



O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*

7

THE JUDICIAL REVIEW OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN THE LIGHT OF THE DEMOCRATIC RULE OF LAW

Fernanda Caroline Pelisser

RESUMO

Objetiva estudar a intensidade do controle judicial da discricionariedade administrativa diante do advento do Estado Democrático de Direito.

Define os limites, alcance e tendências desse controle, demonstrando que as noções de juridicidade redefiniram e ampliaram os contornos e a possibilidade de controle da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Administrativo; discricionariedade administrativa; Administração Pública; controle judicial.

ABSTRACT

The author sets out to study the magnitude of the judicial review of administrative discretion in the light of the Democratic Rule of Law.

She specifies the limits, scope and tendencies of such practice, by showing that the notions of legality have redefined and amplified the outlines and possibilities of reviewing administrative discretion.

KEYWORDS

Administrative Law; administrative discretion; Public Administration; judicial review.

* Texto adaptado do Trabalho de Final de Curso – TCC, apresentado em 10 de junho de 2017, na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, sob a orientação do Prof. Dr. Ricardo Perlingeiro e aprovado em grau máximo pela banca integrada pelos docentes Alexandre Arruda e Flávia Martins Affonso.

1 INTRODUÇÃO

De modo a permitir a concretização casuística do interesse público, a lei assegura, em determinadas hipóteses, margens para a livre atuação do administrador. Trata-se do espaço denominado “discricionariedade administrativa” que, no entanto, teve seus contornos delineados e restringidos ao longo do tempo.

Com a evolução do Estado de Direito, os atos administrativos passaram de uma esfera imune ao balizamento normativo para sua sujeição ao princípio da legalidade e, atualmente, para a juridicidade administrativa. A emergência da constitucionalização do Direito e seus reflexos no Direito Administrativo sugerem uma releitura tanto da atuação discricionária do administrador quanto dos parâmetros de controle judicial da administração pública.

A sindicabilidade judicial dos atos provenientes do poder discricionário da administração pública, desde muito, suscita controvérsias. Em que pese estar consolidada a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa, o alcance e a intensidade do controle ainda dividem opiniões na literatura jurídica.

A necessidade de dinamizar a atividade estatal faz com que se assegurem espaços de liberdade casuística por parte no administrador, de modo a evitar uma administração estanque.

Nessa toada, a contraposição do princípio da separação de poderes com o da inafastabilidade do controle jurisdicional, somada à consolidação da constitucionalização do Direito Administrativo, leva a questionamentos sobre a definição dos limites da intervenção do Poder Judiciário na atividade administrativa, no que tange à liberdade valorativa proveniente dos poderes discricionários.

De modo a esclarecer o debate, este trabalho conta com o estudo não só da doutrina, como também da jurisprudência, possibilitando uma percepção casuística do tema. Assim, tenciona-se melhor compreender os diferentes contornos da evolução e do alcance do controle judicial da discricionariedade administrativa no Direito brasileiro.

Para tanto, após uma análise introdutória da evolução dos conceitos referentes à discricionariedade administrativa, será analisada a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Inaugura-se a análise com a verificação da aplicação de importantes teorias de controle da discricionariedade administrativa pelo STF, quais sejam: a teoria do desvio de finalidade, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, a teoria dos motivos determinantes – correlata, também, à necessidade de motivação dos atos administrativos –, bem como a utilização de um controle com base em princípios.

A partir desse estudo, analisa-se a posição do STF, bem como da doutrina, a respeito do alcance, limites e tendências no controle judicial da discricionariedade administrativa, em uma análise conclusiva das ideias propostas no presente trabalho.

2 PANORAMA HISTÓRICO E TEÓRICO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A necessidade de dinamizar a atividade estatal faz com que se assegurem espaços de liberdade casuística por parte no

administrador, de modo a evitar uma administração estanque. Esse espaço é denominado “discricionariedade administrativa”, por meio do qual se objetiva afastar uma possível automatização do comportamento da administração, que poderia dar causa a uma atuação estatal em descompasso com o interesse público.

A discricionariedade administrativa pode ser conceituada como *uma liberdade de escolha da conduta administrativa a ser adotada, a partir de um universo de condutas admitidas como válidas pela ordem jurídica vigente.* (CARDOZO, 2013, p. 42); ou mesmo, como a *faculdade de que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito* (DI PIETRO, 2012, p. 62).

Essa margem de livre apreciação concedida ao administrador público teve diferentes valorações ao longo do tempo, com uma tendência em se ver reduzida. Foi com o advento do Estado de Direito que se consagrou a submissão da administração pública ao princípio da legalidade e quando foi desenvolvida a ideia de que mesmo a discricionariedade administrativa teria lugar apenas se fundamentada na lei.

Dentro dessa lógica, a liberdade concebida à administração pública para atuar passa a ser compreendida como uma possibilidade a ser exercida apenas quando prevista pelo ordenamento jurídico. Não se trata de um poder ilimitado, mas de uma ação administrativa autorizada e limitada pela lei.

Atualmente, no entanto, com a consagração do Estado Democrático de Direito, a discricionariedade administrativa sofre uma redefinição de seus contornos. É o que se verifica no Brasil, diante do advento da Constituição brasileira de 1988¹.

Tanto o princípio democrático quanto os valores essenciais que estruturam o sistema jurídico, tendo por base a proteção de garantias e direitos fundamentais, passam a ser fundamentos do Estado brasileiro. Nesse processo, a Constituição foi elevada ao centro do ordenamento jurídico, concretizando um amplo processo de constitucionalização do direito. Luís Roberto Barroso compreende esse fenômeno como decorrente de uma ideia *associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico* (BARROSO, 2013, p. 379).

A irradiação do Direito Constitucional nos demais ramos do Direito resulta em uma releitura de seus institutos à luz do Estado Democrático de Direito. No tocante à administração pública, a constitucionalização do Direito Administrativo sugere a substituição da vinculação da administração não mais à lei, mas à Constituição.

Diz Gustavo Binenbojm que *deve ser a Constituição, seus princípios e especialmente seu sistema de direitos fundamentais, o elo de unidade a costurar todo o arcabouço normativo que compõe o regime jurídico administrativo* (BINENBOJM, 2006, p. 36). Desse modo, consolida-se a ideia da vinculação da administração não somente ao princípio da legalidade, mas à chamada “juridicidade administrativa”.

O autor explica que *a ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora* (IDEM, p. 38).

Nesse sentido, a força emergente das normas constitucionais

estreita a relação entre a Constituição e a administração pública, permitindo uma vinculação não apenas à legalidade, mas à juridicidade administrativa. Assim, os princípios e regras constitucionais tornam ainda mais denso o espaço de decisão do administrador, reduzindo de plano a discricionariedade administrativa e refletindo nas possibilidades de controle judicial.

3 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Com a consagração da vinculação da administração pública ao princípio da legalidade, e mais, à juridicidade administrativa, desenvolveu-se um âmbito mais limitado de livre apreciação concedida ao administrador. A redução da discricionariedade dá-se pautada nos valores constitucionais que consolidam a proteção da pessoa humana e balizam a Administração aos princípios norteadores da atividade administrativa, oferecendo maiores parâmetros para que ela seja exercida.

São exatamente esses limites constitucionais e legais que permitem o controle judicial da discricionariedade administrativa. Ou seja: se os limites existem, é possível que sejam desrespeitados, produzindo atos administrativos ilegais e, portanto, passíveis de revisão judicial. É o que conclui Cardozo: *Se fosse a discricionariedade o exercício de uma liberdade administrativa outorgada sem limites, uma vez deferida pela ordem jurídica ao administrador, descabido seria imaginar-se que os atos administrativos praticados no exercício desse poder pudessem ser submetidos a qualquer forma de controle judicial [...] Tudo o que foi dito até agora, porém, nos revela uma compreensão da realidade rigorosamente oposta. Vimos que a discricionariedade administrativa é sempre o exercício de um poder de liberdade firmado dentro dos limites traçados pela ordem jurídica. E, se limites existem para o exercício de uma competência dessa natureza, é de todo o possível que o administrador possa vir a desrespeitá-los produzindo atos administrativos ilegais ou inválidos. Donde se justifica, sem a necessidade de maiores considerações, a possibilidade de revisão jurisdicional dos atos administrativos* (CARDOZO, 2013, p. 48).

Apesar do inequívoco reconhecimento pela possibilidade de efetuar o con-

trole judicial da discricionariedade administrativa, a delimitação de seu alcance suscita controvérsias. Odete Medauar identifica duas tendências sobre esse tema (MEDAUAR, 2013, p. 73 et seq.).

De um lado, há aqueles favoráveis a um alcance restrito do controle jurisdicional sobre a administração pública, de modo que seja limitado aos aspectos da legalidade compreendida de maneira estrita. Como argumento, invocam o princípio da separação de poderes para afirmar a impossibilidade de o Judiciário intervir nas atividades do Executivo, bem como mencionam faltar legitimidade ao Judiciário para apreciar o interesse público, já que seus representantes não detêm mandato eletivo.

Outros defendem um alcance amplo do controle jurisdicional. Uma das justificativas dessa posição está na própria separação de poderes, da qual se extrai o sistema de freios e contrapesos que possibilitaria a revisão dos atos administrativos pelo Judiciário. Ademais, o princípio da legalidade é ampliado, já que compreende a conformação do ato não só com a lei, mas também *com os princípios básicos da Administração, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda a atividade pública* (MEIRELLES, 2012, p. 803).

Para justificar o controle judicial sobre a administração pública, foram elaboradas algumas teorias ao longo do tempo. Desde o século XIX, o Conselho de Estado francês já admite o recurso por excesso de poder, por meio do qual são analisados os vícios de competência e forma do ato emanado do Poder Público. No que tange ao controle da discricionariedade administrativa, no entanto, foi com a elaboração da teoria do **desvio do poder** que tal instituto adquiriu verdadeira importância. Por meio dessa teoria, permitiu-se a análise da finalidade do ato, inclusive no que tange à sua consonância com o interesse público.

Posteriormente, é desenvolvido o estudo dos **conceitos jurídicos indeterminados** e, ainda, é assegurada a análise dos fatos ou motivos que levam a prática do ato administrativo, por meio da **teoria dos motivos determinantes**. Hoje, com a constitucionalização dos **princípios**, o controle da administração pública pode

ser feito a partir da adequação de seus atos com os princípios administrativos e gerais de direito.

A seguir serão analisadas essas teorias de controle da discricionariedade administrativa aplicadas à jurisprudência pátria para, em seguida, definir a intensidade e os limites do referido controle pelos órgãos judiciais brasileiros.

Aqui se fazem oportunas duas ressalvas quanto à metodologia do presente trabalho. Primeiro: não há o objetivo de exaurir o estudo da jurisprudência brasileira sobre o tema, mas apenas de indicar as tendências mais importantes, bem como de identificar a aplicação casuística das teorias de controle da discricionariedade administrativa – que, muitas vezes, inclusive, se misturam umas às outras. E segundo: a partir da análise da ementa e inteiro teor de inúmeros precedentes, foi feito um corte pessoal e subjetivo dos que seriam mais relevantes para alcançar as finalidades desse projeto, não excluindo a possibilidade de existirem outros precedentes de igual relevância que não foram encontrados pelas limitações da ferramenta de busca do site do STF.

4 APLICAÇÃO DAS TEORIAS DE CONTROLE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA PELO STF

4.1 A TEORIA DO DESVIO DE PODER

A teoria do desvio de poder, elaborada pelo Conselho de Estado francês, permite o reconhecimento da invalidade de ato administrativo praticado com finalidade diversa da proposta pelo legislador.

Assim, quando a autoridade atua na consecução de fins de interesse geral que estão fora de sua competência, ou quando atua na busca de outros fins que não os pretendidos pelo legislador, os atos emanados por ela são eivados de desvio em sua finalidade. Em outras palavras, trata-se do uso indevido das atribuições discricionárias conferidas à autoridade administrativa, para atingir finalidade diversa da que a lei preceitua (CRETILLA, 1968, p. 36).

A incompatibilidade entre a conduta do agente e a essência da lei fazem do ato administrativo nulo, como explica José Cretella Júnior: *A nulidade do ato administrativo, quando se verifica o desvio de poder, é consequência do conflito irreconciliável entre a conduta do agente*

e a essência da norma legal. Não porque seja imoral ou inconveniente deixar a manifestação da autoridade de revestir-se de eficácia jurídica, mas porque infringe a lei, na letra ou no espírito (IDEM, p. 53).

Inquirido o desvio de finalidade ante os tribunais, incumbe a eles fazer o controle da finalidade do ato administrativo. A aplicação da tese do desvio de poder para o controle da discricionariedade administrativa tem precedentes antigos na jurisprudência brasileira². No que tange ao STF, a tese do desvio de finalidade já fora utilizada, em 1952, no RE 19.720, de relatoria do Ministro Orozimbo Nonato, quando se manteve anulação de aposentadoria decidida pelo Tribunal Federal de Recursos, sobre o argumento da possibilidade do controle judicial do ato administrativo discricionário eivado de desvio de poder.

Também antiga é a análise pela Corte de decreto expropriatório que favorece interesse particular e não o fim público, o que pode ser observado no RE 78.229, de 1964, e no RE 64.559, de 1970³. Vejamos um trecho do voto do relator deste último precedente, para a melhor compreensão do controle em concreto: *ocorre desvio de finalidade da desapropriação, se o expropriante aliena o bem ou cede o uso, por qualquer título, a particular. Descaracteriza-se, então, a utilidade pública, prevista na Constituição e na lei.* (BRASIL, STF, RE 64.559/SP, p. 5).

No caso acima, caracterizado o desvio de finalidade no ato expropriatório do Poder Público, o STF entendeu pelo pagamento de perdas e danos pelo expropriante para o expropriado, em relação às áreas expropriadas doadas ou cedidas a particulares.

Com a consagração da vinculação da administração pública ao princípio da legalidade, e mais, à juridicidade administrativa, desenvolveu-se um âmbito mais limitado de livre apreciação concedida ao administrador.

Em julgado semelhante, já sob a vigência da Constituição de 1988, a Corte reconheceu a nulidade do decreto municipal que declarou a utilidade pública de terrenos e benfeitorias com o objetivo de expropriá-los, mas que favorecia unicamente empresa privada. Trata-se do RE 97.693/MG, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, julgado pela Segunda Turma em 13/2/1996 (Informativo n. 19 do STF). Novamente, a tese vencedora – por maioria – foi a do desvio de finalidade do ato administrativo em questão.

Posteriormente, em 1995 fez-se referência expressa à possibilidade de controle judicial de atos administrativos discricionários eivados de desvios e excessos de poder. O julgado em questão, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, tratou da remoção de funcionário público sem a devida motivação. Confira-se o seguinte trecho da ementa: *Na dicção sempre oportuna de Celso Antônio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível* (Discricionariedade e Controle

judicial). (BRASIL, STF, RE 131.661/ES, grifo nosso).

Outra questão afeta a esse parâmetro de controle judicial diz respeito à Lei da Ação Popular – Lei n. 4.714/65 –, que, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea “e”, prevê a nulidade de ato administrativo que lesione o patrimônio público em caso de desvio de finalidade. Sobre o tema, foi encontrado um precedente do STF: o RE 208.114-1/SP.

Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que acolhera ação popular, anulando ato administrativo e condenando a Prefeita de São Paulo a ressarcir aos cofres públicos os gastos utilizados em publicações que, desviando-se da finalidade informacional prevista no art. 37, § 1º da CRFB, continham interesses político-partidários.

A Turma, por maioria, manteve o acórdão impugnado, considerando que não havia cunho informativo, social ou educativo na publicação, útil à população, mas mero interesse panfletário. Apesar de não fazer expressa menção ao “desvio de poder”, o voto do Relator externa anuência com os termos do acórdão recorrido (p. 19), acórdão este que é explícito quanto à análise da tese do desvio de finalidade no caso em questão.

No relatório do RE 208.114-1/SP está colacionado o seguinte trecho da decisão recorrida, que trata do controle judicial a partir do reconhecimento do desvio na finalidade do agente público: *[...] a lei não pode prever todas as hipóteses factuais de comportamento do agente público, e por isso lhe confere, em determinadas situações, poder de escolha, dentre soluções alternativas, para o melhor alcance da finalidade almejada. É o que se denomina de “poder discricionário” [...]. Mas frisa cuidar-se de faculdade relativa, porque, ‘por definição’, há claro nexo de vinculação, mediação ou instrumentalidade lógico-jurídica entre o exercício de poder e a obtenção da finalidade legal. De modo que, quando o servidor competente exercite o poder para atingir escopo diverso daquele tutelado pelo ordenamento, que se caracteriza o desvio de poder, que, invalidando o ato ou omissão, é suscetível de controle jurisdicional, porque é vício de legalidade, ou legitimidade. [...] Vale insistir que o administrador está cingido a estreita observância da finalidade permanente da lei, em cada caso concreto, não podendo distanciar-se desse parâmetro, sob pena de incidência em ato ilícito gravoso, passível de invalidação jurisdicional* (p. 6, grifo nosso)

Em outra ocasião, a tese do desvio de poder foi utilizada quando da análise de mandado de segurança contra decisão do Tribunal de Contas da União que verificou desvios no uso de recursos públicos em proveito pessoal do ora impetrante. Como se confere na ementa do julgado, o impetrante não conseguiu ilidir a constatação do *relevante prejuízo ao erário público, em face do desvio de finalidade na concessão de passagens e diárias a ex-diretores da Conab, em benefício pessoal desses agentes e em prejuízo do interesse público.* (BRASIL, STF, MS 26.795 AgR/DF, grifo nosso).

Outra questão já controlada pelo STF sobre o parâmetro do desvio de poder foi o nepotismo cruzado – quando a nomeação para cargo público detém troca de favores entre membros do Poder Público. O tema foi tratado no MS 24.020/DF⁴, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, quando foi invalidada nomeação para o cargo de assessoria – ato administrativo discricionário

– por estar eivada de vício decorrente de desvio de finalidade. Vejamos: *Mandado de Segurança. Tribunal de Contas da União. Nepotismo cruzado. Ordem denegada.* [...] No mérito, configurada a prática de nepotismo cruzado, tendo em vista que a assessora nomeada pelo impetrante para exercer cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região, sediado em Vitória-ES, é nora do magistrado que nomeou a esposa do impetrante para cargo em comissão no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, sediado no Rio de Janeiro-RJ. **A nomeação para o cargo de assessor do impetrante é ato formalmente lícito. Contudo, no momento em que é apurada a finalidade contrária ao interesse público, qual seja, uma troca de favores entre membros do Judiciário, o ato deve ser invalidado, por violação ao princípio da moralidade administrativa e por estar caracterizada a sua ilegalidade, por desvio de finalidade.** *Ordem denegada. Decisão unânime.* (BRASIL, STF, MS 24.020/DF, grifo nosso).

Ressalta-se que, no acórdão supra-mencionado, é destacada a aparente legalidade do ato, desconfigurada quando analisada a deturpação da finalidade na prática do ato que, no caso, diz respeito ao favorecimento pessoal dos agentes envolvidos. Trata-se de questão recorrente no desvio de finalidade, quando o ato discricionário que, na aparência, preenche requisitos formais de validade, na verdade, esconde finalidades contrárias ao interesse público.

Também recorrente é o controle de atos discricionários relativos à questão dos concursos públicos. No AI 776.070-AgR/MA, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, consolidou-se o entendimento de que há desvio de finalidade quando, comprovada existência de vaga, for preterido candidato aprovado em concurso público⁵.

Diz-se que *a jurisprudência desta Corte segue o entendimento de que a ocupação precária, por comissão, terceirização, ou contratação temporária, de atribuições próprias do exercício de cargo efetivo vago, para o qual há candidatos aprovados em concurso público vigente, configura ato administrativo eivado de desvio de finalidade, equivalente à preterição da*

ordem de classificação no certame, fazendo nascer para os concursados o direito à nomeação, por imposição do artigo 37, inciso IV, da Constituição Federal. Assim, comprovada a existência de vaga, sendo esta preenchida, ainda que precariamente, caracteriza-se preterição do candidato aprovado em concurso público. (BRASIL, STF, AI 776.070-AgR/MA, grifo nosso).

Mais recentemente, no julgamento pelo Tribunal Pleno do MS 26.849-AgR do DF, de relatoria do Ministro Luiz Fux, utilizou-se da teoria do desvio de poder para analisar a atribuição de pontos a candidato de concurso público ao cargo de auditor do TCU. *In casu*, após análise dos títulos do litisconsorte, não se visualizou qualquer desvio de finalidade na atribuição de pontuação pela banca, mas, ainda assim, restou assentada a possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa.

A teoria do desvio de poder, elaborada pelo Conselho de Estado francês, permite o reconhecimento da invalidade de ato administrativo praticado com finalidade diversa da proposta pelo legislador.

Dos inúmeros precedentes aqui colacionados, infere-se pela inequívoca utilização casuística da teoria do desvio de poder pela Corte Suprema, tendo sido observada sua aplicação nos mais diversos casos (análise de decreto expropriatório, remoção e nomeação de servidor público, questões afetas a concurso público, dentre outros). De tal modo, consolida-se a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar no exame da finalidade do ato discricionário, de modo a verificar sua consonância com o interesse público.

4.2 A INTERPRETAÇÃO DOS CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

A expressão “conceitos jurídicos indeterminados”⁶ é adotada para *designar vocábulos ou expressões que não têm sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontradas com grande frequência nas regras jurídicas dos vários ramos do direito* (DI PIETRO, 2012, p. 90). Como exemplo, temos os vocábulos “interesse público”, “ordem pública”, “notório saber”, “boa-fé”, “moralidade”, entre outros.

Trata-se de conceitos dotados de um alto grau de imprecisão e de fluidez de significado (CARDOZO, 2013, p. 55) que, para o Direito Administrativo, adquirem relevância tendo em vista sua relação com a discricionariedade administrativa. Ao perquirir essa relação, os estudiosos buscam responder à seguinte pergunta: o uso de tais conceitos implica a atribuição do poder discricionário?

Como ensina Maria Sylvania Di Pietro, as respostas para essa pergunta seguem duas posições: *1. a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; 2. a dos que acham que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso*

concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas (DI PIETRO, 2012, p. 117).

Apesar da divergência quanto à apreciação dos conceitos jurídicos indeterminados, a doutrina nacional majoritária tende a admitir a possibilidade de ser conferida discricionariedade administrativa quando a lei adotar conceitos de valor, de modo a atribuir à administração pública, na casuística, uma margem de apreciação.

No que tange à jurisprudência do STF, foi identificado um precedente, já em 1994, que tangenciou o tema. Trata-se do RE 167.137-8/TO⁷, relator Ministro Paulo Brossard, em que fora anulado ato de nomeação de membros do Tribunal de Contas do Estado de Tocantins, pois não observaram o requisito constitucional do “notório saber”, contido no III, art. 235 da CRFB/88, requisito este que concretiza conceito jurídico indeterminado. Vejamos a ementa desse julgado: *Tribunal de Contas. Nomeação de seus*

membros em Estado recém-criado. Natureza do ato administrativo. Parâmetros a serem observados. Ação Popular desconstitutiva do ato. Tribunal de Contas do Estado de Tocantins. Provimento dos cargos de conselheiros. **A nomeação dos membros do Tribunal de Contas do Estado recém-criado não é ato discricionário, mas vinculado a determinados critérios, não só estabelecidos pelo art. 235, III, das disposições gerais, mas também, naquilo que couber, pelo art. 73, par. 1., da CF. NOTÓRIO SABER – Incisos III, art. 235 e III, par. 1., art. 73, CF. Necessidade de um mínimo de pertinência entre as qualidades intelectuais dos nomeados e o ofício a desempenhar. Precedente histórico: parecer de Barbalho e a decisão do Senado. AÇÃO POPULAR. A não observância dos requisitos que vinculam a nomeação, enseja a qualquer do povo sujeitá-la a correção judicial, com a finalidade de desconstituir o ato lesivo a moralidade administrativa. Recurso extraordinário conhecido e provido para julgar procedente a ação.** (BRASIL, STF, RE 167.137-8/TO, grifo nosso).

[...] consolida-se a possibilidade de o Poder Judiciário adentrar no exame da finalidade do ato discricionário, de modo a verificar sua consonância com o interesse público.

Nesse aresto, o STF entendeu que os critérios estabelecidos pela norma constitucional fariam do ato de nomeação um ato administrativo vinculado e, portanto, passível de controle judicial. Considerou-se, portanto, que o uso de conceitos vagos pela lei não atribui discricionariedade ao administrador, sendo seu conteúdo auferível por interpretação e, portanto, completamente sindicável perante o Poder Judiciário.

Nesse mesmo sentido, vejamos outro precedente: *Recurso em mandado de segurança. Servidor público. Processo administrativo. Demissão. Poder disciplinar. Limites de atuação do poder judiciário. Princípio da ampla defesa. Ato de improbidade. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração [...].* (BRASIL, STF, RMS 24.699/DF, grifo nosso).

Nesse julgado, em análise de ato demissionário da administração pública, o relator, Ministro Eros Grau, adere ao entendimento de que os conceitos jurídicos indeterminados não conferem discricionariedade à administração, mas resultam apenas em exercício de interpretação do administrador. É como se depreende dos termos de seu voto: *De mais a mais, como tenho observado, a discricionariedade, bem ao contrário do que suscita a doutrina mais antiga, não é a consequência da utili-*

zação, nos textos normativos, de ‘conceitos indeterminados’. Só há efetivamente discricionariedade quando expressamente atribuída, pela norma jurídica válida, à autoridade administrativa, essa margem de decisão à margem da lei. [...] Insisto em que a discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra da interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito. (BRASIL, STF, RMS 246.99/DF, p. 2, grifo nosso).

Por outro lado, em ocasião mais recente, o STF externou outro posicionamento. Em que pese a questão de fundo ser uma extradição, ou seja, ter por objeto ato político-administrativo, o STF analisou em abstrato a questão dos conceitos jurídicos indeterminados. Nesse caso, o relator para acórdão, Ministro Luiz Fux, filiou-se à teoria da vinculação dos atos administrativos a diferentes graus de juridicidade, consignando entendimento de que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados seria hipótese intermediária de ato vinculado. É o que se depreende de seu voto na Petição Avulsa na Extradição n. 1085, julgada em 8/6/2011 pelo Tribunal Pleno: [...] *embora a prerrogativa caiba ao Presidente da República, o ato é vinculado aos termos do tratado. O pós-positivismo jurídico, conforme argumentamente aponta Gustavo Binenbojm, “não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios. O ato de extradição ora analisado situa-se na segunda escala de vinculação: a vinculação a conceitos jurídicos indeterminados – ou, na expressão do Ministro Eros Grau, “noções”. Isso porque o artigo III, 1, f, do Tratado suprarreferido estabelece hipóteses nas quais é possível que um Estado-parte rejeite a entrega pleiteada pelo outro, todas expressas por termos jurídicos indefinidos, os quais servirão de base para que o intérprete, de posse de suas pré-compreensões, faça surgir a norma aplicável ao caso. Eis o teor do dispositivo: Artigo III. Casos de Recusa da Extradição. 1. A Extradição não será concedida: [...] f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados* (BRASIL, STF, Pet Av. Ext. 1.085, p. 17 voto e 140 acórdão, grifo nosso).

Interpreta-se, a partir desse precedente, uma tendência a abrandar o entendimento externado pelo Ministro Eros Grau pela sindicabilidade total dos conceitos jurídicos indeterminados, auferidos por simples atividade interpretativa. A tese utilizada pelo Ministro Luiz Fux enquadra os conceitos aber-

tos em uma zona intermediária de vinculação à norma, em consonância com a doutrina dominante.

Dessa forma, de acordo com Gustavo Binenbojm – autor que serviu como base para a fundamentação do voto do Ministro –, o controle judicial seria possível no que tange às zonas de certeza positiva e negativa do conceito. No entanto, quando a atuação administrativa se pautar na zona de penumbra de um conceito jurídico indeterminado, devem os tribunais atuar com autocontenção (*judicial self-restraint*), pois seria a Administração a detentora do conhecimento especializado para atribuir significado ao conceito indeterminado na casuística (BINENBOJM, 2006, p. 223).

4.3 A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES E A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

O motivo constitui um dos elementos do ato administrativo, concretizando o *pressuposto de direito e de fato que serve de fundamento ao ato administrativo* (DI PIETRO, 2012, p. 77). No que diz respeito ao seu controle pelo Poder Judiciário, destaca-se a teoria dos motivos determinantes. Segundo Odete Medauar, *de acordo com essa teoria, os motivos apresentados pelo agente como justificativas do ato associam-se à validade do ato e vinculam o próprio agente. Isso significa, na prática, que a inexistência dos fatos, o enquadramento errado dos fatos aos preceitos legais, a inexistência da hipótese legal embasadora, por exemplo, afetam a validade do ato, ainda que não haja obrigatoriedade de motivar* (MEDAUAR, 2012, p. 168).

Assim, mesmo os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados (MEIRELLES, 2012, p. 214).

Já em 1975, a teoria dos motivos determinantes fora citada pelo STF. Trata-se de curioso caso em que o prefeito de determinado município expediu ato administrativo por meio do qual determinou a retirada de lápide cujo epitáfio, em sua opinião, feria “princípios gerais e éticos”⁸.

No julgamento do RE 76.163/SP, o relator, Ministro Bilac Pinto, esclareceu

que, embora haja competência da autoridade municipal para usar o poder de polícia que lhe é investido, de modo a exercer o controle sobre epitáfios que lesem a ordem pública e a moral, os motivos para a retirada da lápide não conseguiram legitimar o ato administrativo praticado. Para justificar sua posição, o Ministro se utilizou da teoria dos motivos determinantes. Vejamos: “Ora”, escreveu o Prof. Francisco Campos, “quando um ato administrativo se funda em motivos de pressuposto de fato, sem a consideração dos quais, da sua existência, da sua procedência, da sua veracidade ou autenticidade, não seria o mesmo praticado, parece-me de boa razão que, uma vez verificada a inexistência dos fatos ou a improcedência dos motivos, deva deixar de subsistir o ato que neles se fundava. [...]” Aplicando à espécie a teoria dos motivos determinantes, sou levado a concluir pela invalidade do ato do Sr. Prefeito Municipal. (BRASIL, STF, RE 76.163/SP, p. 4 et ss.)

Ressalta-se que, ao final do julgamento, o voto do Ministro Bilac restou vencido. No entanto, no voto vencedor foi confirmada a procedência da teoria dos motivos determinantes, ressalvando que, no caso, não se vislumbrou a desconformidade da motivação do ato do prefeito com os substratos fáticos e jurídicos do caso, de modo que a retirada da lápide foi mantida.

Também essa teoria foi aplicada em ocasião em que se analisou decisão administrativa que demitira servidor público. Trata-se do RMS 24.699/DF, já aqui citado quando da análise da jurisprudência sobre os conceitos jurídicos indeterminados. Para o presente tópico, se destaca o seguinte trecho sobre a sindicabilidade jurisdicional dos motivos do ato: **O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. [...] Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato. Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si [CB, art. 2^o]. Juízos de oportunidade não são**

sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. Daí porque o controle jurisdicional pode incidir sobre os motivos determinantes do ato administrativo (BRASIL, STF, RMS 24.699/DF, p. 5, grifo nosso).

Esse entendimento foi citado mais recentemente em julgado de relatoria do Ministro Gilmar Mendes no qual se afirmou que *a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também é pacífica acerca da aplicabilidade da teoria dos motivos determinantes, porquanto é viável, em controle de legalidade realizado pelo Poder Judiciário, a declaração de nulidade do ato administrativo, caso verificada falsidade ou inexistência de motivo*. (BRASIL, STF, ARE 884.289 AgR/PI, p. 4). No caso, a teoria foi aplicada em face da remoção de servidor utilizada como forma de punição e, portanto, eivada de nulidade, como decidido pelo tribunal de origem e confirmado pelo STF.

Outro tema correlato consiste na necessidade de motivação de determinados atos administrativos discricionários. No RE 131.661-6/ES, relator Ministro Marco Aurélio Mello, julgado em 26 de setembro de 1995, a segunda Turma do STF decidiu pela indispensável motivação da remoção de servidor público para município diverso daquele para o qual prestou concurso, de modo a evitar excessos no exercício do poder discricionário pela administração pública.

Frise-se, inclusive, que foi assentada, no regime de repercussão geral, a necessidade de motivação do ato de dispensa não só dos servidores públicos, como também de empregados públicos (tema 131 – Despedida imotivada de empregados de Empresa Pública). (BRASIL, STF, RE 589.998/PI). A tese emanada foi a de que *os empregados públicos das empresas públicas e sociedades de economia mista não fazem jus à estabilidade prevista no art. 41 da Constituição Federal, mas sua dispensa deve ser motivada*.

Nessa ocasião, a corte entendeu que a exposição dos motivos da dispensa co-

íbe os abusos e a concessão de privilégios por parte do empregador público e traz razoabilidade ao ato demissionário. Essa constatação assume relevância, já que as empresas estatais, apesar de pessoas jurídicas de Direito Privado, são pertencentes à administração pública e, portanto, a motivação do ato de demissão está em consonância com a proteção do interesse público, da impessoalidade e da isonomia.

Trata-se de importante debate que acentua a importância do motivo para o controle do ato administrativo, como fator que limita o exercício do poder discricionário.

Nesse mesmo sentido, na ADI 1.923/DF, relator Ministro Ayres Brito, relator para acórdão Ministro Luiz Fux, julgado pelo plenário em 16 de abril de 2015, discutiu-se em abstrato a previsão de competência discricionária para o Presidente da República qualificar uma OS. Nesse caso, o Tribunal assentou pela conformidade da atuação com os princípios administrativos, bem como pela exigência de motivação, de modo a possibilitar o controle pelo Poder Judiciário. Vejamos o seguinte trecho do voto do Ministro Luiz Fux: *Assim, o fato de o art. 2º, II, da Lei n. 9.637/98 condicionar à discricionariedade do Poder Executivo o deferimento da qualificação não conduz à violação da Constituição. Seria de fato inconstitucional qualquer leitura, feita pelo administrador ou pelos demais intérpretes, que extraísse dessa competência administrativa um permissivo para a prática de arbitrariedades, criando redutos de favorecimento a ser viabilizado por contratos de gestão dirigidos a determinadas organizações sociais. Contudo, tal dispositivo só pode ser interpretado, à luz do texto constitucional, como deferindo o manuseio da discricionariedade com o respeito aos princípios que regem a administração pública, previstos no caput do art. 37 da CF, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dos quais decorre o dever de motivação dos atos administrativos, como elemento da necessária controlabilidade dos atos do poder público.* (BRASIL, STF, ADI 1.923/DF, p. 21-22, grifo nosso).

Do que se infere, em conjunto com os demais precedentes aqui analisados, não só que a aplicação da teoria dos motivos determinantes quando do controle de atos administrativos discricionários já está consolidada, como também que vem sendo exigida a motivação dos atos administrativos para que seja auferido seu controle judicial no caso concreto. Esse dever de motivação, ressalta-se, é ainda mais relevante ao tratar-se de atos administrativos discricionários tendentes a afetar direitos do administrado.

4.4 O CONTROLE A PARTIR DOS PRINCÍPIOS

Nos tópicos antecedentes, já se acentuou a força dos princípios no controle judicial da administração pública. De fato, os princípios configuram, no Direito brasileiro contemporâneo, o mais importante parâmetro de controle da discricionariedade administrativa. São utilizados quando da análise do desvio de finalidade, na teoria dos motivos determinantes do ato administrativo e até mesmo na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados.

Tendo em vista a importância do tema, apesar das referências pontuais que já foram feitas em relação ao uso de princípios pelo Judiciário quando da análise da atuação da autoridade administrativa, faz-se oportuno um tópico específico para analisar o controle principiológico feito pelo STF.

A concretização de novos paradigmas, com a Constituição figurando no centro do ordenamento jurídico e com a emergência do fenômeno da constitucionalização do Direito, resulta numa releitura do Direito Administrativo pela ótica constitucional. De tal modo, a positivação de princípios e valores no texto constitucional assume um importante papel limitador da atuação da administração pública, tendo em vista a ampliação do balizamento da atividade pública pela juridicidade administrativa.

Nesse sentido, o Ministro Ayres Brito, em seu voto no já citado RMS 24.699, ressalta a função do art. 37 da CRFB e a vinculação da administração ao princípio não só da legalidade, mas da juridicidade. Vejamos: *O artigo 37 da Constituição [...] tornou o Direito maior do que a lei ao fazer da legalidade um elo, o primeiro elo de uma corrente de juridicidade que ainda incorpora a publicidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência. Ou seja, já não basta ao administrador aplicar a lei, é preciso que o faça publicamente, impessoalmente, eficientemente, moralmente. Vale dizer: a lei é um dos conteúdos desse continente que trata o artigo 37. Então, se tivéssemos que atualizar o conceito de Seabra Fagundes, adaptando-o à nova sistemática constitucional, diríamos o seguinte: administrar é aplicar o Direito de ofício, não só a lei* (p. 242)

Nessa toada, considerando que a discricionariedade é a liberdade de atuação limitada pelo Direito, a margem de livre apreciação do administrador é reduzida quando confrontada com a observância dos princípios administrativos e gerais do Direito. Dessa forma, a observância obrigatória das fontes principiológicas pelo administrador impede o abuso do poder discricionário, limita sua atuação e amplia a possibilidade de controle pelo Poder Judiciário.

No voto-vista do Ministro Luiz Fux, relator para acórdão ADI 1.923/DF, o Ministro salienta o papel dos princípios no controle da discricionariedade administrativa, destacando aqueles positivados no art. 37 da CRFB. Vejamos o seguinte trecho: *Como não se ignora, conveniência e oportunidade são termos que atribuem ao administrador o exercício da cognominada competência discricionária, conferindo-lhe uma margem de concretização do interesse público à luz das particularidades de cada caso, flexibilizando sua atuação, ao menos em parte, das amarras de uma disciplina legal rigidamente pré-estabelecida. Discricionariedade, porém, não pode significar arbitrariedade, de modo que o exame da conveniência e da oportunidade na qualificação não deve ser levado a cabo por mero capricho. Conforme a doutrina contemporânea tem salientado, mesmo nos casos em que há competência discricionária deve o administrador público decidir observando a principiologia constitucional, em especial os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF, art. 37, caput). Por essa via informada pela força normativa da Constituição e pelo ideário pós-positivista, o conteúdo dos princípios constitucionais serve de instrumento para o controle da Administração Pública, que, como componente da estrutura do Estado, não pode se furtar à observância do texto constitucional. No cenário do neoconstitucionalismo, portanto, o exercício da discricionariedade não escapa do respeito aos princípios constitucionais, e isso, veja-se bem, mesmo quando a lei seja omissa, já que a legislação infra-*

constitucional não pode repressar, conter ou de qualquer forma mitigar a eficácia irradiante das normas constitucionais (p. 68, grifo nosso).

Nesse precedente fica claro o destaque que o fator principiológico adquire como parâmetro de controle da Administração Pública, não deixando dúvidas sobre a importância de sua aplicação no controle judicial da discricionariedade administrativa.

No que tange à aplicação dos princípios no controle da atuação discricionária da administração pública, o enunciado da Súmula Vinculante n. 13 merece destaque. A chamada “súmula do nepotismo” possui a seguinte redação: *A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola Constituição Federal.*

Trata-se do controle de um dos grandes exemplos de ato discricionário: a nomeação para cargo em comissão. Nesses casos, a escolha de uma pessoa de confiança fica no âmbito de discricionariedade da autoridade competente para preencher o cargo. O STF entendeu, na edição da Súmula n. 13, que a vedação ao nepotismo nessa nomeação não depende da literalidade da lei, já que decorre da aplicação dos princípios administrativos, em especial o da moralidade administrativa e o da impessoalidade.

Os precedentes que serviram como pano de fundo para essa discussão tinham como objeto a aplicação da Resolução n. 7, de 2005, do CNJ, em que foi consignada a vedação ao nepotismo dentro do Poder Judiciário. Essa Resolução foi considerada constitucional no julgamento da ADC de n. 12 e teve seu teor ampliado pelo enunciado da Súmula Vinculante n. 13, de modo a abranger a administração pública em sua integralidade.

Em um dos precedentes que deu causa à súmula, afirma-se, na ementa,

que a vedação do nepotismo não exige a edição de lei formal para coibir a prática, já que configura proibição que decorre diretamente dos princípios contidos no art. 37, caput, da Constituição Federal. (BRASIL, STF, RE 579.951/RN). Nesse julgado, o STF anulou a nomeação de servidor, aparentado ao agente político que o comissionou, pela incidência direta dos princípios constitucionais enquanto parâmetro de controle da atuação do administrador público.

Também no julgamento da ADC n. 12, foi assentada, de forma inequívoca, a força normativa dos princípios previstos no art. 37 da CRFB/88, como é ressaltado no voto do Ministro Menezes de Direito: *Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal* (p. 14 et seq.).

A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, destacou a vinculação da atuação administrativa à juridicidade, emanada tanto dos princípios constitucionais, como dos valores contidos na Constituição Federal. Vejamos: [...] *a juridicidade que obriga o Poder Público, em qualquer de suas manifestações pelos órgãos próprios, emana dos comandos constitucionais, não assim de norma infraconstitucional. Os princípios constitucionais aplicam-se a todos os Poderes da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. [...] Nem precisaria haver princípio expresso – quer da impessoalidade, quer da moralidade administrativa – para que se chegasse ao reconhecimento da constitucionalidade das proibições de contratação de parentes para os cargos públicos. Bastaria que se tivesse*

em mente a ética democrática e a exigência republicana, contidas no art. 1º, da Constituição, para se impor a proibição de maneira definitiva, direta e imediata a todos os Poderes da República (BRASIL, STF, ADC 12, p. 19 et ss.).

Também nesse sentido, o Ministro Celso de Mello salientou a importância da observação do princípio da moralidade como pressuposto de validade dos atos provenientes do Poder Público: *Na realidade – e especialmente a partir da Constituição republicana de 1988 –, a estrita observância do postulado da moralidade administrativa passou a qualificar-se como pressuposto de validade dos atos que, fundados ou não em competência discricionária, tenham emanado de autoridade ou órgãos do Poder Público [...]* (p. 28-30).

Nesse sentido, a partir do teor dos votos proferidos nos precedentes que embasaram a edição da Súmula Vinculante n. 13, resta inequívoco o reconhecimento da importância dos princípios como parâmetros de verificação direta da constitucionalidade dos atos administrativos. Têm, portanto, eficácia normativa imediata, obrigando que a atuação pública, inclusive a discricionária, se dê em atenção aos valores insculpidos no art. 37 da CRFB/88.

5 ALCANCE, LIMITES E TENDÊNCIAS DO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Do que se observa da análise jurisprudencial dos tópicos anteriores, o STF vem aplicando, em seus precedentes, o controle da discricionariedade administrativa no que tange ao desvio de poder, à teoria dos motivos determinantes, aos conceitos jurídicos indeterminados e aos princípios como parâmetros de controle da discricionariedade administrativa.

Após essas observações, cumpre verificar qual o alcance e quais os limites do controle da discricionariedade administrativa no Supremo Tribunal Federal, bem como quais as tendências sobre o tema neste Tribunal e na doutrina. Vejamos.

No já citado RMS 24.699, de 2004, discutiram-se expressamente os limites e alcances do controle exercido pela Corte sobre a administração pública. O relator, Ministro Eros Grau, diferenciou a pura discricionariedade da legalidade ao falar do controle judicial, e posicionou-se

pela ampliação do controle em relação aos atos administrativos, de modo a evitar arbitrariedades e concretizar o princípio da inafastabilidade do controle judicial. Diz o Ministro em seu voto: *Cumpra deitarmos atenção, neste passo, sobre o tema dos limites de atuação do Judiciário nos casos que envolvem o exercício do poder disciplinar por parte da Administração. Impõe-se para tanto apartarmos a pura discricionariedade, em cuja seara não caberia ao Judiciário interferir, e o domínio da legalidade. A doutrina moderna tem convergido no entendimento de que é necessária e salutar a ampliação da área de atuação do Judiciário, tanto para coibir arbitrariedades – em regra praticadas sob o escudo da assim chamada discricionariedade –, quanto para conferir-se plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”* (art. 5º, XXXV, CF/88). (p. 1-2, grifo nosso).

Já em 1975, a teoria dos motivos determinantes fora citada pelo STF. Trata-se de curioso caso em que o prefeito de determinado município expediu ato administrativo por meio do qual determinou a retirada de lápide cujo epitáfio, em sua opinião, feria “princípios gerais e éticos”.

Em outra ocasião, para explicar o alcance do controle da administração pública, o Ministro Luiz Fux, no AgRg em MS 26.849/DF, tendo por base a juridicidade administrativa, revê, em seu voto, as noções de discricionariedade administrativa e afirma que os atos administrativos têm diferentes graus de vinculação à norma e que, nesse sentido, também têm diferentes graus de alcance do controle judicial. Nesse sentido: *Com efeito, a noção de discricionariedade vem sendo paulatinamente revisitada pela moderna dogmática do direito público brasileiro, para reconhecer que os espaços de escolha próprios das autoridades eleitas não configuram plexos de competências externos ao próprio ordenamento jurídico. A rigor, nos últimos anos viu-se emergir no pensamento jurídico nacional o princípio constitucional da juridicidade, que repudia pretensas diferenças estruturais entre atos de poder, pugnano pela sua categorização segundo os diferentes graus de vinculação ao direito, definidos não apenas à luz do relato normativo incidente na hipótese, senão também a partir das capacidades institucionais dos agentes públicos envolvidos. Com felicidade invulgar, Gustavo Binenbojm esclarece o ponto: as diversas categorias jurídicas que caracterizam os diferentes graus de vinculação à juridicidade (vinculação plena ou alto grau, conceito jurídico indeterminado, margem de apreciação, opções discricionárias, redução da discricionariedade a zero) nada mais são do que códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico-funcional dos âmbitos próprios de atuação da Administração [e do legislador] e dos órgãos jurisdicionais* (BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 226). **Trata-se da superação da atávica dicotomia entre atos vinculados v. atos discricio-**

nários, que passa a admitir o controle jurisdicional mais ou menos intenso conforme o grau de vinculação do ato administrativo à juridicidade (p. 26, grifo nosso).

Nesse precedente, o Ministro Luiz Fux desconstrói a dicotomia entre atos administrativos vinculados e discricionários, aderindo à tese de Gustavo Binenbojm, segundo a qual os atos administrativos seriam classificados de acordo com sua vinculação a graus de juridicidade, na seguinte escala decrescente de densidade normativa: *a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais ou regulamentares); b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares*. (BINENBOJM, 2006, p. 207-208).

Trata-se de tese que resulta no que o autor chama de um “estreitamento do mérito administrativo”, decorrente da importância crescente assumida pelos princípios, que aumentam a margem de vinculação do ato administrativo à ordem jurídica. O resultado desse estreitamento é *(i) a redução das possíveis opções à escolha do administrador, dentro do quadro de juridicidade; (ii) a redução da discricionariedade a zero, quando restar apenas uma escolha conforme a juridicidade*. Como consequência, ampliam-se as possibilidades de controle judicial sobre os atos da administração pública.

No entanto, apesar da propensão em ver ampliado o alcance do controle judicial da discricionariedade administrativa, há também a preocupação em preservar o princípio da separação de poderes. Esse debate esteve presente na votação do Recurso Extraordinário n. 632.853/CE, quando foi fixada a tese de que os critérios adotados por banca examinadora de um concurso não podem ser revistos pelo Poder Judiciário (Tema 485).

Nessa ocasião, o relator, Ministro Gilmar Mendes, ressaltou que é antigo o entendimento do STF de que não cabe o reexame das questões de concurso público pelo Poder Judiciário, sob pena de substituir a valoração da banca examinadora. Destacou, nesse sentido, que adentrar no **mérito** do ato administrativo fere o princípio da separação de poderes e a reserva de administração.

Acompanhando o relator, o Ministro Luiz Fux proferiu um voto didático no qual deixou claro o desafio do Poder Judiciário de encontrar um equilíbrio entre o controle da administração pública e o Princípio da Separação de Poderes. Como se depreende do seguinte trecho: *De qualquer modo, se a ideia de Estado de Direito caminha em direção à supremacia da lei como baliza para a atuação administrativa, parece claro que as garantias do acesso à justiça e da tutela jurisdicional efetiva representam componentes imprescindíveis à concretização de tal princípio constitucional. [...] Daí que as noções de submissão da autoridade à lei e de controle jurisdicional dos atos de poder me parecem faces simétricas do fenômeno Estado de Direito. Por outro lado, é certo que o Poder Judiciário não pode substituir a Administração Pública. Em primeiro lugar, um braço estatal que concentrasse todas as prerrogativas de autoridade dificilmente seria compatível com a ideia de Estado de Direito. O postulado da Separação dos Poderes surge aí como instrumento de racionalização e moderação no exercício do poder, essencial para a própria existência da*

liberdade individual, como historicamente registrado por Montesquieu na clássica obra “Do Espírito das Leis”. Em segundo lugar, a separação dos poderes responde a um imperativo de eficiência administrativa, pugnando pela especialização funcional. Ao dividir as atribuições do Estado e alocá-las a órgãos distintos com competências particulares, estimula-se o refinamento técnico e o aperfeiçoamento profissional. [...] É nesse sentido que **se recomenda cautela do Poder Judiciário no controle dos atos dos demais Poderes, e em particular da Administração Pública. O desafio que se coloca para a Corte é, portanto, o de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre sua prerrogativa de controle dos atos estatais, em especial da Administração Pública, e o princípio da Separação dos Poderes** (BRASIL, STF, RE 632.853/CE, p. 16-17, grifo nosso).

De tal modo, a Suprema Corte já consolidou o entendimento no sentido de que, apesar de ser plenamente sindicável na via jurisdicional o controle da legalidade dos concursos públicos, é defeso ao Poder Judiciário substituir-se à banca examinadora, bem como se imiscuir nos critérios de correção de provas e atribuição de notas (BRASIL, STF, MS 27.260/DF).

Assim, não se confunde o controle dos limites legais do ato administrativo com o controle de mérito, este último impassível de interferência do Judiciário. Como mérito de um ato discricionário, diz-se *quando se trate de hipóteses em que a lei deixe à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o direito* e que *nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário* (DI PIETRO, 2012, p. 137).

Importante ressaltar, no entanto, como afirma Cardozo, que, apesar de o mérito administrativo representar uma zona inacessível ao controle judicial, não há que se falar em imunidade de apreciação jurisdicional quando se procede à análise interpretativa das opções postas à frente do administrador. Assim, *se o poder discricionário começa quando termina a interpretação, da mesma forma pode-se dizer que o poder de controle*

judicial se inicia quando termina a discricionariedade (CARDOZO, 2013, p. 50).

Nesse mesmo sentido, explica Maria Sylvania Di Pietro que o vocábulo “mérito” não pode ser invocado como palavra mágica que detém o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos. Diz a autora que, de fato, os aspectos de oportunidade e conveniência são insinducíveis, mas que [...] *o que não é aceitável é usar-se do vocábulo mérito como escudo à atuação judicial nos casos em que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativa. É necessário colocar a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito* (DI PIETRO, 2012, p. 133).

A concretização de novos paradigmas, com a Constituição figurando no centro do ordenamento jurídico e com a emergência do fenômeno da constitucionalização do Direito, resulta numa releitura do Direito Administrativo pela ótica constitucional.

De modo a sistematizar uma teoria adequada para a realização do controle judicial dos atos emanados pela administração pública, Gustavo Binenbojm propõe a análise de parâmetros (também chamados de *standards*) a serem observados em concreto. Dessa maneira, seria possível uma aferição dinâmica da possibilidade de controle judicial por sobre a atuação administrativa, levando em consideração as peculiaridades que a casuística trouxesse. Nesse sentido, (i) *quanto maior o grau de restrição imposto a direitos fundamentais (tanto em proveito de outros direitos fundamentais, como em prol de interesses difusos constitucionalmente consagrados), mais intenso deve ser o grau do controle judicial. [...]* (ii) *quanto maior o grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame, mais intenso deve ser o grau de controle judicial. [...]* (iii) *quanto maior o grau de tecnicidade de matéria, objeto de decisão por órgãos dotados de expertise e experiência, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. [...]* (iv) *quanto maior o grau de politicidade da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente*

legitimado (chefe do executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau de controle judicial. [...] (v) *quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial. [...]* (BINENBOJM, 2006, p. 235-236).

Em caso de conflito entre esses parâmetros, utilizar-se-ia a proporcionalidade, tendo como base a seguinte ordem de prioridades: 1º) *o juiz deverá dar preferência à proteção do sistema de direitos fundamentais, como uma das expressões da sua posição de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro (controle mais severo); 2º) o juiz deverá dar preferência ao grau de objetividade do relato normativo (controle tanto mais*

brando quanto menor o grau) aplicável ao caso; 3º) o juiz deverá dar preferência tanto à legitimidade de investidura da autoridade, em relação às matérias políticas (controle mais brando), como à especialização técnico-funcional da autoridade, em relação às matérias que demandam expertise e experiência (controle mais brando), conforme o caso; 4º) o juiz deverá considerar, ainda, o grau de participação social no processo de tomada da decisão, como fator a ensejar um controle mais brando (IDEM, p. 238).

O mérito dessa teoria jurídica, além da segurança decorrente de uma sistematização, está na proposta de um controle judicial a ser analisado de acordo com sua adequação casuística, pautada na ponderação de um controle mais ou menos intenso a ser observado em observância aos postulados constitucionais.

Assim, privilegia-se em primeiro lugar a proteção dos direitos fundamentais, por meio da qual se invoca um controle mais amplo do Poder Judiciário, na medida em que os atos da administração tenderem a restringir direitos individuais. Da mesma maneira, se o ordenamento

jurídico oferecer elementos objetivos para pautar a atuação administrativa, o controle deve ser mais intenso.

Por outro lado, em matérias afetas a conteúdo estritamente político, ou técnico, o magistrado deveria privilegiar a *expertise* da administração pública, bem como a legitimidade dos agentes eleitos democraticamente. Essa mesma lógica se aplica aos atos emanados com participação democrática dos cidadãos, de modo que o controle judicial aqui seria menos intenso para privilegiar o princípio democrático.

De todo o modo, em consonância com as ponderações e debate feitos sobre o tema, no Brasil, o advento do texto constitucional de 1988 parece indicar pela tendência da ampliação do controle do Poder Judiciário. De fato, a força principiológica que decorre da Constituição brasileira amplia os parâmetros de controle da administração pública, reduzindo a discricionariedade pela observância da juridicidade administrativa.

Ressalta-se novamente que um amplo controle da discricionariedade administrativa não significa a substituição do administrador pelo juiz, mas sim a proteção do interesse público, de modo a evitar os excessos da atuação administrativa.

6 CONCLUSÃO

A compreensão dos institutos de Direito Administrativo está intimamente ligada aos valores emergentes da ordem jurídica que estrutura o Estado. Nessa mesma lógica, caminham as noções de discricionariedade administrativa e seu respectivo controle judicial. Assim, conforme foi sendo estruturado o Estado Democrático de Direito, cujo mais importante marco no Brasil foi o surgimento da Constituição de 1988, fez-se necessária uma releitura da temática em questão.

A emergência do fenômeno da constitucionalização do Direito tem importantes reflexos para a administração pública. Não só a Constituição trouxe em seu bojo normas que lastreiam a atividade administrativa, como também positivou princípios balizadores para a atuação do Poder Público. E mais: trouxe um extenso rol de direitos fundamentais a serem observados, de modo a proteger os indivíduos dos abusos do Estado.

Dessa maneira, a consolidação de uma administração pública pautada no princípio da legalidade – noção essa conquistada pelo Estado de Direito – teve que ser reinterpretada e ampliada. Mais do que à lei, a atuação administrativa se sujeita a um conjunto de valores emanados das regras e princípios constitucionais a que chamamos de juridicidade.

Assim, em consonância com o disposto no art. 37, *caput*, da CRFB, o administrador deve sim agir de acordo com o princípio da legalidade, mas não apenas com ele. Devem também ser observados os princípios da impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Ademais, os direitos fundamentais do art. 5º da CRFB devem ser preservados, bem como protegida a dignidade da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da CRFB.

Essa ampliação dos parâmetros a serem seguidos pela administração pública reflete na redução do espaço de discricionariedade administrativa.

Faz parte da estrutura administrativa que seja conferido espaço pela lei para que a administração atue na casuística de acordo com sua oportunidade e conveniência. No entanto, essa liberdade se encontra atualmente reduzida pelos balizamentos

provenientes do princípio da juridicidade. Não há âmbito decisório concedido à administração que esteja imune à observação dos valores e princípios constitucionais.

Desse modo, imperioso afirmar pela possibilidade de controle judicial da discricionariedade administrativa. O Poder Judiciário, nesse sentido, teria como função verificar se a atuação administrativa emanada do poder discricionário estaria em consonância tanto com os delineamentos legais quanto com a juridicidade administrativa. Porém, qual a intensidade desse controle admitida no Direito brasileiro?

Para responder a essa pergunta, foram desenvolvidas algumas teorias para parametrizar o controle judicial da discricionariedade administrativa. São elas: a teoria do desvio de finalidade, a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados, a teoria dos motivos determinantes e o uso dos princípios como parâmetro de controle da atuação estatal.

Como visto, foi colacionada extensa jurisprudência em que o STF se utilizou dessas teorias para controlar a discricionariedade administrativa. Frisa-se aqui o papel dos princípios, tendo sua força normativa reconhecida pela Suprema Corte de modo a possibilitar a aplicação direta dos princípios como fonte de controle da administração pública.

Em que pese ainda existir resistência, tem-se convergido a um alcance maior da sindicabilidade judicial dos atos administrativos, tendo em vista a emergência de parâmetros constitucionais que balizam a administração pública e, portanto, permitem esse controle. Não se trata da substituição do administrador pelo juiz, hipótese que feriria a separação de poderes, mas sim da verificação da compatibilidade da atuação administrativa com a ordem jurídica.

Parece-nos, portanto, que a intensidade do controle deve se dar a partir da análise da casuística proposta, sempre em consonância com a ordem jurídica vigente e com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, de modo a equilibrar e preservar tanto o princípio da separação dos poderes quanto o da inafastabilidade de jurisdição tendente a proteger os direitos fundamentais e valores constitucionais.

NOTAS

- 1 A expressão "Estado Democrático de Direito" foi acolhida na Constituição de 1988 em seu art. 1º, que diz: *A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] (grifo nosso)*. Também é mencionada no preâmbulo da Constituição, no seguinte trecho: *Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático [...] (grifo nosso)*.
- 2 José dos Santos Carvalho Filho (2013, p. 33 et ss.), utilizando-se dos estudos de Cretella Junior, traz precedentes da década de 40 e 50 que já abordavam o controle da discricionariedade quando do desvio de finalidade.
- 3 Ambos os precedentes retirados de Andressa Fidelis (2008, p. 30).
- 4 Sobre a nomeação de apadrinhados para cargos de confiança e a invalidação do ato por desvio de finalidade e lesão aos princípios administrativos pelo STF, também anote-se o precedente: AI 84.295 AgR/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 23/8/2011.
- 5 Nesse mesmo sentido: Brasil (STF, ARE 649.046/MA).
- 6 Rita Tourinho (2015, p. 317) traz nomenclaturas comumente utilizadas como equivalentes aos conceitos jurídicos indeterminados, são elas: normas abertas, conceitos de valor, conceitos elásticos, conceitos imprecisos, conceitos práticos, dentre outras.
- 7 Precedente retirado da obra de Gustavo Binenbojm (2006, p. 221).

- 8 Dizia o epitáfio: *Bípede, meu irmão, eis o fim prosaico de um espermatóide que, há mais de 80 anos, penetrou num óvulo, iniciou seu ciclo evolutivo e acabou virando carniça. Estou enterrado aqui. Sou Chico Sombração. Xingai por mim.* Francisco Franco de Sousa. Por sua vez, a retirada do epitáfio se deu com o seguinte despacho: *Lápide é a laje que cobre o jazigo com inscrição funerária de saudade. Não resta dúvida, a filosofia de cada um deve ser respeitada, uma vez que não fira os princípios gerais e éticos.*

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 26.849/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 10/4/2014. Data da publicação: 21/5/2014.
- _____. Ação Declaratória Constitucional n. 12. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. Data do julgamento: 20/8/2008. Data da publicação: 18/12/2009.
- _____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.923/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ayres Brito. Data de julgamento: 16/4/2015. Data da publicação: 4/5/2015.
- _____. Agravo Regimental em Mandado de Segurança n. 26.795/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 29/11/2011. Data da publicação: 20/4/2012.
- _____. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 776.070/MA. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 22/2/2011. Data da publicação: 4/3/2011.
- _____. Recurso Extraordinário com Agravo n. 649.046/MA. Primeira Turma. Relator: Ministro: Luiz Fux. Data do julgamento: 29/11/2011. Data da publicação: 5/12/2011.
- _____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 884.289/PI. Segunda Turma. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 19/5/2015. Data da publicação: 5/6/2015.
- _____. Mandado de Segurança n. 24.020/DF. Segunda Turma. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 6/3/2012. Data da publicação: 13/6/2012.
- _____. Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 26.849/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Data do julgamento: 10/4/2014. Data da publicação: 21/5/2014.
- _____. Mandado de Segurança n. 27.260/DF. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Carlos Britto. Data do julgamento: 29/10/2009. Data da publicação: 26/3/2010.
- _____. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1923/DF. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Data de julgamento: 1/8/2007. Data da publicação: 21/9/2007.
- _____. Petição Avulsa na Extradicação n. 1.085 da República Italiana. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Data de julgamento: 8/6/2011. Data da publicação: 3/4/2013.
- _____. Recurso Extraordinário n. 64.559/SP. Segunda Turma. Relator: Ministro Eloy da Rocha. Data do julgamento: 11/5/1970. Data da publicação: 21/5/1971.
- _____. Recurso Extraordinário n. 131.661/ES. Segunda Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Data do julgamento: 26/9/1995. Data da publicação: 17/11/1995.
- _____. Recurso Extraordinário n. 167.137-8/TO. Segunda Turma. Relator: Ministro Paulo Brossard. Data do julgamento: 18/10/1994. Data da publicação: 25/11/1994.
- _____. Recurso Extraordinário n. 208.114-1/SP. Primeira Turma. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Data do julgamento: 18/4/2000. Data da publicação: 25/8/2000.
- _____. Recurso Extraordinário n. 579.951/RN. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 20/8/2008. Data da publicação: 24/10/2008.
- _____. Recurso Extraordinário n. 589.998/PI. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Data do julgamento: 20/3/2013. Data da publicação: 4/4/2013.
- _____. Recurso Extraordinário n. 632.853/CE. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 23/4/2015. Data da publicação: 29/6/2015.
- _____. Recurso Extraordinário n. 76163/SP. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Bilac Pinto. Data do julgamento: 17/12/1974. Data da publicação: 11/4/1975.

_____. Recurso Extraordinário n. 78.229/GB. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Rodrigues Alckmin. Data do julgamento: 12/6/1974. Data da publicação: 6/12/1974.

_____. Recurso Extraordinário n. 97693/MG. Segunda Turma. Relator: Ministro Néri da Silveira. Data do julgamento: 13/2/1996. Data da publicação: 8/11/1996.

_____. Recurso Extraordinário n. 632.853/CE. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data do julgamento: 23/4/2015. Data da publicação: 29/6/2015.

_____. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24699/DF. Primeira Turma. Relator: Ministro Eros Grau. Data do julgamento: 30/11/2004. Data da publicação: 1/7/2005.

CARDOZO, José Eduardo Martins. A discricionariedade e o Estado de Direito. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 37-66.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. A discricionariedade: análise de seu delineamento jurídico. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 3-36.

CRETELLA JÚNIOR, José. Anulação do ato administrativo por "desvio de poder". *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, ano 24, v. 91, p. 25-53, jan. 1968. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/31121>>. Acesso em: 13 maio 2017.

DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FIDELIS, Andressa Lins. *Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no controle da administração pública: uma releitura do controle dos atos administrativos discricionários*. 2008. *Trabalho de conclusão de curso (Escola de Formação) 56f. – Escola de Formação da Sociedade brasileira de direito público*, São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/112_Microsoft%20Word%20-%20andressa.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2017.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. Parâmetros de controle da discricionariedade. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 67-76.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PERLINGEIRO, Ricardo; SOMMERMANN, Karl-Peter. *Euro American Model Code of Administrative Jurisdiction*. Niterói: UFF, 2014.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 41-78, jan. 1946. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, mai. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50736/49534>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, fev. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920/44126>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

TOURINHO, Rita. A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 237, p. 317-326, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44377/44831>>. Acesso em: 6 abr. 2017.

_____. A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. In: GARCIA, Emerson (Org.). *Discricionariedade administrativa*. 2. ed. Belo Horizonte: Arraes, 2013. p. 77-136.

Artigo recebido em 23/10/17.

Artigo aprovado em 9/11/17.

Fernanda Caroline Pelisser é advogada no Rio de Janeiro.