

**XXVI CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI SÃO LUÍS – MA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito administrativo e gestão pública II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-536-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Administração. 3. Gestão. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34



XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Grupo de Trabalho “Direito Administrativo e Gestão Pública II”, reunido no XXVI Congresso Nacional do CONPEDI em São Luís (MA), traz um variado conjunto de artigos, marcados pela destacada qualidade acadêmica e pelo indubioso relevo prático, com estudos de mais de duas dezenas de pesquisadores de diversas regiões do país.

Além do invulgar apuro intelectual dos artigos, ressaltamos que os comunicados científicos e as discussões trouxeram debates de elevada qualidade e pertinência, sobre as mais diversas temáticas do Direito Administrativo, de forma a envolver alunos de mestrado e doutorado, professores e profissionais, com contribuições e discussões marcadas pela forma respeitosa e sob o signo de uma perspectiva dialógica horizontal, democrática, aberta e plural.

Os artigos aqui publicados gravitam em torno das seguintes temáticas:

1. O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DIREITO BRASILEIRO COMO SISTEMA FUNDADO NA IDEIA DE ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO;
2. REGULAÇÃO ECONÔMICA ESTATAL: A ANÁLISE DE IMPACTO REGULATÓRIO (AIR) COMO INSTRUMENTO DE AVALIAÇÃO DA EFICIÊNCIA;
3. OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA JURIDICIDADE DO AGIR E NÃO-AGIR DA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO ADMINISTRATIVO COMO IMPERATIVO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO;
4. PODER E A CORRUPÇÃO NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: AS FACES OCULTAS QUE RESISTEM AO DIREITO FUNDAMENTAL A PROBIDADE;
5. COMPARAÇÃO ENTRE O ACORDO DE LENIÊNCIA APLICADO PELO CADE E O PREVISTO NA LEI ANTICORRUPÇÃO: AVANÇO OU RETROCESSO?;
6. LEI ANTICORRUPÇÃO: MUDANÇA DE PARADIGMA NAS CONTRATAÇÕES ENTRE OS SETORES PÚBLICO E PRIVADO;

7. CORRUPÇÃO E INEFICÁCIA DA DIMENSÃO DOS DIREITOS HUMANOS: FAZENDO A CONEXÃO;
8. A FUNÇÃO DE CONTROLAR DOS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CARÁTER PEDAGÓGICO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA;
9. A CONDIÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR USUÁRIO DE SERVIÇOS PÚBLICOS ANÁLISE SISTÊMICA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR FRENTE A EDIÇÃO DA LEI 13.460/2017;
10. REVISÃO DE PREÇOS DE PROPOSTAS DESCLASSIFICADAS;
11. VERBA INDENIZATÓRIA: QUANDO O LEGAL É IMORAL E ENGORDA;
12. A ESCOLHA DO ÁRBITRO E DA CÂMARA ARBITRAL PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: (DES) NECESSIDADE DE LICITAR E A CONCRETIZAÇÃO DE UMA SELEÇÃO ADEQUADA E EFICIENTE;
13. A APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM FACE DO MUNICÍPIO PELA INACESSIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS; e
14. RESPONSABILIDADE EXTRACONTATUAL DO ESTADO EM DECORRÊNCIA DOS DANOS CAUSADOS POR INDÍGENAS.

O conjunto de temáticas já evidencia uma firme marca de interdisciplinaridade e profunda contemporaneidade dos debates afetos à atividade administrativa e à gestão pública, com a potencial condição de apontar rumos para a pesquisa e o debate sobre as candentes discussões relacionadas ao Direito Administrativo na atualidade.

De nossa parte, sentimo-nos profundamente honrados em participarmos na Coordenação desse relevante Grupo de Trabalho, com o registro da satisfação em podermos debater com todos os autores e demais participantes do GT.

Por fim, queremos registrar os sinceros e efusivos cumprimentos ao CONPEDI, pela qualidade do evento, e agradecer aos colegas de São Luís (MA) pela afetuosa acolhida em todo o período desse relevante momento de divulgação da pesquisa científica na área do Direito. A musicalidade, a poesia, as danças típicas, as paisagens, a culinária e a hospitalidade da gente do Maranhão conquistaram a todos nós!

Esperamos que os leitores apreciem essa coletânea e suas qualificadas temáticas.

Fraternal abraço,

São Luís, novembro de 2017.

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam – Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Dr. Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini – Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**OS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DA JURIDICIDADE DO AGIR E NÃO-AGIR
DA ADMINISTRAÇÃO E O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO
ADMINISTRATIVO COMO IMPERATIVO DA INAFASTABILIDADE DA
JURISDIÇÃO**

**CRITERIA FOR THE VERIFICATION OF JURIDICITY OF THE
ADMINISTRATIVE ACTION AND NON-ACTION AND FOR THE JUDICIAL
CONTROL OF THE ADMINISTRATIVE MERIT AS AN IMPERATIVE OF THE
JURISDICTION'S INAFSTABILITY**

Adeilson Luz De Oliveira

Resumo

Trabalha-se inicialmente com critérios para aferição da juridicidade do agir e não-agir do administrador. Em seguida, busca-se a partir do método dedutivo perquirir as razões que impõem o controle judicial do mérito administrativo, sinalizando-se que o controle apenas de legalidade, além de insuficiente, é constitucionalmente inadequado.

Palavras-chave: Juridicidade, Ato administrativo, Mérito, Controle

Abstract/Resumen/Résumé

Initially will worked with criteria to gauge the juridicity of the action and non-action of the administrator. Then, the purpose is using the deductive method to investigate the reasons that impose a judicial control of administrative merit, signaling that the only legality control is insufficient and constitutionally inadequate.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Juridicity, Administrative act, Merit, Control

INTRODUÇÃO

É consabido que a realização dos direitos prestacionais e o cumprimento dos objetivos da República (v.g. desenvolvimento nacional, construção de uma sociedade livre e justa, etc.) constituem mister precípua da Administração Pública, haja vista que ao legislador incumbe a formulação das políticas públicas e ao judiciário, a apreciação de lesões ou ameaças de lesão a direitos, muitas vezes decorrentes de ações públicas insuficientes ou inexistentes.

É notório que há um *déficit* na concretização de direitos e genuíno desprezo a pautas mínimas na área da saúde, educação, saneamento, entre outras, o que se deve, em grande medida, a atuações lesivas e insuficientes da Administração, além da baixa assimilação das normas constitucionais.

Considerando que essas discussões têm cada vez mais desaguado nos tribunais, analisa-se o clássico controle judicial apenas de legalidade à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição, bem como trabalha-se com alguns critérios da doutrina de Hartmut Maurer como porto seguro para aferição da (anti)juridicidade do agir ou não-agir da Administração, o que, de resto, é um primoroso subsídio ao controle (judicial) da corriqueira atuação/omissão antijurídica do gestor público.

A pesquisa se justifica ante à premente necessidade de concretizar as promessas constitucionais, ainda que para tanto seja necessária atuar mais incisiva do Judiciário no controle das omissões lesivas e das atuações insuficientes da Administração, primando, assim, pelo seu dever fundamental de responder às lesões ou ameaças de lesão a direito.

1. O CONTROLE DE JURIDICIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Inicialmente, a adoção do conceito de “juridicidade” mostra-se mais útil ao operador do direito na seara do controle, pois está atrelada ao conceito de sistema, isto é, atuação conforme o direito, ao passo que a ideia de “legalidade” é um limitador, pelo menos subjetivamente, à imperiosa conformidade do agir e não-agir administrativo com o sistema jurídico.

Desse modo, assim como no direito penal trabalha-se com a ideia de “antijuridicidade” como pressuposto analítico para configuração do ilícito penal, mostra-se de maior utilidade ao controle da Administração que se utilizem também no direito administrativo (brasileiro) os conceitos de “juridicidade” e “antijuridicidade”.

Portanto, ao se preconizar a substituição da expressão “controle de legalidade” por “controle de juridicidade” não se trata apenas de preciosismo terminológico, mas de todo um modo de conceber e examinar a coerência dos atos da Administração com o sistema.

E, em um passo adiante, o controle judicial apenas dos aspectos formais do mérito administrativo de há muito não tem sido suficiente para uma prestação jurisdicional justa e efetiva, precisamente porque a lesividade do agir, ou, principalmente, do não-agir da Administração deflui justamente do núcleo do ato administrativo – e não de sua forma.

É certo que o Brasil adotou um sistema de jurisdição una, segundo o qual cabe ao Judiciário em caráter definitivo elidir qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito, do que o pleno controle do mérito administrativo é apenas consequência lógica.

Ocorre que o controle de juridicidade somente teve espaço no Brasil a partir do processo de constitucionalização do direito administrativo, dado que o paradigma da legalidade estrita e uma compreensão extremada da separação dos poderes impediam maiores ingerências no poder de administrar.

Atualmente, o exame de juridicidade é um imperativo não só à autotutela administrativa, mas também ao Poder Judiciário, haja vista que o controle judicial apenas de legalidade dos atos administrativos é insuficiente para assegurar a obediência e o prestígio à normatividade constitucional.

Para Abboud (2014, p. 123):

Há um dever (imposição normativa) da Administração de manter seu ato discricionário dentro dos limites traçados pelas normas jurídicas de alta hierarquia¹. Por ser cogente, se a Administração violar esses limites, nasce a pretensão (*Anspruch*) e o direito subjetivo para o cidadão.

No Estado Constitucional, o parâmetro de controle do ato administrativo e, de modo geral, do agir da Administração deve ser todo o arcabouço normativo, a fim de que haja correspondência entre os atos expedidos (ou não expedidos) e os princípios constitucionais e os direitos fundamentais dos administrados.

Segundo Maurer (2006, p. 264), “o ato administrativo é jurídico, quando ele corresponde a todas as exigências que o ordenamento jurídico põe a ele”. Por outro lado, “ele é antijurídico ou vicioso [...] quando ele também só em uma relação não está de acordo com o direito vigente”. Para o autor:

O ato administrativo corresponde às exigências jurídicas e é por isso, jurídico, a) quando, no caso concreto, a autoridade estava autorizada à atuação por ato administrativo (admissibilidade do ato administrativo); b) quando as prescrições de competência, procedimento e de forma foram observadas (juridicidade formal); e c)

¹ Entende-se como “normas jurídicas de alta hierarquia” os princípios constitucionais e os direitos fundamentais.

quando o conteúdo do ato administrativo é compatível com o direito vigente (juridicidade material). (MAURER, 2006, p. 264-265)

Assim sendo, passa-se a tratar de cada um dos pressupostos da juridicidade do ato administrativo (*latu sensu*) de que trata o administrativista germânico.

1.1 A ADMISSIBILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Segundo lição de Maurer (2006, p. 265-267), o primeiro parâmetro para avaliar a juridicidade de um ato administrativo é examinar sua admissibilidade (*Zulässigkeit des Verwaltungsakts*).

A “admissibilidade” é a existência de uma permissão ou autorização jurídica para realização de determinada conduta ou ação (JURAFORUM (a). Acesso em: 17 jun. 2016).

Na doutrina alemã, um ato administrativo é admissível, permitido ou autorizado (*zulässig*) quando há um fundamento (jurídico) autorizador (*Ermächtigungsgrundlage*) da atuação da Administração. Em outras palavras, um ato é admissível quando a Administração está juridicamente autorizada a atuar, isto é, a realizar algum ato administrativo.

Nada obstante, nem sempre é necessário investigar a admissibilidade do ato, isto é, se há subjacente ao ato um fundamento (jurídico) a autorizar ou justificar a atuação da Administração, pois geralmente a análise da juridicidade do ato administrativo fica circunscrita à juridicidade formal e material, que se mostram suficientes para sindicar a conformidade do ato com o ordenamento jurídico.

Somente é imprescindível averiguar a existência de um fundamento autorizador da atuação administrativa (admissibilidade do ato) no exercício da chamada “Administração de Intervenção” (*Eingriffsverwaltung*), que se contrapõe à “Administração de Prestação” (*Leistungsverwaltung*) (RECHTSLEXIKON. Acesso em: 23 jun. 2016).

A partir da classificação de Celso Antônio Bandeira de Mello, pode-se dizer que a “Administração de Prestação” estaria ligada aos “atos ampliativos de direitos”, ao passo que a “Administração de Intervenção” corresponderia aos “atos restritivos de direito”.²

A grosso modo, na “Administração de Prestação” não se exige um fundamento autorizador em razão de não haver intervenção na esfera de liberdade do administrado, na medida em que a atuação estatal está voltada à realização de metas econômicas, sociais, culturais, entre outras (RECHTSLEXIKON. Acesso em: 23 jun. 2016), além do que o

² Sobre a classificação de “atos ampliativos” e “atos restritivos” de direito, *vide* MELLO, 2009, p. 419.

fundamento autorizador exsurge da própria Constituição, que estabelece as prioridades na figura dos chamados “Direitos de Prestação” (*Leistungsrechte*).

Nessa perspectiva, ao discorrer sobre a “admissibilidade” como parâmetro de aferição da juridicidade do ato, Maurer (2006, p. 267) leciona que “a Administração está, em princípio, autorizada a concretizar e comprovar os deveres e direitos fundamentados juridicamente por ato administrativo” e que “uma autorização específica para a atuação exatamente por ato administrativo não é necessária”.

Nesses casos, avalia-se se o conteúdo do ato administrativo está em consonância com as normas de alta hierarquia, isto é, com a Constituição. Daí que, em muitos casos, o exame de juridicidade de um ato se limita à análise da sua juridicidade formal e material.

O mesmo não ocorre com a chamada “Administração de Intervenção” (*Eingriffsverwaltung*), cuja atuação pressupõe um fundamento legal (*gesetzliche Grundlage*), na medida em que caracterizada pela intervenção na esfera individual do administrado, como são os atos decorrentes do exercício do poder de polícia.

Como dito, a admissibilidade do ato administrativo é entendida como a existência de um fundamento autorizador (*Ermächtigungsgrundlage*) da atuação da Administração, e como tal pode ser associada ao *motivo do ato*, que é um dos (cinco) elementos (ou requisitos) do ato trabalhados pela doutrina administrativista brasileira.³

Para Carvalho Filho (2015, p. 114), o motivo do ato é “a situação de fato ou de direito que gera a vontade do agente quando pratica o ato administrativo”. E para Mello (2009b, p. 67), na averiguação dos motivos do ato é curial perquirir, em primeiro lugar, se os pressupostos de fato apontados são existentes. Do contrário, ausente a materialidade do ato administrativo, ele será nulo por ausência de motivos.

Além da aferição da existência dos fatos subjacentes ao ato, deve-se indagar, assinala Mello, se esses fatos são os que a lei considera necessários para a prática do ato. Se a situação fática não for aquela prevista na lei para a realização do ato em questão, haverá, igualmente, vício nos motivos.

E o motivo pode ser de fato ou de direito. Para Carvalho Filho (2015, p. 114, grifos nossos), “motivo de direito é a **situação fática descrita na lei** como ensejadora do ato administrativo”. Nesse caso, ocorrida a situação fática definida em lei, caberá ao agente praticar o ato, sem qualquer margem de liberalidade. “Motivo de fato, por sua vez, é a

³ Os cinco elementos do ato administrativo são a “competência”, “finalidade”, “forma”, “motivo” e “objeto”.

situação fática não descrita em lei que por si só autoriza o agente a praticar o ato por razões de conveniência e oportunidade”.

O critério da admissibilidade do ato como primeiro critério de aferição da sua juridicidade somente se ocupa da pergunta “a Administração está juridicamente autorizada a agir?”, isto é, “há um fundamento autorizador para o agir administrativo?”. Se a resposta for positiva, a conclusão é a de que o ato administrativo em questão é permitido (*zulässig*), devendo-se examinar, contudo, se é juridicamente formal e material, como exposto a seguir.

No ordenamento jurídico brasileiro, a inexistência do motivo é hipótese de nulidade do ato e, segundo a dicção do art. 2º, parágrafo único, alínea “d” da lei 4.717/65, a inexistência dos motivos se dá quando a situação de fato ou de direito que fundamenta o ato é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido.

Ainda que o dispositivo aponte como causa de nulidade do ato a sua *inadequação jurídica ao resultado obtido*, somente tem pertinência ao exame de “admissibilidade do ato administrativo” a análise da *existência material da situação de fato ou de direito*, já que a *adequação jurídica do ato ao seu resultado* cinge-se à sua juridicidade material, análise feita a partir dos princípios (gerais), tanto que, para Carvalho Filho (2015, p. 120),

A congruência entre as razões do ato e o objetivo a que se destina é tema que tem intrínseca aproximação com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, visto que, se entre as razões e o objeto houver desajuste lógico, o ato estará inquinado de vício de legalidade e terá vulnerado os aludidos princípios.

Vale dizer que, nos casos de não-agir da Administração não seria adequado investigar a admissibilidade do ato, conforme proposto por Maurer, pois nesses casos o que se tem é um *não-ato*. Em tais hipóteses, deve-se examinar *se o ato administrativo é obrigatório*, isto é, se há uma circunstância determinante da atuação da Administração, casos em que a pergunta pela existência de um fundamento autorizador do ato (*Ermächtigungsgrundlage*) deve ser reformulada neste sentido: “a Administração estava juridicamente *obrigada* a agir?”, ou então, “havia um fundamento imponível do agir administrativo?”.

Sendo certo que, geralmente, a omissão da Administração é danosa para o administrado, mostra imperioso conceber critérios para o controle do não-agir da Administração. E as omissões a serem sindicadas são, principalmente, aquelas relacionadas com situações de fato não descritas na lei (motivo de fato), as quais ensejam a prática de “ato discricionário”, já que as situações de fato descritas na lei (motivo de direito) implicam na prática de “ato vinculado”.

Todavia, com a superação dos critérios de conveniência e oportunidade preconizada pela contemporânea doutrina constitucional do direito administrativo, deve-se compreender o

motivo de fato como a situação fática não descrita em lei que *impõe um dever de agir* à Administração Pública.

Para melhor compreensão, trabalha-se como o seguinte exemplo: imagine-se que determinada via pública está cheia de buracos. Partindo do pressuposto de que tal situação fática não está descrita em lei alguma – ausente, pois, o motivo de direito –, tem-se um motivo de fato (situação não descrita em lei) que *autorizaria* a Administração a agir discricionariamente (por conveniência e oportunidade) – segundo a lição clássica. Entretanto, o motivo de fato não é menos nobre que o motivo de direito, razão pela qual não se pode dizer que, em pleno Estado Constitucional, a Administração possa, frente à situação narrada, simplesmente agir ou não agir por mera “conveniência e oportunidade”.

Ora, no citado exemplo, é um dever da Administração pública agir para corrigir os vícios da estrada, pois se os buracos na pista forem a causa de dano a terceiros, o Estado será responsabilizado pela sua omissão (art. 37, § 6º, CF), de modo que, antes da ocorrência do dano, a Administração tem o dever de evitá-lo, prezando assim o princípio da prevenção (e da precaução) e o “direito à mobilidade urbana eficiente” a que alude o art. 144, § 10, inc. I, CF.

Nessa linha, a Administração possui, no dizer de Freitas (2013, p. 122), “o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar juízos de conveniência ou oportunidade, nos moldes das concepções arcaicas da discricionariedade administrativa”.

Vê-se, portanto, que o *motivo do ato* (de fato ou de direito), mais do que critério de admissibilidade do ato, é, por vezes, circunstância impositiva do agir da Administração, é dizer, *impõe-lhe um dever de agir*, sob pena de inconformidade com os princípios constitucionais orientadores.

A juridicidade do agir (ou não agir) propriamente dita é questão atinente ao conteúdo do ato, e por isso, circunscrita ao terceiro critério proposto por Maurer, a saber, o exame da juridicidade material do ato.

A admissibilidade do ato exposta neste tópico, por si só, não basta para considerá-lo jurídico (*rechtmäßig*) ou constatar que o mesmo é antijurídico (*rechtswidrig*). É necessário investigar se ele é formal e materialmente jurídico.

1.2 A JURIDICIDADE FORMAL DO ATO ADMINISTRATIVO

No direito alemão, entende-se por juridicidade formal do ato administrativo (*formelle Rechtmäßigkeit*) o atendimento aos requisitos de competência (*Zuständigkeit*), procedimento (*Verfahren*) e forma (*Form*) (MAURER, 2006, p. 273).

A Administração atua em conformidade com a juridicidade formal “quando ela é territorial e materialmente competente e observa os preceitos procedimentais e formais” (JURAFORUM (b). Acesso em: 17 jun. 2016).

A juridicidade formal referida por Maurer – e em geral, no direito alemão – significa o atendimento, no direito brasileiro, aos requisitos (formais) de competência e forma.

Quanto à forma, merece especial atenção a chamada motivação do ato (*Begründung des Verwaltungsakts*), que não se confunde, como consabido, com o “motivo”, pois se traduz na *exposição* dos fundamentos de fato e de direito que autorizam a prática do ato em questão.

A motivação constitui garantia do administrado. Do contrário, indaga Mello (2009b, p. 73), “como contestar a validade de um ato se seus motivos, se sua razão de ser, permanecerem ignotos, ocultos? Como impugná-lo, como submetê-lo ao crivo jurisdicional, se forem, desde logo, desconhecidas as bases em que está assentado?”

Nessa linha, a mera invocação, pela Administração, de palavras de ordem como “interesse público” ou “em razão de conveniência e oportunidade” dificulta até mesmo o controle judicial do ato. Para Mello (2009a, p. 968),

Profligamos a extrema ingenuidade de supor que a mera invocação das palavras legais relativas aos fundamentos que o ato deve ter ou finalidades que deve perseguir seja suficiente para subtraí-lo ao exame judicial quando as expressões normativas se revestem de certa generalidade ou imprecisão.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação o art. 489, § 1º do Código de Processo Civil, que, malgrado tenha sido cogitado para o controle da discricionariedade judicial, pode consubstanciar importante critério de sindicância da “discricionariedade administrativa”.

Sob essa ótica, um ato administrativo que se limite a indicar, reproduzir ou parafrasear ato normativo, sem fazer o cotejo com a situação fática subjacente, não pode ser considerado fundamentado – referência ao inc. I do § 1º do art. 489 do CPC.

A propósito, o § 39, “inciso” 1 da Lei alemã de Processo Administrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) dispõe que “na fundamentação devem ser informadas as essenciais razões de fato e de direito levadas em conta pela Administração em sua decisão”.⁴

Do mesmo modo, um ato administrativo que se limite a apresentar conceitos jurídicos indeterminados, como, por exemplo, “interesse público”, não deve ser considerado fundamentado – art. 489, § 1º, inc. II do CPC.

⁴ Tradução livre de “§ 39, 1 [...] In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben [...]”. (VERWALTUNGSVERFAHRENGESETZ. Acesso em: 13 jun. 2016).

Sobre esse particular, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que:

A simples referência à ausência de interesse público não constitui, por si só, motivação suficiente à formação de uma segura conclusão a respeito das razões de denegação da autorização (...), [pois] **o ato administrativo assim proferido, sem motivação suficiente e adequada, impossibilita ao interessado o exercício de seu direito de cidadania de aferir o atendimento dos princípios constitucionais da impessoalidade e da razoabilidade, norteadores da ação administrativa.** (BRASIL. 2005, grifos nossos)

Não há dúvida, portanto, de que a motivação do ato, ainda que ligada a aspectos formais do ato administrativo, desvela o verdadeiro conteúdo do agir da Administração, e, por isso, não deve ser subestimado pelo controle judicial.

1.3 A JURIDICIDADE MATERIAL DO ATO ADMINISTRATIVO

Segundo Maurer (2006, p. 275), a juridicidade material do ato administrativo (*materielle Rechtsmäßigkeit*) corresponde ao “conteúdo do ato administrativo e pede que a regulação, que se expressa no ato administrativo, corresponda às exigências jurídicas”.

Uma vez constatado que a Administração podia agir em determinada circunstância (admissibilidade do ato) por estar presente um fundamento (jurídico) autorizador da atuação, isto é, por estar presente uma situação de fato prevista ou não em lei (motivo de direito e de fato) que autorize (ou imponha) a atuação administrativa, e tendo a Administração agido de modo compatível com a juridicidade formal (por agente competente e com observância da forma), há que se investigar se o conteúdo do agir administrativo está em consonância com o ordenamento jurídico (juridicidade material).

O exame da juridicidade material é, talvez, o mais importante dos critérios de exame da juridicidade do ato administrativo, pois é a partir dele que se analisa a conformidade do conteúdo do ato com o sistema jurídico como um todo, especialmente, com as normas constitucionais.

A juridicidade material do agir ou não-agir da Administração pressupõe a congruência com os princípios gerais e também constitucionais norteadores da Administração, como são aqueles previstos no art. 37, *caput* da Constituição da República, como impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, sem prejuízo de outros esparsos.

Para Di Pietro (1988, p. 172), “quando a Administração se vê diante de uma situação em que a lei lhe deixou um leque de opções, a escolha há de fazer-se com observância dos princípios gerais do direito”.

No mesmo sentido, Freitas (2013, p. 42) põe em relevo para o controle dos atos administrativo princípios como o da eficiência, eficácia, economicidade, precaução, prevenção, proporcionalidade, entre outros.

O princípio da eficiência, eficácia e economicidade, por exemplo, constituem genuíno instrumento de controle da discricionariedade administrativa, os quais, para o citado autor (2013, p. 113), “precisam integrar uma nova abordagem sistemática de controle dos atos administrativos, que dê vida e força aos objetivos e direitos fundamentais”.

O princípio da economicidade está previsto no art. 70 da Constituição, e, segundo o mesmo autor (2013, p. 113), se trata de princípio que “determina a otimização da intervenção pública, no sentido de fazer o mais com o menor custo (direto e indireto)”.

O princípio da eficiência, fruto da Emenda Constitucional nº 19/1998, está previsto no art. 37 da Constituição como princípio geral da Administração Pública, o qual não se confunde com o princípio da eficácia previsto no art. 74 do mesmo diploma.

A eficácia está relacionada com a obtenção de resultados desejados pela Constituição, ao passo que a eficiência designa o *iter* adequado para obtenção desses resultados.

A eficiência consagraria a vedação de meios inapropriados, ao passo que a eficácia colimaria a vedação do descumprimento dos objetivos e metas constitucionais (FREITAS, 2013, p. 113).

Vale dizer que o princípio da eficiência reduz a discricionariedade administrativa, na medida em que, em face de algumas alternativas, a Administração terá que escolher a mais vantajosa, e por isso, constitui também forma de controle do agir administrativo.

Segundo Freitas (2013, p. 112), “tais princípios em bloco vedam, terminantemente, todo e qualquer desperdício, assim como rejeitam as técnicas inapropriadas e, sobretudo, o descumprimento das prioridades constitucionais”.

Os princípios da precaução e da prevenção também sinalizam verdadeiro dever da Administração que acaba por, invariavelmente, reduzir o espaço de decisão e escolha administrativa.

Em relação à prevenção, Freitas (2014, p. 119) averba que a Administração “tem o dever incontornável de agir preventivamente, não podendo invocar meros juízos de conveniência ou oportunidade em sentido contrário”.

Quanto ao princípio da precaução, o autor (2014, p. 119) afirma que se trata do “dever de a administração pública motivadamente evitar, nos limites de suas atribuições e possibilidades orçamentárias, a produção do evento que supõe danoso”.

Não menos relevante no exame da juridicidade material do ato administrativo é o princípio da proporcionalidade (*Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*), que ganha relevo no controle do abuso de discricionariedade, quando, mesmo sendo legítima a finalidade do ato administrativo, o meio (*Maßnahme*) escolhido pela Administração não é adequado (*ungeeignet*), não é necessário (*unerforderlich*) ou não é proporcional (*unangemessen*) (JURAFORUM (c). Acesso em: 15 mar. 2016).

Para Freitas (2013, p. 50), o princípio da proporcionalidade “determina (não apenas exorta) que a Administração Pública “latu sensu” evite agir com demasia ou de modo insuficiente, inoperante ou omissivo na consecução de seus objetivos primordiais”.

E os três critérios aqui cotejados (admissibilidade, juridicidade formal e material), mormente a análise da juridicidade material do ato administrativo, mostram-se extremamente úteis ao controle judicial, que, mais do que nunca, deve ingressar no mérito das omissões lesivas e das atuações insuficientes, tema desenvolvido a seguir.

2. O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO COMO EXPRESSÃO DO PRINCÍPIO DA INFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O direito administrativo constitucional(izado) não é conivente com a subsistência de espaço totalmente inacessível pelo controle judicial. Do contrário, estar-se-ia deferindo à Administração, em pleno Estado Democrático de Direito, espaço ao arbítrio e aos caprichos do administrador. É dizer, estar-se-ia chancelando a corriqueira omissão administrativa inconstitucional.

É porque o controle apenas de legalidade é insuficiente para salvaguardar os direitos fundamentais do administrado, pois, não raro, a legalidade se resume à atribuição de competência, remanescendo amplo espaço para a atuação do Administrador Público.

E as lesões a direito ocorrem, no mais das vezes, nesse amplo espaço deixado pela lei à Administração Pública, de modo que, a partir da regra da inafastabilidade da jurisdição, não há mais como defender-se espaço livre para lesões inapreciáveis judicialmente.

Não se desconsidera que o princípio da inafastabilidade da jurisdição está positivado no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição de 1946 (MARINONI, 2013, p. 761), entretanto, somente com o recente desenvolvimento do constitucionalismo e o prestígio à força normativa da Constituição é possível falar em superação da insindicabilidade do mérito administrativo.

Nesse sentido, para Abboud (2014, p. 120), “o controle do ato administrativo discricionário não deve ficar limitado tão somente as suas especificidades formais, mas principalmente ao seu mérito que é onde, em regra, está a ilegalidade e a inconstitucionalidade do ato”.

Assim, em que pese as resistências doutrinárias e jurisprudenciais que ainda há, é preciso que a clássica doutrina segundo a qual o Judiciário não pode se imiscuir na apreciação do mérito administrativo sob pena de violação do princípio da separação e independência dos poderes, seja definitivamente superada.

Não há princípio absoluto no ordenamento jurídico. A necessária compatibilização do agir administrativo com os (novos) parâmetros trazidos pela vigente Constituição da República sobrepõe-se à absolutização da separação e independência dos poderes.

Ao lado disso, tendo o Brasil adotado o sistema de jurisdição una, qualquer lesão ou ameaça de lesão à direito não pode, como já dito, ser subtraída da apreciação judicial, de modo que a resistente insindicabilidade do mérito administrativo sequer encontra amparo constitucional, sendo contrária, inclusive, à regra expressa no art. 5º, inciso XXXV da Constituição.

E no Brasil, a resistência, ainda hoje, a um controle judicial mais incisivo se deve, em grande medida, à doutrina francesa cultivada por muitos administrativistas pátrios. Ocorre que aquela tradição está fundada no sistema de jurisdição dupla, em que o controle administrativo não é deferido ao Judiciário, mas sim à justiça administrativa.

Sobre o tema, Enterría (2010, p. 23, grifos nossos) afirma que:

Surgirá, justamente, da interpretação atribuída a esse princípio essencial da separação entre a Administração e a Justiça, todo o **peculiar sistema jurídico francês de controle da Administração** o qual findará por definir, paradoxalmente, um **sistema específico de ‘justiça’ administrativa, singular e atípico**.

Para Abboud (2014, p. 121), “o avanço do constitucionalismo implica em necessária redução (*rectius* extinção) dos redutos imunes ao controle jurisdicional. Por conseguinte, o mérito do ato administrativo discricionário é a última fronteira blindada a um exame jurídico-legal-constitucional”.

Enterría (2010, p. 52, grifos nossos), tratando da correspondente regra da inafastabilidade da jurisdição constante da Constituição Espanhola de 1978, averba que “[...] a Constituição tomou partido, **excluindo, definitivamente [do ordenamento jurídico], os últimos redutos que serviam como refúgio de certas pretensões de imunidade da Administração ao controle geral, por parte do juiz**”.

Não se está a defender que o Poder Judiciário se substitua no papel de administrador formulando e implementando ações e políticas públicas. Preconiza-se a sindicância de matriz constitucional dessas (não) escolhas. Em outras palavras, defende-se o acesso do controle judicial ao mérito do ato administrativo violador de direitos fundamentais, especialmente, nos casos de omissão da Administração, com vistas à superação da corriqueira e suposta inconveniência e inoportunidade do agir.

Defende-se, pois, a sindicância da inércia da Administração Pública no cumprimento de seu mister constitucional e das supostas razões discricionárias inconstitucionais do fazer ou não fazer da Administração, em especial no tema das políticas públicas.

A propósito, não é incomum que atrás da suposta conveniência e oportunidade do *não fazer* da Administração esconda-se verdadeiro vício de discricionariedade insuficiente (ou arbitrariedade por omissão), segundo expressão de Juarez Freitas (2014, p. 27), que deve ser sindicada pelo poder judiciário em genuíno exame de (anti)juridicidade.

Para Freitas (2014, p. 27), “a omissão – verdadeiro dardo que atinge o coração das prioridades vinculantes – traduz-se como descumprimento de diligências impositivas”. Acrescente-se: descumprimento de dever de índole constitucional.

O autor cita exemplo do dever de o Poder Público realizar matrícula de crianças em creches. Para o autor (2014, p. 27), a Administração não pode deixar de cumprir tal dever “por mero juízo de conveniência e oportunidade”.

Em casos como este, o ente político sempre alega insuficiência de verbas como subterfúgio ao cumprimento do mister constitucional. Entretanto, se os recursos arrecadados por meio da avassaladora carga tributária não forem capazes de atender às necessidades básicas do administrado, realmente estar-se-á diante de má gestão pública. Sem dúvida estará havendo dispêndio de recursos públicos em superfluidades, em detrimento das prioridades estabelecidas pela própria Constituição.

E diante de tais desarranjos e lesões veladas ao mínimo existencial de milhares de pessoas, o Judiciário não pode simplesmente assistir de forma passiva. Deve comparecer para corrigir as distorções da gestão à brasileira que causa indubitavelmente intoleráveis lesões a direitos, e, diante disso, ingressar no âmago do ato administrativo violador e impulsionar a boa administração pública.

Note-se que, mesmo no sistema contencioso administrativo francês, caiu por terra, nos anos de 1980 e 1990⁵, o dogma da impossibilidade de intervenção na Administração,

⁵ Referência às leis francesas de 16 de julho de 1980 e de 08 de fevereiro de 1995 (ENTERRÍA, 2010, p. 61).

transmutando-se o controle meramente declaratório da Justiça Administrativa para um controle em que se pode estabelecer obrigação de fazer (ENTERRÍA, 2010, p. 61).

Na doutrina e jurisprudência pátrias, a sindicância do mérito administrativo não é tranquila, pois há sempre os que visualizam uma violação ao princípio da separação dos poderes em qualquer intervenção judicial.

Em feliz constatação, França (2011, p. 136-137) anota que:

De modo geral, o controle do mérito do ato administrativo é visto como algo excepcional, fora da regra. Entretanto, o Judiciário deveria encarar tal fenômeno administrativo de forma contrária, isto é: a falta da revisão do ato deveria ser uma excepcionalidade fortemente justificada. Parece que existe um verdadeiro *tabu* ao falar em controle do mérito do ato administrativo, como se fosse o oitavo pecado capital.

Todavia, há que se afirmar que o controle do mérito do ato administrativo é um imperativo do Estado Democrático de Direito. Para Enterría (2010, p. 105), “o novo século em qual acabamos de entrar nos apresenta, portanto, de maneira inesperada, um panorama completamente novo do sistema de justiça administrativa [...] que constitui uma ferramenta essencial para definir um verdadeiro Estado de Direito [...]”.

Abboud (2014, p. 124) averba que, “se no Estado Constitucional a lei deve ser controlada em todos os seus aspectos quando contrária à legalidade (CF + leis) qual a racionalidade em ainda se admitir que o mérito do ato administrativo está blindado a qualquer exame de legalidade/constitucionalidade?”

Portanto, não há mais qualquer justificativa para defesa da insindicabilidade do mérito administrativo, sob pena de, prestigiando-se exacerbada e radicalmente a separação dos poderes, despojar a Constituição e suas promessas de sua força normativa e de sua aplicabilidade imediata; sob pena transformar-se a Constituição em mero pedaço de papel,⁶ em promessas não cumpridas e em direitos irrealizáveis.

Conforme noticia Enterría (2010, p. 64), na França, os legitimados a interpor ação de inconstitucionalidade de leis debateram amplamente sobre a possibilidade de impugnar a lei francesa que reconhecia aos tribunais administrativos a faculdade de efetuar um controle mais drástico na Administração, impondo-a obrigações de fazer.

Na ocasião, averba Enterría (2010, p. 64), “o reconhecimento legislativo explícito de que a possibilidade de os tribunais contenciosos administrativos executarem, diretamente, suas próprias decisões e impô-las coativamente a uma Administração recalcitrante afigurava-se como uma ambição efetiva e indiscutível da justiça”.

⁶ Expressão de Ferdinand Lassalle *In*: HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. FABRIS: 1991. p. 2.

E continua o autor espanhol (2010, p. 64, grifos nossos):

As vetustas, convencionais e elaboradas explicações que pretendiam justificar a privação destes poderes de execução foram, sem mais, abandonadas, de forma que o **reconhecimento de uma verdadeira instância jurisdicional plena em face da velha e indefesa jurisdição contenciosa administrativa** foi celebrado, abertamente, pela opinião [pública], pelos partidos e pelos juristas como um **aperfeiçoamento necessário e inclusive imprescindível**.

Em interessante julgado do Superior Tribunal de Justiça colocou-se em debate a possibilidade (ou não) de “o Judiciário, diante de omissão do Poder Executivo, interferir nos critérios da conveniência e oportunidade da Administração para dispor sobre a prioridade da realização de obra pública voltada para a reparação do meio ambiente, no assim chamado mérito administrativo, impondo-lhe a imediata obrigação de fazer?” (BRASIL. Acesso em: 11 fev. 2017).

A conclusão a que chegaram os ministros foi que, naquele caso, não andara bem o Tribunal *a quo* ao deixar de impor obrigação de fazer ao Estado, consubstanciada em fazer cessar as causas do dano ambiental, sob a mera alegação de que se tratava de ato administrativo discricionário insuscetível de ingerência do Poder Judiciário.

Segundo pontuou a relatora, “a tendência, portanto, é a de **manter fiscalizado o espaço livre de entendimento da Administração**, espaço este gerado pela discricionariedade” e que, “dentro desse novo paradigma, **não se pode simplesmente dizer que, em matéria de conveniência e oportunidade, não pode o Judiciário examiná-las**” (BRASIL. Acesso em: 11 fev. 2017, grifos nossos).

Analisando o julgado citado, Ribas e Castro (2015, p. 105) sustentam que, “se o Estado deixar de adotar medidas necessárias à realização de preceitos da Constituição, sob o mero fundamento de conveniência e oportunidade, estaria abstendo-se de cumprir o dever que lhe fora imposto, o que constitui uma violação negativa ao texto constitucional”.

Para a relatora, “**aos poucos, o caráter de liberdade total do administrador vai se apagando da cultura brasileira e, no lugar, coloca-se na análise da motivação do ato administrativo a área de controle**” (BRASIL. Acesso em: 11 fev. 2017, grifos nossos).

Em casos como o enfrentado no julgado em questão tem-se a figura da “redução a zero da discricionariedade” (*Ermessensreduzierung auf Null*), na medida em que, em verdade, a Administração não podia decidir discricionariamente pela tomada ou não de medidas de proteção ao meio ambiente, pois estava vinculada a uma finalidade constitucional, qual seja, a proteção do meio ambiente.

A propósito, Ribas e Castro (2015, p. 103) averbam que “é nesse sentido que a doutrina mais moderna já vem admitindo que, dependendo do caso concreto, a

discricionariiedade pode ser reduzida a zero, uma vez que os princípios constitucionais poderiam suprir por completo a margem de atuação da administração”.

Pode-se dizer também que, em tais casos, a Administração é despida da “discricionariiedade de decisão” (*Entschliessungsermessen*), na medida em que não dispõe da faculdade de *decidir* “se” (“ob”) vai, ou não, agir, já que é-lhe imposto um dever de agir – aqui, portanto, uma discricionariiedade vinculada juridicamente (*rechtgebundenes Ermessen*).

Na situação fática em análise somente remanesce à Administração a “discricionariiedade de escolha” (*Auswahlermessen*) entendida como a faculdade de escolher (*auswählen*) “como” (“wie”) irá atingir a finalidade constitucionalmente desejada.

A análise do caso acima citado também parece corroborar com a alegada superação da dicotomia entre poder discricionário e poder vinculado, pois revela a existência de graus de vinculação da Administração à finalidade constitucional (proteção ao meio ambiente), já que em tais casos o espaço de liberdade da Administração se restringe a escolher “como” (“wie”) atingir o objetivo posto.

Como já dito, a aceitação de um espaço decisório exclusivo e imune à qualquer controle externo colide com o próprio princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois o âmbito da conveniência e da oportunidade do agir da Administração constitui o espaço mais propício a lesões a direitos (fundamentais) do administrado, não havendo, por isso, falar-se em limitação do controle do ato administrativo apenas aos aspectos formais e de legalidade.

Em outras palavras, nos sistemas de jurisdição única, é inerente ao conceito de jurisdição (*juris-dictio*) a ideia de que lesões ou ameaças de lesão a direito não escapam à apreciação jurisdicional (inafastabilidade do controle judicial).

Em segundo lugar, a própria teoria da separação dos poderes concebe o exercício das funções estatais típicas como freios e contrapesos (*checks and balances*), não sendo razoável inadmitir que o Judiciário exerça certo controle sobre o Executivo para, por vezes, retirar-lhe de sua inércia (contrapesos) ou para contê-lo nos excessos de sua atuação antijurídica (freios).

Nessa toada, França (2011, p. 136) leciona que:

Apenas quando o aspecto subjetivo do mérito administrativo for atingido e reformulado pelo Judiciário, sem uma fundamentação suficientemente consistente para demonstrar objetivamente o desrespeito deste ato a valores do direito, estar-se-á diante da ofensa ao princípio da tripartição dos Poderes.

É evidente que somente é possível cogitar-se da sindicância do mérito administrativo a partir da constitucionalização do direito administrativo, oportunidade em que se experimentou uma ampliação do princípio da legalidade, de modo que a Administração

passou a dever obediência não mais somente à lei, mas também a outras normas, como os princípios com assento na Constituição (RIBAS; CASTRO. 2015, p. 106).

Para Costa (2005, p. 49), “o mérito dos atos que concretizam (ou não concretizam) políticas públicas é suscetível de controle judicial, excepcionalmente”. E continua:

As técnicas jurídicas que podem viabilizar, legitimar e conferir consistência a tal controle são diversas. Mencionam-se as mais expressivas e já consolidadas em nosso Direito: as teorias dos motivos determinantes e do desvio de finalidade, bem como os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Daí a importância de assimilação do controle de juridicidade do ato administrativo como mecanismo de suma importância na avaliação da conformidade do agir (ou não agir) da Administração com o sistema jurídico como um todo, especialmente, na avaliação da conformidade material ou substancial do fazer ou não fazer administrativo.

CONCLUSÃO

Partiu-se do pressuposto de que o Judiciário tem sido cada vez mais instado a se manifestar sobre as omissões lesivas e atuações insuficientes da Administração, o que quase sempre esbarra na questão da sindicabilidade judicial do mérito administrativo.

Diante disso, sinalizou-se a necessidade de rechaçarem-se definitivamente as “imunidades” da Administração, uma vez que o Poder Judiciário não pode assistir passivamente a violações de direitos, sob pena de menoscabo ao direito fundamental consagrado no art. 5º, XXXV, CF.

E essa “plenitude jurisdicional” capaz de “outorgar aos cidadãos uma justiça plena e efetiva” (ENTERRÍA, 2010, p. 106) não prescinde de critérios para aferição da (anti)juridicidade do ato administrativo, como são a admissibilidade, juridicidade formal e juridicidade material, extraídas da doutrina da Hartmut Maurer e trabalhadas na primeira parte deste artigo.

Sinalizou-se que, a despeito daqueles três critérios, o mais relevante para o controle aqui tratado é a investigação da (anti)juridicidade material do ato, o que pode desvelar a sua (não)conformidade propriamente dita com o sistema jurídico como um todo.

Ou seja, a antijuridicidade material do ato pode desvelar-se no descumprimento de algum dever fundamental imposto à administração (v.g. garantia de educação infantil em creche e pré-escola às crianças de até 5 anos de idade – art. 208, inc. IV, CF) ou mesmo da inobservância de algum princípio constitucional em determinadas escolhas do gestor público (v.g. eficiência e eficácia).

E a assimilação do paradigma da juridicidade e do correspondente controle em substituição ao conceito limitado e restrito (ainda que no inconsciente do operador) pode ser determinante para que o Judiciário afirme a Constituição e efetive as suas promessas.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, Georges. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: revista dos tribunais, 2014.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica Sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, n. 13, mar./maio 2008. Disponível em: <file:///C:/Users/Adeilson/OneDrive/P%C3%93S%20GRADUA%C3%87%C3%83O/MATERIAL%20PARA%20MONO/A%20constitucionaliza%C3%A3o%20do%20direito%20administrativo%20no%20Brasil%20-%20GUSTAVO-BINENBOJM.PDF>. Acesso em: 09 mar. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no MS 9.944/DF**, Relator Min. Teori Albino Zavascki, Publicado no DJ em 13 jun. 2005. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=553087&num_registro=200401224610&data=20050613&formato=PDF>. Acesso em: 11 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão no Recurso Especial nº 429.570/GO**, Relatora: Eliana Calmon. Publicado no DJe em 22 mar. 2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=441598&num_registro=200200461108&data=20040322&formato=PDF>. Acesso em: 11 fev. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28. ed. ver., amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

COSTA, Flávio Dino de Castro e. A função realizadora do poder judiciário e as políticas públicas no Brasil. REVISTA CEJ. Brasília, v. 9, n. 28, p. 40-53, jan./mar. 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. **Discrecionariedade administrativa na constituição de 1988.** 2.ed., 4. reimp. – São Paulo: Atlas, 2007.

ENTERRÍA, Eduardo García. **As transformações da justiça administrativa:** da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Uma mudança de paradigma? Trad. Fábio Medina Osório. Apres. Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Belo horizonte: Fórum, 2010.

FRANÇA, Phillip Gil. **O controle da administração pública:** discrecionariedade, tutela jurisdicional, regulação econômica e desenvolvimento. 3. ed. rev., atual., e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Ato administrativo e interesse público:** gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo. 2. ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais.** 5. ed. rev. e amp., São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. **Direito fundamental à boa administração pública.** 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2014.

JURAFORUM (a). Die Zulässigkeit. Disponível em:
<<http://www.juraforum.de/lexikon/zulaessigkeit>>. Acesso em: 17 jun. 2016

_____. (b) Behördliche Entscheidungen: Materielle Rechtmäßigkeit. Disponível em:
<<http://www.juraforum.de/lexikon/mat-rechtmaessigkeit-behoerdlicher-entscheidungen>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

_____. (c) Ermessen. Disponível em: <<http://www.juraforum.de/lexikon/ermessen>> Acesso em: 15 mar 2016.

LASSALLE, Ferdinand. *In:* HESSE, Konrad. **A força Normativa da Constituição.** Trad. Gilmar Ferreira Mendes. FABRIS: 1991.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao art. 5º, XXXV. *In:* CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral.** Tradução de Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. e atual. até a EC 57 de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009a.

_____. **Grandes Temas de Direito Administrativo**. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2009b.

RECHTSLEXIKON. Disponível em: <http://www.rechtslexikon.net/d/leistungsverwaltung/leistungsverwaltung.htm>. Acesso em: 23 jun. 2016.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionário. **Revista de Direito Administrativo – RDA**, Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan./abr. 2015.

VERWALTUNGSVERFAHRENGESETZ. § 39, 1. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>. Acesso em: 13 jun. 2016.