I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

EDITH MARIA BARBOSA RAMOS

JANAÍNA RIGO SANTIN

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM

Copyright © 2020 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

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

Coordenadores: Edith Maria Barbosa Ramos

Janaína Rigo Santin

José Sérgio da Silva Cristóvam – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-026-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constituição, cidades e crise

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. I Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA III

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Administrativo e Gestão Pública III, durante o I ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 23 a 30 de junho de 2020. Cabe ressaltar a magnitude do evento diante do momento presente, no qual vivenciamos uma das maiores pandemias da história - a Covid-19. E mesmo diante de tantas adversidades atingiu seu escopo com grande sucesso. O encontro ofereceu aos participantes conferências, painéis e grupos de trabalho de elevadíssima qualidade, reunindo um amplo, qualificado e diversificado conjunto de pesquisadores de todas as regiões do país, com produções científicas marcadas pela destacada pertinência acadêmica e substancial importância empírica.

Os trabalhos apresentados abriram caminho para importantes discussões relacionadas aos campos temáticos do GT, em que os participantes (professores, pós-graduandos, agentes públicos e profissionais da área jurídica) puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político, social e econômico vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central do evento – CONSTITUIÇÃO, CIDADES E CRISES. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente dos setores socioambiental, estatal e de mercado.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, tendo sido apresentados no GT 20 (vinte) artigos de boa qualidade, selecionados por meio de avaliação por pares. Os trabalhos ora publicados foram divididos em três eixos temáticos: Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade; Discricionariedade administrativa e segurança jurídica; Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública.

No tocante aos diversos Sistemas de Controle da Administração Pública e Improbidade, 8 (oito) artigos enfrentaram temas que trataram de questões ligadas 1) Análise do controle judicial da atuação administrativa discricionária sob a luz do paradigma do Estado Democrático de Direito e a constitucionalização do Direito Administrativo (Cleonácio Henrique Afonso Silva, Davi Prado Maia Oliveira Campos e Daniel Ferreira dos Santos); 2) Espetacularização do Controle e o Déficit de eficiência nas políticas de desapropriação (Sílzia Alves Carvalho e Daniel Lopes Pires Xavier Torres); 3) Limites Impostos pela

LINDB ao poder sancionador exercido pela Corte de Contas potiguar(José Anderson Souza de Salles); 4) O perigo do controle judicial sobre os atos normativos regulatórios discricionários das agências reguladoras federais, quando exorbita a sua legitimidade constitucional de atuação e substitui o administrador (Carolina Feitosa Cruz Cabral); 5) O assédio moral na Administração Pública como ato de improbidade: o direito à dignidade humana no trabalho (Marlisa Ramos de Oliveira, Giovana Tognolo Vilela Macedo e Felipe Pedroso dos Santos); 6) Das sanções administrativas no âmbito das licitações (Renata Souto Rocha e Sarah Lara Alves Martins); 7) O controle (não) consensual dos acordos firmados na fase inquisitória e preparatória à ação de improbidade administrativa (Flávia Baracho Lotti Campos de Souza), e 8) A responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos frente aos seus usuários: uma análise crítica sobre o tema (Sandro Eduardo Roussin Soares).

O próprio volume de trabalhos apresentados nesta temática demonstra a sua importância e a relevância que os sistemas de controle e enfretamento à improbidade administrativa representam para a consolidação do paradigma do Estado democrático de direito, no sentido de conciliar as tensões entre a legitimidade da gestão pública e as esferas socioestatais.

Com relação ao eixo Discricionariedade administrativa e segurança jurídica, foram apresentados os trabalhos 1) Discricionariedade administrativa: o conceito de interesse e a falsa concepção da supremacia a priori do interesse público (Sérgio Augusto Veloso Brasil); 2) Reflexões sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper (Gláucia Milagre Menezes e Ricardo Torres Oliveira); e 3) Segurança Jurídica e estabilização na interpretação de normas de conteúdo indeterminado na atividade administrativa (Carlos Henrique Benedito Nitão Loureiro e Ivan Lira de Carvalho). Assim, o administrador público, com intuito de proporcionar a prestação de serviços à sociedade civil não pode afastar-se da necessária e imprescindível submissão aos termos legais e constitucionais. Os trabalhos demonstram profundidade teórica e preocupação com a garantia dos direitos fundamentais, trata-se de tema atual e pujante na Administração Pública, assim merece atenção especial dos estudiosos do Direito Administrativo e da gestão pública.

Em terceiro momento, destaca-se o eixo Direito regulatório, eficiência e a moderna gestão pública, com um conjunto de 9 (nove) artigos que abordaram diferentes aspectos da temática, quais sejam: 1) O direito ao erro do administrador público e o dever de precaução (Fernando Angelo Ribeiro Leal); 2) Regulação paternalista em tempos de pandemia (André Martins Bogossian); 3) O princípio da eficiência na atividade regulatória brasileira (Ana Flávia Lins Souto); 4) A força normativa das agências reguladoras no Estado brasileiro: similitudes e diferenças do modelo americano (Kelly Helena Santos Caldas, Miriam Coutinho de Faria

Alves e Tâmis Hora Batista Fontes Couvre); 5) A aplicação analógica da nova Lei Geral das Agências Reguladoras ao regime especial de autarquias tradicionais (Daniela dos Santos Ferreira de Almeida); 6) Exigibilidade constitucional da sustentabilidade nas contratações públicas: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência (Salete Oro Boff e Dionis Janner Leal); 7) Controvérsia na aplicação da obrigatoriedade de contratação dos egressos do sistema prisional nas licitações públicas (Melissa Lara Andrade); 8) Gestão de Parques Urbanos Municipais por particulares; reflexões sobre a utilização da concessão de serviço público à luz da experiência do município de São Paulo (Juliana Patricio da Paixão) e 9) A competência do Poder Executivo estadual para decretar o fechamento de rodovias e aeroportos durante o estado de calamidade (Lucas Fagundes Isolani e Rafael Clementino Veríssimo Ferreira). Os autores destacaram os principais teóricos da atualidade, bem como as construções legislativas mais modernas e importantes. Percebeu-se uma análise detalhada e analítica sobre as principais questões abordadas.

Diante da pluralidade e diversidade do arcabouço normativo e jurisprudencial utilizado, percebeu-se a profundidade das pesquisas e a responsabilidade das investigações, proporcionando uma análise sistemática e verticalizada das temáticas selecionadas.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração e desejamos a todos ótima e proveitosa leitura!

Profa. Dra. Edith Maria Barbosa Ramos - Universidade Federal do Maranhão

Profa. Dra. Janaína Rigo Santin - Universidade de Passo Fundo e Universidade de Caxias do Sul

Prof. Dr. José Sérgio da Silva Cristóvam - Universidade Federal de Santa Catarina

Nota técnica: O artigo intitulado “Reflexão sobre a aplicabilidade do princípio da segurança jurídica no processo administrativo em face da teoria científica de Karl Raimund Popper” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito "Instituições Sociais, Direito e Democracia" - Universidade FUMEC, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Direito Administrativo e Gestão Pública III apresentados no I Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (https://www.indexlaw.org/), conforme

previsto no item 8.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ANÁLISE DO CONTROLE JUDICIAL DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA SOB A LUZ DO PARADIGMA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO

ANALYSIS OF THE JUDICIAL CONTROL OF DISCRICTIONARY ADMINISTRATIVE ACTION UNDER THE LIGHT OF THE PARADIGM OF THE DEMOCRATIC STATE OF LAW AND THE CONSTITUTIONALIZATION OF ADMINISTRATIVE LAW

Cleonacio Henrique Afonso Silva [1]
Davi Prado Maia Oliveira Campos [2]
Daniel Ferreira Dos Santos [3]

Resumo

O estado democrático de direito e a constitucionalização do direito mudaram o papel do Poder Judiciário quanto ao controle judicial da discricionariedade administrativa. Este artigo analisa a possibilidade de controle judicial de atos discricionários além do aspecto formal da legalidade. A pesquisa tem natureza bibliográfica e descritiva, tratando-se os temas de forma qualitativa, através de métodos racionais de argumentação e reflexão. Concluiu-se que o Poder Judiciário teve sua função ampliada, permitindo intervenção na discricionariedade para verificar a observância de princípios e valores estabelecidos constitucionalmente.

Palavras-chave: Controle judicial, Discricionariedade, Estado democrático de direito, Constitucionalização, Legalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The democratic rule of law and the constitutionalization of law changed the role of the Judiciary in terms of judicial control of administrative discretion. This article analyzes the possibility of judicial control of discretionary acts in addition to the formal aspect of legality. The research has a bibliographic and descriptive nature, treating the themes in a qualitative way, through rational methods of argumentation and reflection. It is concluded that the Judiciary Power had its function expanded, allowing intervention in the discretion to verify the observance of constitutionally established principles and values.

---

[1] Mestrando em "proteção dos direitos fundamentais" pela UIT - Universidade de Itaúna/MG. Bacharel em Direito pela FAVAG - Faculdade Vale do Gorutuba. Servidor Público no DEPEN/MG.

[2] Mestrando em “Proteção dos Direitos Fundamentais” pela Fundação Universidade de Itaúna/MG. Bacharel em Direito pela Fundação Universidade de Itaúna/MG.

[3] Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNIFIPMoc. Mestrando em “Proteção dos Direitos Fundamentais” pela Universidade de Itaúna/MG. Supervisor de estágio no Núcleo de Assistência Judiciária (NPJ) no Centro Universitário UNIFIPMoc.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial control, Discretionary, Democratic state, Constitutionalization, Legality

1 INTRODUÇÃO

O surgimento e evolução do Estado de Direito provocou diversas mudanças no ordenamento jurídico a na forma de a Administração Pública atuar perante a sociedade. A atuação Estatal apresenta um quadro histórico de evolução, porquanto partiu de uma situação de intangibilidade contra qualquer controle externo para uma atuação controlada por leis, princípios e valores constitucionais.

O problema da pesquisa situa-se no conflito entre a necessidade de impedir arbitrariedades na atuação administrativa discricionária e o princípio da separação dos poderes, bem como o Poder Discricionário da Administração.

Neste sentido, objetiva-se, com o presente trabalho, analisar a possibilidade e limites do controle jurisdicional de atos administrativos discricionários, além de demonstrar se essa ingerência coaduna-se com os paradigmas atuais do Estado Democrático de Direito e constitucionalização do direito administrativo.

A justificativa deste estudo se encontra na importância de se verificar a intervenção judicial na esfera da discricionariedade, pois a existência desta margem de liberdade da administração contribui para a satisfação do interesse público e do bem estar coletivo, mas também pode gerar abusos e arbitrariedades, o que não se espera numa sociedade que seja orientada pelo Estado Democrático de Direito.

A pesquisa feita neste artigo tem natureza bibliográfica e descritiva. Os temas serão tratados de forma qualitativa, por meio de métodos racionais de argumentação e reflexão, a partir de um referencial de obras relevantes de autores como Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antonio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e outros.

O estudo se inicia por uma sucinta análise histórica da evolução do Estado de Direito, visando compreender o processo de constitucionalização do direito administrativo, destacando-se o alargamento das funções jurisdicionais do Poder Judiciário, bem como o ganho de força normativa dos princípios e valores fundamentais que sustentam o estado democrático de direito.

O segundo capítulo fornece subsídios conceituais para entender o que se caracteriza como Discricionariedade Administrativa, contribuindo para compreender o foco desta pesquisa que se encontra na parte seguinte.

Posteriormente, aprofundou-se no objetivo principal do trabalho, ou seja, analisar a possibilidade e os limites do controle judicial da discricionariedade e mérito administrativo da

atuação estatal, tendo como base os princípios constitucionais e constitucionalização do Direito.

Ao final, são apresentadas as conclusões, tendo em vista os parâmetros da doutrina moderna, apontando-se o papel exercido pelo poder judiciário na fiscalização e análise da atuação discricionária do Estado sob a ótica do Constitucionalismo e do Estado Democrático de Direito.

2 EVOLUÇÃO DO ESTADO DE DIREITO

Analisar o controle judicial dos atos administrativos requer um estudo histórico a respeito da evolução dos modelos de Estado de Direito e o desenvolvimento do Poder Judiciário em relação aos demais poderes. Este estudo retrospectivo é necessário, pois assim será possível visualizar o processo de constitucionalização do direito administrativo, evolução que sustenta o novo papel do Judiciário frente às demandas sociais no século XXI. Não se pretende aqui esgotar o assunto sobre a evolução histórica do Estado, mas apenas apontar o que é relevante para compreensão do objeto da pesquisa.

A chegada da segunda fase do Estado Moderno, momento em que se instaurou o Estado de Direito, deixando para trás o Estado Absolutista, o qual não se submetia à lei ou qualquer tipo de controle. O Estado de Direito desenvolveu-se ao longo da história em três fases, sendo a primeira o estado liberal de direito, em seguida o estado social de direito e, por fim, o atual estado democrático de direito.

O período liberal surgiu à época da revolução Francesa e Revolução Norte-Americana, em meados do século XVIII. Esse período significou a vitória do liberalismo econômico proposto pela burguesia, o que resultou na mitigação do papel do Estado em favor da valorização das liberdades individuais da pessoa. (MAGALHÃES, 2002, p. 62-63)

Neste tempo, a burguesia passou a deter o poder político, pautando-se em leis que solidificavam a soberania popular em desfavor do grande poder que era conferido ao Estado no regime absolutista.

A ideia do Estado liberal é de que a intervenção do estado deve ser a mínima possível na sociedade, para que o mercado possa estimular as forças de produção, destacando-se os cidadãos mais capazes. Precisava ser garantida plena liberdade ao cidadão para que ele possa escolher o seu destino. O individualismo caracterizava-se como melhor forma de progresso para sociedade. (AGRA, 2018, p. 55).

As constituições do período liberal estabeleciam direitos individuais protegendo a pessoa contra as condutas do Estado, limitando o direito de um sujeito ao direito de outro. (MAGALHÃES, 2002, p. 63).

A preocupação neste período era a proteção da liberdade individual, pois o cidadão passou a ser reconhecido com direitos fundamentais. A função do Estado era primordialmente abstencionista, negativo, ou seja, seu escopo era proteger a propriedade e liberdade do indivíduo. (DI PIETRO, 2012, p. 2).

Esse período do liberalismo formulou vários princípios que objetivavam proteger o cidadão contra o poder público: separação dos poderes, igualdade e legalidade. Assim, o Estado não concentrava mais um poder absoluto, como era no Estado de Polícia, pois surgiu a tripartição dos poderes que dividia as competências. Assim assevera Miguel Seabra Fagundes:

> O Estado, uma vez constituído, realiza os seus fins por meio de três funções em que se reparte a sua atividade: legislação, administração e jurisdição. A função legislativa liga-se aos fenômenos de formação do direito, enquanto as outras duas, administrativa e jurisdicional, se prendem à fase de sua realização. Legislar (editar o direito positivo), administrar (aplicar o direito de ofício) e julgar (aplicar a lei contenciosamente) são três fases da atividade estatal, que se completam e se esgotam em extensão. (FAGUNDES, 2010, p. 3).

Desta forma, no Estado Liberal o direito foi visualizado como uma ordem, um sistema fechado de regras, pois as leis de forma geral e abstrata atestavam os direitos subjetivos de cada pessoa. (OLIVEIRA, 2002, p. 57-58).

Neste contexto, consolidou-se o princípio da legalidade, pois ninguém poderia ter sua liberdade de ir e vir tolhida senão em virtude legal. A administração pública também se vinculou à legalidade, porém em sentido estrito, de forma que ela podia fazer tudo que a lei não proibisse, o que se chamou de vinculação negativa da administração. (DI PIETRO, 1991, p. 15).

Sobre aqueles pontos em que a lei não regulava, o poder público possuía então discricionariedade para atuar, a qual era considerada intangível pelo controle judicial. O poder judiciário se restringia a resolver conflitos entre particulares ou entre estes e a administração pública, fazendo simples subsunção da norma ao caso concreto. (OLIVEIRA, 2002, p. 57).

O período liberal no Brasil foi marcado pela Constituição de 1891, estabelecendo os direitos individuais contra o Estado e legalidade, conforme se depreende do seu art. 72:

> A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: § 1º Ninguem pode ser obrigado a fazer, ou deixar fazer alguma cousa, senão em virtude de lei. (BRASIL, 1891)

Esta constituição solidificou a função do Poder Legislativo de elaborar as leis, além de conferir um Poder Discricionário à administração pública, mas ainda era um poder não passível de controle, o que mudou apenas no modelo de Estado explicado na sequência.

O advento da Primeira Guerra Mundial começou a provocar mudanças no anseio da sociedade em relação ao estado de direito. O paradigma liberal começou a se tornar insuficiente e sofrer diversas críticas, pois não promovia igualdade e justiça social.

No século XIX, com a crise do capitalismo concorrencial e da economia no período industrial, o estado se viu obrigado a mitigar a liberdade contratual, pois se tornou necessário garantir mais dignidade às classes operárias, as quais sofriam muitas injustiças de exploração, devido ao momento de crise e exploração que a sociedade vivenciava, surgindo assim o Estado Social. (BARBOZA, 2007, p. 141).

Neste sentido, Paulo Bonavides perfilha que:

> O auge da crise vem documentado pela Constituição de Weimar. As declarações de direitos, as normas constitucionais ou normas-princípios, não importa o teor organizativo ou restritivo que possam ter, se volvem basicamente para a Sociedade e não para o indivíduo; em outros termos, buscam desesperadamente reconciliar o Estado com a Sociedade, intento cuja consequência imediata estampa o sacrifício das teses individuais. Logrou-se esse sacrifício em uma batalha travada por duas teses constitucionais; uma, a do Estado liberal, em decadência; outra, a do Estado social, em ascensão. (BONAVIDES, 2004, p. 231).

Alargaram-se as funções do Estado, de forma que este passou a intervir em atividades econômicas e sociais, sem deixar de respeitar os direitos fundamentais, separação dos poderes e poder político popular. (CARVALHO, 2008, p. 82-83).

Mudou-se o papel do Estado, houve a necessidade de intervenção social visando assegurar igualdade aos cidadãos. O foco do princípio da liberdade deslocou-se para o princípio da igualdade como orientador do Estado.

A constituição de 1934 que marcou, no Brasil, o período social, visto que ela ampliou e fortaleceu a atuação do Estado para abranger áreas econômicas e sociais. O poder executivo ganhou destaque, pois passou a atuar em maiores atividades. (RIBAS; CASTRO, 2015, p. 89).

Neste período social, o princípio da legalidade sofreu mudanças como: a) influenciada pelo positivismo jurídico, a atividade administrativa começou a se submeter a lei, substituindo-se a “vinculação negativa” pela “vinculação positiva”, ou seja, antes a administração podia fazer tudo que a lei não proíbe, mas agora só pode fazer o que a lei permite; b) a discricionariedade continuou mantida, mas passou a ser limitada pela lei; c) o afastamento do direito natural e a valorização do direito positivo, a lei passou a ter

importância pelo seu conteúdo de normativo, independente do seu conteúdo de justiça; d) como consequência às mudanças já citadas, o controle judicial era exercido apenas formalmente, não analisando princípios ou valores constitucionais. (DI PIETRO, 2012, p. 3-4).

Deste modo, a ampla discricionariedade que fora conferida à administração no período liberal atenuou-se em favor de um controle de legalidade, noutras palavras, o controle judicial poderia ser exercido na atuação administrativa apenas quando extrapolasse a legalidade.

No século XX, o Estado social começou a se tornar insuficiente para atender à pressão da sociedade para prover as prestações sociais exigidas. Surgiram movimentos em defesa de minorias que não tinham seus direitos materialmente atendidos e, em conseqüência, o Poder Executivo começa a perder força, já que não conseguia atender satisfatoriamente às demandas. (BARBOZA, 2007, p. 146-147).

Neste cenário surge o Estado Democrático de Direito e o poder judiciário passa a ter primazia na sociedade contemporânea, pois é chamado a intervir na proteção de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, mas não implementados pela Administração.

A Constituição de 1988 consolidou um novo modelo de Estado, permeado por princípios, o que é possível perceber logo em seu art. 1º:

> 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: I — a soberania; II — a cidadania; III — a dignidade da pessoa humana; IV — os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa; V — o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988).

O advento desta constituição demonstrou uma maior preocupação com os princípios explícitos e implícitos no texto constitucional, que consagram valores sociais como liberdade, moralidade, igualdade, segurança, desenvolvimento e outros.

Houve um alargamento do sentido da lei, pois esta passou a ser vista não apenas pelo aspecto formal, mas também pelo aspecto material, ou seja, a lei tem o papel de realizar valores estabelecidos constitucionalmente. O Estado Legal é suprimido pelo Estado de Direito, significando que toda Administração pública e sociedade se submetem também aos ideais de justiça e valores fundamentais da sociedade moderna. (DI PIETRO, 2012, p. 5).

O princípio da legalidade, antes entendido como estrita observância da legislação expressa, transforma-se em constitucionalidade, ou seja, o princípio não se resume apenas a textos da lei ou Constituição, mas inclui essencialmente princípios jurídicos não necessariamente explícitos. (OMMATI, 2019, p. 84).

O positivismo jurídico e todo seu formalismo perde força no novo Estado de Direito, uma vez que o Estado Legal se transforma em Estado Constitucional, demonstrando-se uma preocupação com diversos valores que devem ser observados na atuação estatal, que agora não se submete à lei apenas em sentido formal, mas principalmente aos princípios e valores constitucionais. (CADEMARTORI; OLIVEIRA, 2016, p. 177).

O Estado de Direito instituído na Constituição de 1988 vai além, pois, segundo informa José Emílio Medauar Ommati, os princípios próprios do estado democrático de direito, estabelecidos na atual constituição, denotam um Estado de Direito na sua forma mais rica, o modelo de integridade, que se apresenta da seguinte maneira:

> Assim, afirma, por exemplo, que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (parágrafo único do artigo 1º, CF°/88); além disso, afirmou textualmente que nos constituímos em Estado Democrático de Direito (caput do artigo 1º da CF/88); estabelece como fundamentos da República Federativa a dignidade humana, cidadania, pluralismo político (incisos II, III, e V, do artigo 1º, CF/88), afirmou a interdependência, controle recíproco e harmonia entre as funções do Estado em seu art. 2º, sem contar nos próprios objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estabelecido no artigo 3º do Texto Constitucional que visam justamente a construir uma comunidade de princípios entre nós, tal como teorizado por Ronald Dworkin. Além de tudo isso, ainda estruturou politicamente o nosso Estado em uma Federação, organização política que favorece e muito esse conjunto principiológico do Estado de Direito. (OMMATI, 2019, p. 24).

Diante do aumento valorativo dos princípios, o estado democrático de direito acentuou o processo de constitucionalização do direito administrativo. A lei, que antes era o único e último fundamento da atividade administrativa, tornou-se apenas um dos princípios do sistema de juridicidade estabelecido na constituição. (BINENBOJM, 2008, p. 70).

No novo sistema jurídico-político, o judiciário se torna um instrumento de resgate dos direitos não realizados pelo executivo ou legislativo, expressando a vontade do direito positivo e dos princípios constitucionais. (STRECK, 2004, p. 39).

Assim surgiu o processo de judicialização, oriundo da nova concepção de direito constitucional no pós-positivismo jurídico. Esse paradigma reconhece a expansão da jurisdição constitucional e também a força normativa dada a Carta, carregada de princípios e regras jurídicas. (BARROSO, 2005, p. 3).

A constituição, em seu art. 5º inciso XXV, ao estabelecer o princípio da inafastabilidade da jurisdição, vincula o judiciário a julgar qualquer violação da constituição e seus valores. (BRASIL, 1988).

O princípio da inafastabilidade da jurisdição supramencionado, em conjunto com a relação de interdependência entre os poderes, prevista no art. 2º da Constituição (BRASIL, 1988), promovem a expansão do papel do judiciário em efetivar direitos constitucionais e

aplicar os princípios do direito. Assim, o judiciário, protegendo a democracia e suas concepções políticas, reprime possíveis abusos de poder, arbitrariedade, corrupção, omissões e injustiças praticadas pela administração pública.

Esse novo papel assumido pelo judiciário provocou diversos questionamentos no que se refere ao alargamento do controle jurisdicional na esfera da administração pública, especialmente na discricionariedade administrativa. Surge a pergunta, poderia o Judiciário analisar o mérito dos atos administrativos discricionários além do aspecto da legalidade?

Neste sentido, o presente trabalho analisa a atuação jurisdicional sobre os atos discricionários proferidos no âmbito da administração pública, tendo em vista a égide do estado democrático de direito e a perspectiva constitucionalista do direito. Entretanto, antes de adentrar no foco da presente contenda, faz-se necessário explicar do que se trata a discricionariedade na Administração Pública, possibilitando o entendimento do objeto da pesquisa.

3 DISCRICIONARIEDADE NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A administração pública possui meios específicos de externar suas ações, o que a doutrina denomina como atos administrativos. Objetivando explicar a discricionariedade da administração pública e como ela se caracteriza, faz-se necessário definir primeiramente o que são os atos administrativos e quais são os seus elementos.

Existem vários conceitos na doutrina, mas o ato administrativo pode ser melhor definido como uma declaração do Estado ou de quem o esteja representando que produz efeitos jurídicos, mas com observância da lei, permeada por regime jurídico de direito público e sujeita ao controle do Poder Judiciário. (DI PIETRO, 2019, p. 456).

Ensina Odete Medauar (2018, p. 134) que os atos administrativos se tratam de uma manifestação de vontade, um modo de expressão das decisões da administração pública, principalmente as que produzem efeitos jurídicos no sentido de reconhecer, modificar, extinguir ou impor direitos e obrigações, observando-se o princípio da legalidade.

Para que seja válido, o ato administrativo precisa se compor de alguns elementos, os quais são apresentados sucintamente a seguir: agente competente, motivo, objeto, forma, fim. Agente competente ou, como diz outros doutrinadores, sujeito, é o agente público legalmente competente para praticar o ato administrativo; motivo significa as circunstâncias de fato e os elementos de direito que justificam a realização daquele ato; objeto se refere ao conteúdo do ato administrativo, o resultado prático pretendido pelo agente público; forma é o modo como se realiza o ato e a exteriorização da vontade administrativa; fim é a conseqüência final

pretendida pelo administrador público, a qual está vinculada ao interesse público, impedindo intenções pessoais com o ato administrativo. (MEDAUAR, 2018, p. 135-137).

Completado o ato administrativo com os elementos supracitados, ele se reveste de alguns atributos específicos como: presunção de legitimidade (o ato é presumidamente legítimo de acordo ordenamento jurídico até que se prove o contrário); tipicidade (o ato administrativo deve estar previsto em lei, não pode ser uma invenção do administrador público); imperatividade (os atos administrativos são impostos perante à sociedade); autoexecutoriedade (podem ser executados diretamente pela administração pública, exceto em alguns casos). (FURTADO, 2013, p. 215-217)

Os atos administrativos possuem várias classificações, mas neste trabalho interessa a classificação quanto à margem de atuação, vinculada ou discricionária. Consoante Hely Lopes Meirelles, o ato vinculado é aquele em que a lei determina os requisitos e critérios de realização do mesmo, não havendo outras opções possíveis ao administrador senão a prevista em lei. Por outro lado, discricionário é aquele ato em que a lei deixou margem de escolha para administração, com liberdade de escolha do conteúdo, destinatário, conveniência, oportunidade. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 191-192).

Atos vinculados são os que devem ser praticados em estrita observância do que expressa a lei, não havendo espaço para subjetividade, ou seja, o agente não faz escolhas e simplesmente cumpre o que a lei ordena. Mas em outras situações, o legislador optou por deixar certo espaço de atuação para o agente público, permitindo que ele escolha dentre alternativas fundamentadas na própria lei. Quando a administração atua desta forma, denomina-se ato administrativo discricionário.

Segundo entendimento majoritário da doutrina, os elementos motivo e objeto podem ser discricionários, caso não estejam especificados na lei. O agente pode determinar a circunstância de fato ou direito que é motivo para prática do ato. Quando o ato é vinculado, este motivo já vem previsto em lei, mas quando é discricionário fica a cargo do administrador a escolha dos motivos.

Henrique Gaspar Mello de Mendonça cita como exemplo de discricionariedade a autorização para uso de um terreno público municipal, situação em que o prefeito invoca oportunidade (festa de padroeiro da cidade) e satisfação do interesse público do direito ao lazer para realização do evento. Como exemplo de ato vinculado, Mendonça faz alusão à aposentadoria compulsória que, restando comprovado de forma documental os requisitos da norma, o poder público não pode adotar outro comportamento senão a aposentadoria do

servidor, pois a lei determina os elementos de fato e de direito bem como a atitude que o agente deve adotar. (MENDONÇA, 2019, p. 172).

O Poder Discricionário da Administração e os atos discricionários têm como fundamento o fato de que o legislador não possui a capacidade de prever todas as situações fáticas possíveis diante da dinamicidade da atuação cotidiana da administração pública, mesmo que a lei fosse casuística. A discricionariedade fundamenta-se, portanto, na complexidade e variação de problemas que o Poder Público tem que solucionar diante da demora da lei em responder às situações fáticas novas. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 193).

Celso Antônio Bandeira de Mello perfilha sobre discricionariedade:

> Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de suprir o dever de adotar a solução mais adequada a satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.(MELLO, 2010, p. 48).

A discricionariedade administrativa está relacionada, desta forma, com a margem de liberdade que o agente público tem para realização de atos administrativos, sendo essa margem mais ampla nos atos classificados como discricionários, mas totalmente mitigada nos atos vinculados, uma vez que a conduta a se adotar está prevista expressamente na lei.

Discricionariedade e mérito administrativo são dois conceitos importantes que a doutrina apresenta e que se assemelham, mas possuem distinção. A discricionariedade se traduz na liberdade conferida legalmente ao administrador para decidir diante do caso concreto. Ao passo que o mérito administrativo integra a discricionariedade e se trata do juízo de conveniência e oportunidade que será realizado para escolha da melhor solução diante da margem permitida por lei. (FURTADO, 2013, p. 529-530).

Exercer o mérito administrativo significa, portanto, a avaliação pela Administração do o que é mais conveniente e oportuno, mas sem deixar de observar parâmetros legais e o interesse público como finalidade principal. Pensando em um cenário em que não houvesse discricionariedade e o mérito administrativo, restaria prejudicado o bem estar coletivo, pois a Administração estaria totalmente presa em conceitos pré-determinados em lei que, às vezes, não atendem ao que demanda a sociedade em dado momento.

Observando-se que a Discricionariedade é necessária à viabilização da atuação estatal, cumpre destacar que o Estado deve promover a proteção e implementação dos direitos fundamentais. A atividade estatal precisa-se pautar no paradigma do constitucionalismo, ou

seja, o ordenamento se alinha às normas explicitas e implícitas da Constituição Federal. Assim, a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, pois a administração tem como finalidade última o interesse público e o bem estar da coletividade. (CADEMARTORI; OLIVEIRA, 2016, p. 181-183)

O uso arbitrário ou abusivo da discricionariedade conferida à administração pública gera, consequentemente, controle pelo Poder Judiciário, pois este exerce o papel de proteção dos valores e normas previstas constitucionalmente. Contudo, a possibilidade dessa interferência judicial no mérito e nos atos discricionários apresenta diversas controvérsias na doutrina. A legalidade e os limites desse controle judicial dos atos discricionários serão analisados no capítulo seguinte, a partir de teorias condizentes com o paradigma do Estado Democrático de Direito e da constitucionalização do direito administrativo.

4 CONTROLE JUDICIAL DA ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA DISCRICIONÁRIA

Explicado o que se caracteriza por discricionariedade administrativa e Poder Discricionário na Administração Pública, indispensáveis à compreensão desta pesquisa, analisa-se, por fim, a sindicabilidade ou controle judicial da discricionariedade administrativa, sob à luz da evolução do estado democrático de direito e do constitucionalismo, os quais foram introduzidos no primeiro capítulo.

Sabe-se que o controle dos atos administrativos pode ser exercido pela própria administração pública, caracterizado pelo poder de autotutela, consagrados nas súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal.[1] Entretanto, a controvérsia não está no controle exercido fora da administração pública, mas sim na possibilidade e limites do controle realizado pelo judiciário naqueles atos revestidos de discricionariedade administrativa.

A inicial blindagem da discricionariedade contra qualquer controle exógeno foi se atenuando conforme a evolução dos paradigmas do direito. Conforme visto anteriormente, os modelos anteriores de Estado de Direito não permitiam que o Judiciário apreciasse ato praticado no exercício da discricionariedade administrativa. Constituía proibição a revisão judicial dos critérios de mérito adotados pelo administrador público. (CUNHA, 2012, p. 299).

---

[1] Súmula 346 do Supremo Tribunal Federal: “A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos”. Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: “A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.” Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 10 Abr. 2020.

Contudo, o progresso do Estado de Direito tem mostrado uma tendência de ampliação do controle dos atos discricionários da administração pelo Judiciário, assim como aduz jurisprudência dos tribunais superiores. (CARDOSO, 2017, p. 21-22).

A constitucionalização do direito implicou um ganho de força dos princípios e, conforme explica Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 987), a violação de princípios é bem mais grave do que infringir outra norma qualquer, pois o desrespeito aos princípios significa ofensa não apenas a um mandamento específico, mas a todo um sistema jurídico, subvertendo seus valores fundamentais.

Fundamentado pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, consagrado no artigo 5º, inciso XXXV da CF/88, o judiciário brasileiro tem se utilizado de princípios e direitos contemplados na Constituição para contornar as omissões do executivo e legislativo, de modo a conferir soluções mais adequadas aos ideais de justiça do estado democrático de direito. (BRASIL, 1988).

O antigo mérito administrativo, cuja integridade era intangível contra controle externo, sofre um estreitamento, tendo em vista a incidência direta de princípios constitucionais, ao passo que o controle judicial se alarga. (BINEBOJM, 2008, p. 71).

A arguição de discricionariedade administrativa, ou de que o mérito administrativo é blindado contra controle, não afasta a viabilidade de apreciação do ato pelo poder judiciário. (FURTADO, 2019, p. 531).

Visando melhor compreensão da temática, faz-se necessário apontar teorias subjacentes ao controle judicial, demonstrando-se a ampliação da sindicabilidade judicial que coíbe abusos de poder pela administração. É possível visualizar ao menos três teorias que demonstram a possibilidade dessa interferência na discricionariedade, quais sejam a legalidade enquanto juridicidade, teoria dos motivos determinantes e desvio de poder ou finalidade.

A teoria do desvio de poder ou finalidade, contribuição do direito francês, destaca a vinculação dos atos estatais ao atendimento do interesse público, tendo em vista que o Estado é constituído para promover o bem comum. Neste sentido, perfilha Celso Antonio Bandeira de Mello que a função da administração pública é gerir interesses coletivos, o que pressupõe agir em prol da coletividade e não em benefício próprio. O poder discricionário conferido à administração pública nada mais é do que um instrumento para realização do interesse coletivo, caracterizando-se mais como um dever do que um poder. (MELLO, 2012, p. 97).

O poder administrativo discricionário não é, portanto, uma carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais. Os atos das autoridades devem ser

compatíveis com o interesse público, caso contrário, sujeitam-se à nulidade. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 120).

Vinculando a finalidade dos atos praticados pela administração pública ao interesse público, a teoria do desvio de poder ou finalidade contribui com a ampliação do controle jurisdicional, visto que este irá analisar se o ato atende ao interesse público.

O desvio de poder ou finalidade caracteriza-se quando a autoridade, apesar de atuar no limite de sua competência, realiza o ato com finalidade distinta daquela objetivada pela lei ou interesse público. O desvio de finalidade ou poder traduz violação ideológica da lei, pois se utiliza de fins imorais para prática de atos administrativos.

São exemplos de desvio de finalidade quando, por exemplo, uma autoridade decreta desapropriação fundada em utilidade pública mas visando, na verdade, realizar interesse próprio de favorecer alguém com a posterior transferência do imóvel expropriado; ocorre desvio quando uma autoridade outorga permissão que não atende interesse coletivo; da mesma forma é desvio quando se classifica um concorrente em licitação por favoritismo bem como quando administração compra veículo com características diversas do que se necessita para o serviço a ser realizado. (MEIRELLES; BURLE FILHO, 2016, p. 123).

Confirmando a ampliação do controle jurisdicional na discricionariedade, o instituto da ação popular estabelecido na constituição pelo art. 5 inciso LXXIII, permite a revisão de ato lesivo à moralidade administrativa, entre outros casos. (BRASIL, 1988). No mesmo sentido, a lei nº 4.717/65 que regulamenta a ação popular, em seu art. 2º, prevê a nulidade dos atos lesivos ao patrimônio de entidades públicas quando há inexistência dos motivos que fundamentam o ato, bem como o desvio de finalidade, caracterizado quando o agente pratica ato com finalidade distinta da lei. (BRASIL, 1965).

Portanto, o desvio de finalidade ou desvio de poder habilita o poder judiciário a exercer controle sobre o ato que vai contra a finalidade da lei. Não se pode mais decidir pautado em motivos particulares, favorecimentos ou perseguições, pois tudo está vinculado ao interesse público. (CAMBI, 2016, p. 307).

Outra teoria importante a se analisar é a teoria dos motivos determinantes, a qual veio a permitir o exame dos fatos ou motivos que levaram à realização do ato administrativo. Essa teoria informa que os fatos que foram utilizados como motivo para prática de determinado ato integram a validade do mesmo. (MELLO, 2015, p. 412).

Quando o judiciário intervém para analisar a causa, este verifica se a relação entre o motivo e o conteúdo estão de acordo com a finalidade legal, ou seja, se guarda pertinência e

nexo com a decisão de acordo com a finalidade pública que deve atender. (MELLO, 2010, p. 403).

A atuação discricionária possui limites, sendo que a exposição dos motivos viabiliza a análise de sua validade. Ausentes os motivos, o gestor público não cumpre os requisitos necessários para se utilizar daquela competência de praticar o ato administrativo. (CADEMARTORI, 2016, p. 186)

O judiciário poderá, então, conforme teoria dos motivos determinantes, reexaminar os pressupostos fáticos e analisar as provas com a finalidade de constatar se o agente público atuou nos limites da discricionariedade, pois os motivos indicados para prática do ato devem ser verdadeiros e condizentes com a legalidade em sentido amplo.

Por último, mas que promove maior ampliação do controle judicial sobre a atuação administrativa, é a concepção moderna de legalidade enquanto juridicidade. Essa concepção de legalidade, conforme já foi visto anteriormente, pautada no Estado Democrático de Direito e na Constitucionalização do direito, inclui os princípios constitucionais no conceito de legalidade, diferente do que ocorria no passado quando legalidade era entendida em sentido estrito.

Segundo Rafael de Carvalho Rezende Oliveira (2015), a juridicidade estabelece que todos os atos do estado devem estar pautados não apenas nas leis, mas sim no direito como um todo, incluindo os princípios implícitos ou não na constituição federal. Assim, a juridicidade aumenta o escopo do controle judicial no ato discricionário.

Marcelo Alexandrino e Vicente de Paulo exemplificam uma situação em que um agente público de fiscalização, aparentemente respaldado pela lei, aplica penalidade desproporcional e desarrazoada, excedendo seu poder discricionário ao violar outros princípios jurídicos:

> Imagine-se que um agente da vigilância sanitária de um município, em visita a um grande supermercado, encontrasse em uma prateleira alguns pacotes de uma determinada marca de biscoitos uns dois ou três dias fora do prazo de validade. O agente, então, como sanção administrativa, decreta a interdição do estabelecimento por 15 dias. Uma lei do hipotético município determina como possíveis sanções para estabelecimentos que ofereçam à população alimentos inadequados ao consumo, aplicáveis a critério da autoridade administrativa, conforme a gravidade e as conseqüências da infração: a) multa; b) apreensão e destruição das mercadorias impróprias; e c) interdição do estabelecimento por até 15 dias (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 135).

Neste caso elencado, por exemplo, percebe-se que o ato administrativo atendeu à legalidade em sentido estrito, contudo não se coaduna com demais princípios jurídicos como

impessoalidade, razoabilidade e proporcionalidade, que devem nortear a atuação administrativa.

Outro exemplo, extraído da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, aponta viabilidade de análise dos atos administrativos sob aspecto da moralidade e razoabilidade:

> Administrativo e Processo Civil – Ação Civil Pública – Obras de Recuperação em Prol do Meio Ambiente – Ato Administrativo Discricionário. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigi-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (REsp 429570/GO, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11.11.2003, DJ 22.3.2004.).

Deste modo, a discricionariedade fica vinculada não apenas à lei em sentido estrito, como ocorria no positivismo jurídico, mas principalmente ao direito, abrangendo todos princípios jurídicos e valores estabelecidos na constituição.

A intervenção jurisdicional, objetivando atender a legalidade em sentido amplo, bem como as demais teorias abordadass neste capítulo, passa a envolver o exame da finalidade, dos motivos e da observância dos princípios e valores constitucionais.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto neste trabalho, percebe-se que o processo de constitucionalização do direito e o modelo de Estado democrático de direito ampliaram as funções do Poder Judiciário na sociedade atual, pois tornaram a Constituição e sua carga principiológica aplicáveis de forma ampla e direta, inclusive no âmbito administrativo.

O poder discricionário conferido à administração pública que, no início se revestia de uma blindagem contra qualquer tipo de controle externo, passa a ser sujeito de controle pelo poder judiciário, o qual fiscaliza a observância de princípios fundamentais explícitos ou não.

A constitucionalização do direito administrativo trouxe em si teorias que estreitaram a margem da discricionariedade administrativa e alargaram o espectro da função jurisdicional, quais sejam: teoria dos motivos determinantes, teoria do desvio de poder ou finalidade e a concepção de legalidade enquanto juridicidade, permitindo ao judiciário analisar de forma mais profunda os critérios utilizados na discricionariedade administrativa.

Em decorrência de todo o exposto, pode-se afirmar que a atuação estatal, englobando atos administrativos discricionários, sob a ótica do Estado Democrático de direito e

constitucionalização do direito administrativo, torna-se passível de controle judicial visando à implementação dos direitos e valores fundamentais estabelecidos constitucionalmente.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 20. ed. São Paulo: Método, 2012.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Revista Jus Navigandi.** Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/7547. Acesso em: 08 abr. 2020.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, RJ: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em 30 mar. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 27 mar. 2020.

BRASIL, **Lei nº 4.717 de 29 de junho de 1965**. Regula a ação popular. Brasília, DF: Congresso Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 07 abr. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **Recurso Especial 429.570/GO.** Administrativo e Processo Civil. Ação Civil Pública. Obras de recuperação em prol do meio ambiente. Ato administrativo discricionário. Relatora: Min. Eliana Calmon, 11 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=429570&&tipo_visualizacao=LISTACOMPLETA&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true. Acesso em: 03 abr. 2020.

BRASIL**,**Supremo Tribunal Federal. **Súmula 346**. A Administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos. Brasília: DF, 1964 Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 10 Abr. 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula 473**. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. Brasília: DF, 1969. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumula/anexo/Enunciados_Sumulas_STF_1_a_736_Resumido.pdf. Acesso em: 10 Abr. 2020.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; OLIVEIRA, Vitória Cristina. Constitucionalização do Direito Adminitrativo e a Sindicabilidade do Ato Discricionário. **REI – Revista de Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 168-191, jul. 2016. doi: https://doi.org/10.21783/rei.v2i1.38. Disponível em: https://www.estudosinstitucionais.com/REI/article/view/38/48. Acesso em: 07 de Abr 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2016.

CARDOSO, Henrique Ribeiro. **O paradoxo da judicialização das políticas públicas de saúde no Brasil**: um ponto cego no direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Kildare Gonçalves de. **Direito constitucional**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CUNHA, L. J. C. da. Controle Judicial do Poder Discricionário. **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo**, v. 3, p. 291 – 308, Nov. 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Da constitucionalização do direito administrativo: reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa. **Atualidades Jurídicas – Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.** Belo Horizonte, 2012. Disponível em: https://www.editoraforum.com.br/noticias/da-constitucionalizacao-do-direito-administrativo-reflexos-sobre-o-principio-da-legalidade-e-a-discricionariedade-dministrativa/. Acesso em: 04 de Abr 2020.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. atual. Belo Horizonte : Fórum, 2013.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Direito constitucional**. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno.** 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel. **Direito Administrativo Brasileiro.** 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2 ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2012

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDONÇA, Henrique Gaspar Mello de. **O Poder Discricionário e o controle de juridicidade dos atos administrativos**. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI: Direito Administrativo e Gestão Pública I. fls. 169-185. Goiânia: 2019.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Forense, 2015.

OMMATI, José Emílio Medauar. **Uma teoria dos direitos fundamentais.** 6. ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2019.

RIBAS, Carolline Leal; CASTRO, Gustavo Almeida Paolinelli de. O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. **RDA – Revista de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro, v. 268, p. 83-116, jan. 2015. doi: http://dx.doi.org/10.12660/rda.v268.2015.50736. Disponível em: http://bibliotecadigital. fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/50736/49534. Acesso em: 14 Abr. 2020.

STRECK , Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.