, como podría deducirse de una <<magnificación fetichista de esta última>>, sino que consiste en la gestión de los intereses públicos (o en la satisfacción de las aspiraciones de la colectividad) aplicando las leyes”.

³⁴ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 179/180, jan/jun, 1990, trimestral, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 51-67, p. 52.

³⁵ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitária e propostos pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 205-240, p. 210.

Segundo Almiro do Couto e Silva

ao fixarem as leis as diferentes competências dos órgãos do Estado, se muitas vezes indicam com exatidão milimétrica qual deverá ser a conduta do agente público, em numerosíssimas outras lhe outorgam considerável faixa de liberdade, a qual pode consistir não só na faculdade de praticar ou de deixar de praticar certo ato, como também no poder, dentro dos limites legais, de escolher no rol das providências possíveis aquela que lhe parecer mais adequada à situação concreta. (...)

Este poder de escolha que, dentro dos limites legalmente estabelecidos tem o agente do Estado entre duas ou mais alternativas, na realização da ação estatal, é que se chama poder discricionário³⁶.

Celso Antônio Bandeira de Mello define a discricionariedade da seguinte forma:

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.

Haveria atuação discricionária quando, em decorrência do modo pelo qual o Direito regulou a atuação administrativa, resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação *subjetiva* sua quanto à maneira de proceder, nos casos concretos, assistindo-lhe, então, sobre eles prover na conformidade de uma inteligência, cujo acerto seja irreduzível à objetividade e ou segundo critérios de conveniência e oportunidade administrativa³⁷.

O autor entende, a partir dos ensinamentos de Afonso Rodrigues Queiró, que a discricionariedade reafirma o regime de divisão dos três Poderes, pois caso o legislador tivesse que individualizar a lei, não mais criá-la de forma abstrata, estaria invadindo a esfera do poder administrativo³⁸.

³⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 54.

³⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 973 e 09. O autor define, em outro momento do livro, a discricionariedade como sendo “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”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 432/433. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sentido bastante similar, entende que “o legislador, não tendo condições de prever e avaliar todas as situações possíveis, é obrigado a deixar certa margem de liberdade para a Administração apreciar os casos concretos segundo critérios próprios e escolher, entre várias alternativas, aquela que lhe pareça mais adequada para a proteção do interesse público que a lei lhe atribui”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 14.

³⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 39.

Maria Sylvia Di Pietro assim justifica a existência deste âmbito de liberdade, do ponto de vista prático:

quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis³⁹.

Neste mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que diante da “realidade polifacética dos fatos e circunstâncias da vida” a satisfação da finalidade prevista em lei exige a possibilidade de se tomarem diferentes providências conforme o caso concreto⁴⁰.

Marçal Justen Filho complementa esta ideia, lecionando que a discricionariedade não teria espaço “em um Estado autoritário, em quem o governante impusesse sua vontade simplesmente por ser titular do poder de fato”, assim ela não se justifica apenas pela impossibilidade de o legislador prever todas as situações, mas também pelo fato de vivermos num Estado Democrático de Direito em que é necessário um instituto capaz de “formalizar e adequar a autonomia das escolhas do administrador público pela supremacia do princípio da legalidade”⁴¹.

A discricionariedade, desta forma, pode ser entendida como a margem de liberdade que a Administração detém, de acordo com o binômio “conveniência (momento) e oportunidade (utilidade/adequação)”, para, diante do caso concreto, escolher a melhor solução, dentre aquelas válidas para o direito, a fim de satisfazer a finalidade pública.

Neste caso, cabe ao administrador, diante da possibilidade conferida pela lei, identificar no caso concreto, sopesando as circunstâncias presentes e as soluções possíveis, a medida mais propícia a atender a finalidade legal, aquela que seja conveniente e oportuna, sem se desviar do objetivo legal⁴². Cabe à

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 215.

⁴⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 59.

⁴¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 241.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 58.

Administração Pública, quando assim a lei prevê, decidir se e quando agir, assim como optar por aquelas alternativas legalmente viáveis.

Esta liberdade, contudo, não é plena, ela se encontra restrita pela própria lei, que estabelece determinados espaços para uma atuação mais livre do administrador. Isto quer dizer que, ainda dentro deste espaço de discricionariedade, a atuação administrativa se vê limitada por princípios, pelo ordenamento jurídico, pelo próprio espaço que a lei previu para esta forma de atuação e, principalmente, deve estar sempre voltada à realização do interesse público.

Assim, “a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador”⁴³, a lei confere o espaço para a discricionariedade e também o restringe em determinados aspectos, vinculando-os à ela. Segundo Sérgio Guerra, a lei prevê espaços de atuação discricionária do Poder Público, para a concretização da própria lei⁴⁴.

Este poder⁴⁵, por conseguinte, só se legitima e tem validade quando exercido dentro do limite da lei, é um “poder sob a lei”⁴⁶.

A Administração Pública pode escolher, diante do caso concreto e conforme critérios de conveniência, oportunidade, justiça e equidade, a melhor solução dentre aquelas opções válidas perante o direito⁴⁷. Ou seja, ainda que o administrador tenha a possibilidade de escolher, ele deve optar dentre aqueles possibilidades existentes no próprio espaço deixado pela lei e nunca poderá ser algo ilegal ou contrário ao ordenamento jurídico.

A atuação discricionária não se confunde, por conseguinte, com a decisão baseada exclusivamente no livre-arbítrio da Administração Pública⁴⁸, vez que determinados elementos do ato administrativo serão sempre vinculados, como a competência e a finalidade, e a própria lei impõe limites negativos e princípios a serem observados.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, p. 215.

⁴⁴ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas, p. 214.

⁴⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a expressão “poder discricionário” é equivocada, na medida em que a Administração Pública tem como função a concretização da finalidade pública e os poderes que lhe são concedidos são instrumentos para cumprimento deste dever. Há, portanto, um dever discricionário. Neste trabalho, contudo, usaremos o termo poder discricionário indiscriminadamente, como sendo o âmbito de liberdade concedido aos administradores, regulado e delimitado pela própria lei, Ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 14/16.

⁴⁶ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 54.

⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvania. *Direito Administrativo*, p. 214.

⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 436.

Para Marçal Justen Filho

a autonomia decisória da autoridade estatal não se desenvolve fora ou acima das normas jurídicas. É criada pelo ordenamento jurídico, que determina as suas balizas. Em alguns casos, os limites à autonomia consistem nos princípios mais gerais, nos valores fundamentais. Em outros casos, a norma instituidora da discricionariedade estabelece limites mais precisos e determinados. Há casos em que tais limites se traduzem em requisitos para a escolha. Em outras situações, a norma veda a adoção de certas decisões. Há situações em que os limites se relacionam com a escolha da oportunidade para decidir, enquanto há outros casos em que a restrição envolve o conteúdo propriamente dito da decisão a ser adotada⁴⁹.

Este âmbito de liberdade conferido à Administração Pública, no entanto, cria um paradoxo na sociedade. Ao mesmo tempo em que a complexa realidade exige esta possibilidade de uma atuação conforme o caso concreto, com certa maleabilidade, a sociedade busca reduzir a discricionariedade administrativa como forma de conter a atuação arbitrária dos administradores.

Esta dualidade é, justamente, o ponto que se busca debater neste trabalho: a imprescindibilidade do espaço discricionário e a existência de limites a esta atuação.

3.2 AS RAZÕES DO CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

A lei confere à Administração, portanto, certas prerrogativas e a possibilidade de uma atuação discricionária, com o fim de realizar o interesse público e atender os anseios da população, de acordo com a época e as necessidades.

O exercício desta liberdade, no entanto, pode acarretar uma série de vícios ou abusos, como a transgressão dos limites impostos pelo Direito, o abuso ou desvio do poder discricionário, o não exercício ou exercício deficiente⁵⁰ e o autoritarismo.

Estas práticas, contudo, não se confundem com a atuação discricionária que não pode servir de base para a realização de atos ilícitos, em que pese ocorrerem, mais comumente, no exercício desta liberdade.

⁴⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 243.

⁵⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. *Poder discricionário no direito administrativo brasileiro*, p. 63.

Por isso, a compreensão do que consiste a discricionariedade e a sua distinção das formas de atuação ilícitas é fundamental para justificar a necessidade de controle da atividade discricionária da Administração.

Os vícios ocorrem, de acordo com Maria Goretti Dal Bosco, em razão da corrupção e da falta de compromissos com a eficiência da prestação pública. Acrescenta a autora que a deficiência de fiscalização da sociedade contribui para a falta de efetividade da atividade administrativa⁵¹.

O desvio de poder se caracteriza quando a finalidade do ato praticado pela Administração não está em consonância com a finalidade legal, seja esta estrita (prevista expressamente em lei) ou em sentido amplo (interesse público)⁵².

Ora, se os poderes conferidos à Administração tem um objetivo predeterminado, todos os atos praticados no exercício destas prerrogativas devem buscar atingir aquela finalidade, de forma que “o ato que, por qualquer razão, seja direcionado a um fim distinto daquele que lhe cumpriria alvejar estará eivado de desvio de poder, sendo, pois, inválido. É que o “poder” – isto é, a competência, terá sido desviado de seu destino próprio”⁵³.

Este desvio de poder, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, pode ocorrer de duas formas. Em primeiro lugar quando a finalidade do ato não é pública, ou seja, o ato é praticado visando atingir qualquer objetivo alheio àqueles que o Direito prevê para as atividades estatais. A segunda hipótese é a prática do ato, ainda que norteado para atender ao fim público, por meio inidôneo⁵⁴, também chamado de desvio de procedimento, por Marçal Justen Filho⁵⁵.

Maria Sylvia Di Pietro leciona que a lei confere à Administração determinados poderes em vistas à atender ao interesse geral, em conformidade ao princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. No entanto,

se, ao usar de tais poderes, a autoridade administrativa objetiva prejudicar um inimigo político, beneficiar um amigo, conseguir vantagens pessoais para si ou para terceiros, estará fazendo prevalecer o interesse individual sobre o interesse público e, em consequência, estará se desviando da finalidade pública prevista na lei. Daí o vício do **desvio do poder** ou **desvio de finalidade**, que torna o ato ilegal⁵⁶.

⁵¹ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p.312/313.

⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 212.

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 62.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 62.

⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 451.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 67. Grifos no original.

A arbitrariedade ou autoritarismo, segundo Almiro do Couto e Silva também não se confunde com o poder discricionário, pois aquele é um poder ilimitado, “noção que briga com a do Estado de Direito e com o princípio da legalidade que é dela decorrente”⁵⁷. Ao agir arbitrariamente, de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o administrador agride a ordem jurídica, age fora dos limites legais⁵⁸.

Miguel Sánchez Mórón explica que a discricionariedade e a arbitrariedade podem ser distinguidas, por exemplo, em razão da existência ou não de motivação e fundamentação na decisão. Isto, pois o ato desacompanhado de motivação ou aquele cuja fundamentação não é clara e suficiente são, desde logo, arbitrários e não detém mais presunção de legalidade⁵⁹.

Outros vícios que podem surgir com o ato administrativo são o desrespeito aos limites fixados em lei para a atuação discricionária e a omissão do agente quando instituído de poder discricionário ou a sua atuação deficitária.

Em um mundo ideal a distinção entre a discricionariedade e o abuso de poder seria evidente e não haveria razões para o controle da atividade discricionária, na medida em que o abuso não ocorreria. No entanto, na sociedade atual o limite entre essas formas de atuação nem sempre é observado.

A fim de limitar/cassar estes atos eivados de vícios e praticados com abuso do poder, visando conciliar os interesses dos cidadãos e garantindo-lhes a proteção jurídica adequada, sem restringir de forma absoluta a atuação da Administração Pública, para que ela tenha condições de realizar as prestações que lhe cabem, é necessário haver um controle da atuação administrativa.

Este controle surge, especialmente, no momento em que a liberdade garantida ao administrador para decidir não o exime da necessidade de atingir os fins públicos e de obedecer as sujeições impostas pela lei e pelo Direito, de forma que a discricionariedade deixou de ser considerada como “ato de império”, em que não se admitia controle⁶⁰.

O controle dos atos administrativos, conforme leciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, é uma das mais importantes conquistas do Estado de Direito,

⁵⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro, p. 54.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 433.

⁵⁹ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 29.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*, p. 399/400.

permitindo a proteção das liberdades individuais e o respeito aos limites do poder do Estado⁶¹.

Segundo Agustín A. Gordillo, os princípios do direito constituem um limite à discricionariedade administrativa, pois não existe, atualmente, uma atividade administrativa que se encontre acima ou fora do ordenamento jurídico⁶².

Como exposto, a discricionariedade não se identifica com a livre decisão da Administração, havendo limites, procedimentos, regras e princípios que devem sempre ser observados. Neste sentido, Miguel Sánchez Morón afirma que:

em um regime democrático como o atual, por definição, não há nenhum poder livre e isento de fiscalização, livre e isento de se justificar, posto que toda a atividade governativa e administrativa está submetida, por um lado, a crítica de uma opinião pública livre e de uma sociedade que pode mobilizar-se para alcançar seus objetivos; por outro, a responsabilidade política que essa mesma sociedade torna efetiva periodicamente e à crítica igualmente política que formulam os grupos de oposição nos foros constitucional ou legalmente previstos; e, por fim, a ação de um conjunto de instituições ou órgãos públicos que tem por missão fiscalizar a ação administrativa (incluindo a discricionariedade, obviamente) desde diferentes perspectivas: defensoria pública e órgãos equivalentes, Tribunal de Contas e similares, interventores, inspetores de serviços, órgão de controle jurídico interno - sejam de natureza consultiva, de resolução de recurso ou de assessoria legal, controle de uma Administração sobre a outra, órgãos de participação, garantias de transparência, etc⁶³.

É fundamental, portanto, que exista um sistema de garantias que controle e restrinja as atuações irregulares da Administração, garantindo a atuação conforme os princípios jurídicos, como a legalidade, moralidade, publicidade, motivação, impessoalidade e finalidade⁶⁴.

⁶¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 93/94.

⁶² GORDILLO, Agustín A. *Princípios gerais de direito público*, p. 183.

⁶³ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 154/155. Tradução livre. “En un régimen democrático como el actual no hay, por definición, ninguna potestad libre y exenta de fiscalización, libre y exenta de justificarse, puesto que toda la actividad gubernativa y administrativa está sometida, por un lado, a la crítica de una opinión pública libre y de una sociedad que puede movilizarse para alcanzar sus objetivos; por otro, a la responsabilidad política que esa misma sociedad hace efectiva periódicamente y a la crítica igualmente política que formulan los grupos de oposición en los foros constitucional o legalmente previstos; y, last but not least, a la acción de un conjunto de instituciones u órganos públicos que tienen por misión fiscalizar la acción administrativa (incluida la discrecional, obviamente) desde diferentes perspectivas: Defensor del Pueblo y órganos equivalentes, Tribunal de Cuentas y similares, interventores, inspectores de servicios, órganos de control jurídico interno, ya sean de naturaleza consultiva, o de resolución de recursos, o da asesoramiento legal preceptivo, controle de unas Administraciones sobre otras, órganos de participación, garantías de transparencia, etc.

⁶⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 735.

Para Marçal Justen Filho, o controle da atividade administrativa destina-se “a verificar a regularidade dos atos administrativos e reprimir os desvios ocorridos”, tendo em vista que o Estado deve buscar a realização dos direitos fundamentais⁶⁵. Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que, no Estado de Direito, todos os atos da Administração Pública se restringem à aplicação da previsão legal abstrata, que ao possibilitar determinada atuação do administrador a vincula à busca de certo bem jurídico, ao atendimento de uma finalidade. Assim, nas palavras do autor,

toda outorga de competência preordena-se à busca de um certo escopo, ao atendimento de uma dada finalidade. É ela que *explica e justifica* a irrogação de poderes e, portanto, o que *explica e justifica o ato administrativo* que a este título venha a praticar. Por isso, qualquer ato que dela por qualquer modo se desencontre, com revelar-se insuficiente para alcançá-la (e, pois, inadaptado), excessivo em relação ao necessário para atendê-la (e, pois, desbordante da razão atributiva do círculo de poderes manejáveis) ou descompassado com a finalidade que deveria alvejar, será viciado, como notoriamente se proclama. Deveras, em quaisquer destas hipóteses o comportamento administrativo estará transmalhado, desgarrado de sua justificativa jurídica⁶⁶.

Esta sujeição à finalidade legal deve ser observada e controlada em todos os atos administrativos, sejam vinculados ou praticados no exercício da competência discricionária. Quanto à atuação vinculada da Administração Pública, não há maiores problemas, já que é possível analisar todos os aspectos do ato, previamente estabelecidos em lei.

O controle da discricionariedade, por sua vez, segundo Patrícia Baptista, é o “mais antigo desafio do direito administrativo”⁶⁷, buscando conter a liberdade dos administradores ao direito⁶⁸.

As decisões discricionárias tomadas pela Administração abrangem conceitos jurídicos, mas vão além, envolvendo conceitos políticos, técnicos, de oportunidade e de conveniência. Desta forma, a definição do que melhor atende ao interesse público no momento da decisão administrativa pode resultar em mais de uma possibilidade, todas lícitas, de acordo com o ponto de vista que se sobressai. Nas palavras de Sérgio Guerra:

⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1183.

⁶⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 57.

⁶⁷ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 20/21.

⁶⁸ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 18.

O desafio, portanto, passa pela compreensão de que, no estágio atual, em que é ressaltado o multilateralismo social, há um conjunto de valores conflituosos, com numerosas aporias e dependências recíprocas, de modo que a escolha discricionária que afeta um determinado aspecto do conjunto social refletirá, nem sempre se forma positiva, em outros segmentos.⁶⁹

Neste momento de escolha é que a decisão discricionária do administrador toma forma e deve ser controlada, evitando-se ou reparando atuações arbitrárias, de forma a garantir o respeito aos direitos dos particulares e a busca pela realização do interesse público. Sem a limitação imposta à atuação discricionária, esta não poderia ter caráter “intralegal” nem poderia ser considerada como poder jurídico⁷⁰.

3.3 FORMAS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE

A atuação administrativa só se legitima na medida em que cumpre o Direito e busca realizar o interesse dos cidadãos e os direitos fundamentais. A fim de garantir o fiel cumprimento dos preceitos jurídicos na atuação administrativa, são instituídos limites e formas de controle, tornando mais fácil a identificação e correção dos atos da Administração Pública para além dos seus poderes⁷¹.

Miguel Sánchez Morón trata de algumas formas de limites à discricionariedade, como a necessidade de indicação das razões em que se baseia a decisão administrativa, a finalidade de atender ao interesse público e aos princípios gerais do direito, limites organizacionais e procedimentais – respeito às regras de competência e funcionamento interno dos órgãos que expedem decisões discricionárias, bem como exigência de idoneidade destes órgãos⁷².

Tais limites descritos pelo autor, em conjunto com todas as regras que compõe o ordenamento jurídico, em especial questões de legalidade, competência e princípios, permitem que os atos administrativos discricionários possam ser controlados por diferentes órgãos e em diversos momentos⁷³.

⁶⁹ GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – Limitações da vinculação legalitária e propostas pós-positivistas, p. 209.

⁷⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 973.

⁷¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p. 36/37.

⁷² MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 131/143.

⁷³ Adotar-se-á, neste trabalho, de modo geral, a classificação feita por Maria Sylvia Zanella Di Pietro quanto as formas de controle da atividade discricionária. Ressalta-se que apenas se adota a categorização feita pela autora e, não necessariamente, todas as opiniões a respeito de cada forma de controle, conforme se verá no decorrer deste subcapítulo.

Assim, o controle da atividade administrativa pode ser feito por parte do próprio Poder Executivo, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e da população/administrados⁷⁴ e pode ocorrer em três momentos: prévia, concomitante ou posteriormente à prática do ato. Além disso, os atos podem ser controlados por órgãos integrantes da mesma estrutura na qual foram editada – controle interno – ou por órgãos que não se inserem na mesma estrutura do órgão controlado – controle externo. Por fim, o controle pode ser feito sobre a legalidade ou sobre o mérito do ato.

Note-se que todos os Poderes exercem atividades administrativas, ainda que não seja sua função típica, e, portanto, as formas de controle também se aplicam a elas, mas daremos foco ao controle sobre a atividade administrativa discricionária própria do Poder Executivo.

Em primeiro lugar, a própria Administração Pública pode controlar seus atos, em decorrência de dois princípios, o da autotutela e o da tutela. Este permite o controle sobre os órgãos da Administração Indireta, enquanto aquele é relativo ao controle dos órgãos da Administração Direta⁷⁵.

Este controle pode ser exercido de ofício, antes, durante ou depois do ato, e deve ser promovido permanente e continuamente diante de qualquer indício de irregularidade ou insuficiência na atividade administrativa⁷⁶.

O poder de autotutela viabiliza a revisão dos atos administrativos, pela própria Administração, corrigindo-os ou anulando-os quando forem ilegais, e revogando-os quando inoportunos ou inconvenientes, buscando dar efetividade, em especial, aos princípios da supremacia do interesse público e da legalidade⁷⁷.

Marçal Justen Filho expõe que a revogação dos atos administrativos consiste no “desfazimento do ato administrativo pela própria Administração em virtude do reconhecimento da inconveniência da solução nele consagrada”,

⁷⁴ O Tribunal de Contas e o Ministério Público também podem exercer controle sobre a atividade administrativa, mas não trataremos destas hipóteses neste trabalho. Para mais ver: CUNDA, Daniela Zago Gonçalves da; ZAVASCKI, Liane Tabarelli. Controles da administração pública e a efetividade dos direitos fundamentais: breves anotações sobre a atuação dos Tribunais de Contas e do controle judicial da discricionariedade administrativa. In *Revista Bimestral de Direito Público*, ano 13, n. 66, março/abril, 2011, Belo Horizonte: Fórum, p. 223/259; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9, ed.rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 736/738.

⁷⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1188/1190.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 736/738.

enquanto a invalidade surge da desconformidade do ato praticado com valores jurídicos fundamentais⁷⁸.

Esta possibilidade da Administração desfazer ou reformar os atos, inclusive, já foi sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, consolidando a matéria, nos seguintes termos⁷⁹:

Súmula nº 473: A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, 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 judicial.

Súmula nº 346: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos.

O controle sobre os órgãos da Administração Indireta, por sua vez, deve ser mais restrito, exercido nos limites da lei, a fim de garantir a autonomia assegurada a cada um. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, as entidades da Administração Indireta possuem capacidade de autoadministração, sendo independentes para prestar o serviço que lhes foi conferido por lei. No entanto, o Poder Público pode fiscalizar o exercício deste serviço, pois constitui dever da entidade prestar a atividade transferida pela Administração Direta de maneira apropriada⁸⁰.

Além do controle interno realizado pelo próprio Poder Público, existem formas de controle externo da atividade administrativa que, em razão do princípio da separação dos poderes, devem se restringir às previsões constitucionais e legais e não substituem a competência do Poder Executivo, havendo limites quanto a extensão do controle e quanto às providências tomadas⁸¹.

Assim, o Poder Legislativo também pode exercer controle de determinados atos administrativos sem que haja ofensa à tripartição de poderes, desde que respeitados os limites impostos pela Constituição Federal⁸².

Uma das funções típicas atribuídas ao Poder Legislativo é, justamente, a fiscalização. Segundo Paulo Gustavo Gonet Branco “é típico do regime republicano que o povo, titular da soberania, busque saber como os seus mandatários gerem a

⁷⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 434.

⁷⁹ Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência: Súmulas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em 25/04/2014.

⁸⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 496.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1196/1197.

⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 750.

riqueza do País. Essa fiscalização se faz também pelos seus representantes eleitos, integrantes do parlamento”⁸³.

O artigo 49, inciso X, da Constituição Federal, atribui expressamente ao Congresso Nacional a competência para “fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da administração indireta”.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que este controle pode ter natureza política ou financeira. No primeiro caso, “o controle abrange aspectos ora de legalidade, ora de mérito”, e pode ser exercido, inclusive, sob o aspecto discricionário⁸⁴. Este controle político busca averiguar se a atuação administrativa condiz com a vontade da população e dos órgãos estranhos à estrutura estatal⁸⁵.

Quanto ao controle financeiro, este pode abranger a atividade contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, em aspectos de legalidade, legitimidade, economicidade e resultados, nos termos do art. 70, da Constituição Federal⁸⁶.

A competência fiscalizatória do Poder Legislativo sobre a atividade do Poder Executivo inclui, também, o julgamento anual das contas, a convocação de autoridades para prestarem informações e a instauração de Comissões Parlamentares de Inquérito.

O controle judicial dos atos administrativos, por sua vez, tem sido tema de diversas discussões, em especial quanto aos limites e aspectos deste controle. No entanto, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, juntamente com o princípio da legalidade, o controle constitui um dos pilares do Estado de Direito, pois permite a invalidação de atos administrativos, através da atuação de um órgão imparcial, garantindo que a atuação Administrativa de fato esteja sujeita à lei⁸⁷.

A possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre os atos administrativos está constitucionalmente garantida por meio do princípio do acesso

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gobet. *Curso de direito constitucional*, p. 898.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, p. 750.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1202.

⁸⁶ Art. 70, CF: “A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder”.

⁸⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*, p. 754.

universal à justiça ou universalidade da jurisdição, previsto no artigo 5º, inciso XXXV⁸⁸.

Ao Judiciário cabe, portanto, não só assistir o direito, mas “se debruçar sobre o ato administrativo praticado sob título de exercício discricionário, a fim de verificar se se manteve, ou não, fiel aos *desiderata* da lei”⁸⁹.

Este controle, porém, não está livre de limites, conforme ensina Miguel Sánches Morón,

restringir ou limitar o controle da discricionariedade administrativa pode ter como efeito manter algumas decisões que não sejam certas e inclusive sejam injustas. Mas extremar o controle judicial implica no risco de substituir decisões de autoridades democraticamente eleitas (direta ou indiretamente) ou de órgãos dependentes por decisões (que também podem ser erradas) de autoridades que carecem de representatividade, apesar de não faltar outro tipo de legitimidade constitucional para o exercício de suas funções. Por outro lado, se coloca a dúvida, especialmente no caso de decisões complexas ou das que tem por base difíceis valorações técnicas, se todos os elementos que a explicam podem ser adequadamente reproduzidos no processo, de forma que podem ser processados com pleno conhecimento da causa, o que nem sempre assegura, por mais extensa que seja, a atividade probatória e a dialética forense⁹⁰.

Em primeiro lugar, este controle não pode ocorrer *ex officio*, ou seja, obedece ao princípio dispositivo, de forma que são necessários instrumentos processuais hábeis a desencadear a atuação jurisdicional, como o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, ação direta de inconstitucionalidade, o processo de conhecimento, entre outras⁹¹.

⁸⁸ Art. 5º, CF: “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”.

⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 46. Grifos no original.

⁹⁰ MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, p. 15. Tradução livre. “Dicho de otra forma, restringir o limitar el control de la discrecionalidad administrativa puede tener como efecto mantener algunas decisiones desacertadas e inclusive injustas. Pero extremar el control judicial conlleva el riesgo de sustituir decisiones de autoridades democráticamente elegidas (directa o indirectamente) o de órganos de ellas dependientes por decisiones (que también podrían ser erradas) de autoridades que carecen de representatividad, aunque no carezcan de otro tipo de legitimidad constitucional para el ejercicio de sus funciones. Por otra parte, se plantea la duda, máxime en el caso de decisiones complejas o de las que se basan en difíciles valoraciones técnicas, de si todos los elementos que las explican son adecuadamente reproducibles en el proceso, de manera que puedan enjuiciarse con pleno conocimiento de causa, lo que no siempre asegura, por extensa que sea, la actividad probatoria y la dialéctica forense”.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1218 e 1221.

Ademais, o entendimento predominante é de que cabe ao Poder Judiciário avaliar, tão somente, a legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe defeso invadir o mérito das decisões⁹².

A fiscalização jurisdicional, portanto, deve ser exercida sobre os aspectos legais do ato discricionário, sem adentrar nas escolhas feitas com base em critérios de oportunidade e conveniência, restritas à discricionariedade do administrador. Para além dos limites estabelecidos ao controle jurisdicional, a decisão discricionária da Administração não pode ser censurada, senão por ela própria, inexistindo direito subjetivo de terceiro de ser opor à decisão tomada.

Assim, cabe ao Judiciário verificar se o ato foi praticado com as devidas formalidades, no exercício da competência do administrador, em obediência aos princípios legais, se os motivos em que se pautou o ato condizem com a realidade, a forma que foi dada ao ato e se foi praticado visando a realização do interesse público.

Para tanto, é essencial que os atos administrativos discricionários respeitem os requisitos e princípios, naquilo em são vinculados, a fim de permitir a atividade jurisdicional de controle, sem invasão do mérito das decisões.

Cássio Cavalli resume esta ideia da seguinte forma:

Os autores brasileiros são acordes em reconhecer que o ato administrativo discricionário submete-se ao controle jurisdicional no que respeita à observância dos preceitos legais quanto à competência, à finalidade e à forma (...). Escapa à sindicabilidade jurisdicional apenas aquilo que diz respeito ao mérito do ato administrativo discricionário, pois, conforme ensina Diogenes Gasparino (1995), o mérito “é a zona franca em que a vontade do agente decide sobre as soluções mais adequadas ao interesse público”. Assim, afirma-se que o mérito não se submete à sindicabilidade judicial.

⁹² Alguns autores entendem que o Poder Judiciário poderá, em determinadas situações, analisar aspectos de mérito do ato discricionário. Marçal Justen Filho entende que “se a competência discricionária consiste na atribuição intencional por uma lei de uma margem de autonomia para a escolha do administrador, é evidente que a escolha concretamente realizada não comporta ampla revisão por outra autoridade. Se comportasse, desapareceria a discricionariedade. Portanto, a escolha realizada pelo administrador deve, como regra, ser reputada como insuscetível de revisão. No entanto, a discricionariedade consiste numa autonomia limitada do administrador (...). Portanto, cabe o controle para verificar se o administrador exercitou escolha nos limites da competência recebida. Defeitos formais podem ser identificados (...). Mas também existem defeitos de mérito suscetíveis de revisão. Assim se configurará, por exemplo, quando a decisão for desarrazoada, arbitrária ou destituída de qualquer aptidão a realizar de modo adequado a finalidade buscada. In JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 261. Esta discussão, contudo, não é o foco desta monografia. Até porque, como se verá, alguns aspectos que o autor entende como “mérito”, aqui serão tratados como relativos à própria legalidade. Para mais, ver: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010; MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995.

Vale dizer que somente a conveniência e oportunidade do ato não se submeterão ao controle judicial⁹³.

Por esta razão, um dos requisitos essenciais a fim de possibilitar o controle judicial da discricionariedade é a motivação dos atos administrativos, de forma que não basta o Poder Público tomar determinada decisão sem que justifique expressamente a escolha feita, sob o risco de as decisões tornarem-se arbitrárias e contrárias aos interesses da sociedade.

A partir da motivação é que o Poder Judiciário pode analisar se o ato esta ou não em conformidade com o ordenamento jurídico, caso contrário, impossível seria entender as razões pelas quais o Poder Público tomou determinada decisão e averiguar sua conformidade com a lei e os princípios.

O exame dos motivos da atividade discricionária – situação de fato ou de direito que ensejam a prática do ato, seja quanto sua legalidade, seja quanto sua idoneidade a determinar a vontade do agente, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, é “meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista”⁹⁴. O autor ainda enfatiza que

a análise dos pressupostos de fato que embasaram a atuação administrativa é recurso impostergável para aferição do Direito, e o juiz, neste caso, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao cotejo entre o enunciado legal e a situação concreta⁹⁵.

Outro fator que auxilia no controle dos atos discricionários é o respeito às formas e procedimentos exigidos para a prática dos atos. Isto porque, por meio da procedimentalização a Administração evidencia suas escolhas e demonstra que, examinando todas as opções cabíveis e legais, aquela era a mais adequada, justificando, desta forma, sua validade ou, ao menos, permitindo que o Poder Judiciário determine se, de fato, o ato esta em conformidade com a lei⁹⁶.

A finalidade do ato, por sua vez, deve ser sempre a concretização do interesse público, por isso pode-se entender que não há discricionariedade quanto este aspecto. Mas, em determinadas situações, há uma pluralidade de interesses

⁹³ CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, mai/ago, 2009, quadrimestral, Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 61-76, p. 67.

⁹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 50.

⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 50.

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 343.

públicos que podem ser atendidos por meio da escolha discricionária. Marçal Justen Filho entende que “é relevante colocar em destaque a ocorrência da discricionariedade quanto aos fins para propiciar seu controle e evitar que a invocação genérica ao *interesse público* constitua a forma pela qual escolhas inadequadas sejam adotadas e se tornem imunes ao controle”⁹⁷.

Nestes casos, portanto, não se admitem decisões contrárias a ordem jurídica e não há que se falar em invasão do mérito ao Judiciário analisar a finalidade do ato, pois, na verdade, se está avaliando se busca realizar o interesse público, mas respeitado este limite, qualquer uma das opções pode ser válida.

Outrossim, o controle da finalidade também se presta a identificar os já mencionados vícios na atividade administrativa, em especial o desvio de poder, por meio do qual o agente vale-se de seu “poder” discricionário para atingir finalidade distinta daquela prevista legalmente. Note-se que a constatação deste desvio de poder pode ser bastante complexa na prática, levando à necessidade de o Poder Judiciário perquirir a fundo, não só os requisitos legais do ato administrativo, mas também a intenção do agente ao praticar o ato, de forma a demonstrar a ocorrência do desvio de finalidade⁹⁸.

Além da análise dos requisitos que compõe o ato administrativo e a legalidade estrita, é fundamental que o Poder Judiciário pondere, no controle dos atos discricionários, os princípios que regem o ordenamento jurídico. Isto porque, não basta que o ato seja legalmente perfeito, se desrespeitar os princípios do ordenamento, ou seja, também se deve averiguar a legitimidade dos atos.

Para isto, a análise da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da impessoalidade e da eficácia das decisões se mostra fundamental, a fim de verificar se a situação concreta suporta a decisão tomada, sem que haja invasão ao mérito.

Segundo Patrícia Baptista, “a mais destacada atuação dos princípios constitucionais no âmbito do direito administrativo se verifica no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública, sobretudo no controle da discricionariedade”, impedindo que esta se transforme na pura e simples arbitrariedade⁹⁹.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 259. Grifos no original.

⁹⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 64.

⁹⁹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p. 91/93.

Desta forma, o ato deixa de ser idôneo se as circunstâncias que o fundamentam não justificam a conduta adotada, quando a causa do ato é dissociada de seu conteúdo, quando os meios escolhidos não justificam os fins, ao se adotar uma medida extrema, na prática de atos por motivos pessoais ou contrários à moral, etc.

Por outro lado, se a decisão respeitar os requisitos legais e os princípios jurídicos, ainda que haja dúvida sobre a decisão ideal ou divergência de opinião, a decisão administrativa deve permanecer intacta, vez que se trata de opção de mérito¹⁰⁰.

Na prática, contudo, esta distinção entre legalidade e mérito pode não ser tão precisa, de forma que, embora o Poder Judiciário deva buscar o maior nível de certeza ao caso, em determinadas situações isto só será possível até certo limite, a partir do qual o juízo discricionário deverá prevalecer, vez que ao Poder Executivo cabe sopesar as circunstâncias e fazer a escolha¹⁰¹.

De qualquer forma, o que vale considerar é que cabe ao Judiciário, “verificar se a inteligência administrativa se manteve, ou não, dentro dos limites do razoável perante o caso concreto, e fulminá-la sempre que se vislumbre ter havido uma imprópria qualificação dos motivos à face da lei, uma abusiva dilatação do sentido da norma, uma desproporcional extensão do sentido extraível do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo”¹⁰².

Por fim, o controle da discricção administrativa pode ser feita por meio da participação popular.

Se, conforme visto ao longo deste trabalho, o Estado busca a realização do interesse público e do bem comum, nada mais racional de que, o maior interessado nesta função, o próprio povo, possa participar na formação e implementação deste objetivo.

O parágrafo único do artigo 1º, da Constituição Federal, prevê que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, assim a democracia exige o exercício do poder em conjunto com o povo e em seu nome¹⁰³.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariade e controle jurisdicional*, p. 40.

¹⁰¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 69.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*, p. 69.

¹⁰³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*, p. XVII.

Usualmente, a participação do cidadão na Administração Pública se manifesta por meios indiretos, como através das eleições, participação em partidos políticos, no Congresso e por meio da imprensa.

Esta participação “indireta” do cidadão pode se tornar uma forma de controle da Administração, pois bastaria, por meio do voto e de manifestações, a demonstração pública e a repressão quanto as atividades que não satisfazem a vontade do povo. Por exemplo, a insatisfação da população em relação às políticas adotadas por determinado representante (seja o Chefe do Poder Executivo ou membro do legislativo) pode ser demonstrada por meio da não reeleição de tal candidato, o que representaria, de certa forma, um controle das atividades que não satisfazem o interesse público.

No entanto, este sistema de democracia representativa tem se mostrado insuficiente, vez que, diante da multiplicação de interesses e centros de poder, não é possível canalizar todos os interesses e, ainda, o controle é feito em um momento posterior a pratica dos atos, além de não possuir caráter obrigatório ou vinculante.

As mudanças instituídas no campo da Administração Pública exigem novas formas de efetivar os direitos individuais, sociais, coletivos e difusos por meio de canais institucionalizados que permitam a participação do cidadão na decisão de assuntos públicos, assim como o controle da Administração Pública¹⁰⁴.

Perante este cenário, a participação administrativa e o controle social, visando ampliar a democracia e dar efetiva satisfação aos anseios sociais tem ganhado importância¹⁰⁵.

Adriana da Costa Ricardo Schier ensina que a Constituição vigente estabeleceu um regime jurídico vinculado aos valores democráticos e garantiu a efetivação destas previsões no âmbito administrativo por meio do direito de participação dos cidadãos na tomada de decisões e no controle da atividade exercida pelo Poder Pública¹⁰⁶.

Estes direitos de participação popular na formação dos atos públicos são definidos, por Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, como

¹⁰⁴ OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 209, jul/set, 1997, trimestral, Rio de Janeiro: Livraria e Editora Renovar, p. 153-167, p. 153/154.

¹⁰⁵ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p. 22.

¹⁰⁶ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-56, p. 53/54.

direitos de quarta dimensão e implicam na participação efetiva dos particulares na produção de atos da Administração Pública, que se tornam consensuais, fundados na cooperação e não na imposição¹⁰⁷.

Marçal Justen Filho ressalta a importância da participação popular como mecanismo de controle dos atos administrativos, nos seguintes termos:

Quanto menos eficientes os controles sociais para disciplinar a conduta dos agentes estatais, mais relevante se torna o controle jurídico formal. O controle da atividade administrativa depende de instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios. Mas nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular. A democracia é a solução mais eficiente para o controle do exercício do poder. A omissão individual em participar dos processos de controle do poder político acarreta a ampliação do arbítrio governamental. Os institutos que preveem a participação popular na atividade administrativa representam, por isso, a solução mais satisfatória e eficiente para promoção dos direitos fundamentais¹⁰⁸.

A participação da população na tomada de decisões pela Administração visa garantir a legitimidade da atividade discricionária administrativa, buscando pautá-las nas reais necessidades da população e permitir o controle direto dos indivíduos sobre os atos administrativos.

Desta maneira, é essencial que se criem condições para a participação ativa e efetiva do cidadão nas decisões administrativas, possibilitando o monitoramento, criação, acompanhamento e avaliação dos atos administrativos¹⁰⁹.

Com efeito, a própria Constituição Federal prevê certas formas de participação direta do cidadão na Administração, como, por exemplo, nos seguintes artigos:

Art. 37 (...) § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:
I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

¹⁰⁷ MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 69/70. Os direitos de quarta dimensão, além da participação popular nas decisões públicas, engloba o direito à informação e à democracia. MOREIRA, Egon Bockmann. *Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória*. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 7, n. 25, jan/mar, 2009, trimestral, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 101-117, p. 108.

¹⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*, p. 1184.

¹⁰⁹ LEAL, Rogério Gesta. *Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos*. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração Pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 384-411, p. 393.

- II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
- III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social;

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Parágrafo único. É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programa de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos por cento de sua receita tributária líquida, vedada a aplicação desses recursos no pagamento de:

I - despesas com pessoal e encargos sociais;

II - serviço da dívida;

III - qualquer outra despesa corrente não vinculada diretamente aos investimentos ou ações apoiados.

Assim, este controle/participação pode ser exercido de diversas formas, como por meio das audiências públicas, do orçamento participativo, da consulta pública, dos conselhos comunitários, das ouvidorias e através das ações judiciais, como ação popular, mandado de segurança, ação civil pública e o próprio procedimento ordinário.

A participação popular na tomada das decisões permite que as escolhas discricionárias sejam controladas e as opções eleitas atendam, de fato, o interesse público.

Destaca-se o posicionamento de Maria Goretti Dal Bosco, refletindo o que foi dito até este momento:

a participação popular pode ser um instrumento de controle da atividade administrativa no que se refere ao correto direcionamento dos recursos, os quais seriam aplicados mais de acordo com as necessidades reais das populações, que são as mais atingidas pelos erros cometidos no momento daquela definição pela Administração. Ademais, é efetivamente a população quem conhece melhor os problemas que afetam a vida das comunidades. Logo, a presença maior dos primeiros interessados naqueles investimentos, por meio de mecanismos acessíveis às representações populares, contribuiria para um maior acerto na definição e na efetivação de políticas públicas, providência que poderia garantir, assim, o respeito aos princípios constitucionais orientadores da administração pública¹¹⁰.

Esta participação da sociedade nas decisões administrativas não tem o condão de retirar a competência do Poder Executivo para escolher e praticar os

¹¹⁰ DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*, p. 301.

atos, apenas visa a captação e coordenação entre os interesses do povo e a atividade administrativa. A participação, desta forma, garante um diálogo entre a Administração e o cidadão, possibilitando que este exerça certa influência sobre aquilo que, futuramente, lhe afetará, bem como aperfeiçoa a decisão administrativa¹¹¹.

Não se ignora o fato de que, mesmo a participação direta da população no controle e na tomada de decisões não garante que o anseio de todos os cidadãos seja atendido tampouco ouvido, vez que há inúmeras vontades sociais e nem todas serão representadas. Até por isso se defende que, ao final, cabe ao próprio Poder Executivo, a quem a Constituição outorgou tal competência, decidir a melhor opção, considerando todos os interesses envolvidos e debatidos.

De qualquer forma, o que se busca demonstrar é que a participação direta do indivíduo na Administração representa um avanço na “democracia participativa” e se mostra como uma medida mais eficaz no controle e adequação das decisões discricionárias do Poder Público, além de aumentar a legitimação das decisões administrativas¹¹².

¹¹¹ BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p.131/133.

¹¹² BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*, p.129.

4 CONCLUSÃO

No Brasil, desde a Constituição de 1988, vigora o Estado Democrático de Direito, em que a atuação administrativa não mais se legitima por meio do autoritarismo e do atendimento aos anseios do próprio Governo, mas deve ser voltada ao atendimento de uma série de objetivos vinculados à realização do interesse público e do bem comum.

Neste cenário, a atividade da Administração Pública não se resume a execução da lei simplesmente, devendo, em verdade, a partir das previsões legais e a elas vinculadas, gerir os interesses da sociedade e satisfazer o interesse público.

Esta atividade administrativa, portanto, deve estar atenta à realidade social, pautando-se em princípios constitucionais, introduzidos na Constituição com status superior ao demais, visando à eficiência e à responsabilidade.

Para que o Poder Público possa satisfazer tal previsão constitucional, lhe são conferidos poderes, deveres e direitos, diferentes daqueles garantidos aos cidadãos, de forma que a Administração Pública detém uma posição diferenciada, a fim de garantir a execução e realização do interesse público.

A atuação da Administração baseia-se, dessa forma, em sujeições e prerrogativas que, ao mesmo tempo em que lhe conferem poderes especiais de agir, lhe limitam a atuação, em especial por meio dos princípios jurídicos e das formas dos atos.

Especial relevância assume o princípio da legalidade que possui facetas distintas ao se relacionar com o particular e com a Administração. Isto quer dizer que, enquanto o particular pode fazer tudo que a lei não proíba, o Poder Público só pode fazer aquilo que expressamente previsto em lei.

Ocorre que, diante da diversidade de fatos e circunstâncias sociais, não seria possível nem sequer desejável o engessamento total da atividade administrativa. Portanto, é necessária a existência de um instituto que formalize e delimite a autonomia administrativa à supremacia do interesse público e do princípio da legalidade.

Desta forma, espaços de liberdade são conferidos aos administradores, a fim de que possam analisar determinadas situações concretas, previstas e delimitadas na própria lei, optando pela solução mais adequada ao caso concreto, dentre aquelas legalmente permitidas.

Esse espaço conferido à Administração é imprescindível diante da complexa e mutante sociedade que, a cada momento, possui necessidades e anseios distintos, exigindo uma atuação contemporânea, conveniente e adequada.

A liberdade conferida aos administradores nestas situações, contudo, não pode se confundir com uma atuação arbitrária e ilegal, sendo essencial a distinção entre os limites da discricionariedade e as formas de atuação ilícitas.

O limite entre a atuação eivada de vícios e a atuação legalmente discricionária, por vezes, não é claro aos administradores que, a pretexto de atuarem dentro do poder-dever discricionário, incidem em abuso de direito e de poder.

Esta situação gera, na sociedade, uma dualidade de sentimentos, na medida em que, ao mesmo tempo em que se admite a imprescindibilidade do espaço discricionário para que se tomem atitudes mais condizentes com a realidade e de forma eficaz, se exige um controle e uma limitação rígida a esta atuação para que se evitem abusos.

Por isso é que esta atividade não é absolutamente livre, como pode se imaginar. A Administração Pública, ainda que no exercício deste poder-dever discricionário, deve respeitar os limites impostos pelo ordenamento jurídico, como os princípios, a busca pelo interesse público e a margem conferida pelo Direito.

A inexistência destes limites poderia significar conferir à Administração a liberdade de atuar conforme seus próprios interesses, sem respeitar o ordenamento jurídico, as finalidades públicas e o interesse da sociedade.

Da mesma forma, a implementação de formas de controle da discricionariedade administrativa é essencial, para que seja feita a conferência entre a atividade administrativa, os limites e os objetivos definidos, garantindo a proteção jurídica aos cidadãos e conciliando seus interesses com a atividade administrativa.

Assim, diversas são as formas e momentos deste controle, podendo ser realizado pela população, pelo Poder Judiciário, pelo Poder Legislativo e pelo próprio Poder Executivo, cada qual com os seus próprios limites e restrições.

Este controle não visa restringir de forma absoluta a atuação da Administração Pública, caso contrário o instituto da discricionariedade seria vazio e não haveria condições de realizar as prestações que cabem ao Poder Público, mas sim garantir que a atuação administrativa concilie a realização dos fins públicos e os limites previstos na lei e no Direito.

O que se busca demonstrar, desta forma, é que essa atividade discricionária é fundamental para o funcionamento estatal e para a confluência entre as previsões legais e os anseios sociais. No entanto, tal liberdade conferida aos administradores não pode deixar de ter limites e controle, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito, em que atuações arbitrárias e autoritárias são inaceitáveis.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. In: *Revista de direito administrativo*, v. 240, abr/jun, 2005, trimestral, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 83-103.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

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

CAVALLI, Cássio. O controle da discricionariedade administrativa e a discricionariedade técnica. In: *Revista de direito administrativo*, v. 251, mai/ago, 2009, quadrimestral, Rio de Janeiro: Editora FGV, p. 61-76.

COUTO E SILVA, Almiro do. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 179/180, jan/jun, 1990, trimestral, Rio de Janeiro: Editora Renovar, p. 51-67.

CRETELLA JÚNIOR, José. Os cânones do direito administrativo. In: *Revista de Informação legislativa*, ano 25, n. 97, jan/mar, 1988, trimestral, Brasília: Senado Federal, p. 5-52.

DAL BOSCO, Maria Goretti. *Discricionariedade em políticas públicas*. Curitiba: Juruá, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

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

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 6. ed., São Paulo: Saraiva, 1984.

GARCIA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de direito administrativo*. Tradução de Arnaldo Setti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

GORDILLO, Agustín A. *Princípios gerais de direito público*. Tradução de Marco Aurélio Greco. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977.

GUERRA, Sérgio. Discricionariedade administrativa – limitações da vinculação legalitória e propostas pós-positivistas. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 205-240.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

LEAL, Rogério Gesta. Possíveis dimensões jurídico-políticas locais dos direitos civis de participação social no âmbito da gestão dos interesses públicos. In: LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Administração pública e participação social na América Latina*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2005, p. 384-411.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 32. ed. atualizado até a Emenda Constitucional 51 de 14.02.2006 por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agências administrativas, contratos de serviços públicos e mutabilidade regulatória. In: *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, ano 7, n. 25, jan/mar, 2009, trimestral, Belo Horizonte: Editora Fórum, p. 101-117.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Processo administrativo – Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 4ª ed., atualizada, revista e aumentada. São Paulo: Malheiros editores, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Licitação Pública – A Lei Geral de Licitações/LGL e o Regime Diferenciado de Contratação/RDC*. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da participação política: legislativa, administrativa, judicial: (fundamentos e técnicas constitucionais de legitimidade)*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MORÓN, Miguel Sánchez. *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos, 1995.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. As audiências públicas e o processo administrativo brasileiro. In: *Revista de direito administrativo*, v. 209, julho/setembro, 1997, trimestral, Rio de Janeiro: Renovar, p. 153-167.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: GUIMARÃES, Edgar (Coord.). *Cenários do Direito Administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho*. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.21-56.

Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência: Súmulas. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em 25/04/2014.

TORNARÍA, Felipe Rotondo. Derechos Fundamentales Y Administración Pública. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos Sociais e Políticas Públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2006, p. 1587-1602.