

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI

SÉRGIO URQUHART DE CADEMARTORI

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

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

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

D597

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

Coordenadores: Mateus Eduardo S. N. Bertoncini; Sérgio Urquhart de Cademartori – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-586-7

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

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II

Apresentação

O Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito promoveu em Salvador, nos dias 13 a 15 de junho de 2018, o XXVII Encontro Nacional do CONPEDI, congresso inspirado no tema “Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural. Novamente, professores, pesquisadores e estudantes brasileiros e estrangeiros, reunidos em 63 grupos de trabalho na tradicional Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, protagonizaram mais um evento da pós-graduação em Direito de grande sucesso científico e humano, ambientado na histórica, culturalmente diversa, luminosa e acolhedora cidade de Salvador, capital do Estado da Bahia.

Os participantes do GT 51, de Direito Administrativo e Gestão Pública, coordenado pelos professores doutores Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertocini (UNICURITIBA) e Sérgio Urquhart de Cademartori (UNILASALLE), assistiram as apresentações de 12 trabalhos científicos, seguidas de amplo e democrático debate, com a participação de todos os presentes, numa ambiência demarcada pela dialeticidade e harmonia, que só fez crescer e aprofundar as reflexões sobre os artigos previamente aprovados ao menos por dois avaliadores doutores do CONPEDI, frutos de pesquisas desenvolvidas em diversos programas de mestrado e doutorado em Direito no Brasil.

A relação de textos apresentados e respectivos autores é a seguinte: (1) “Legalidade, discricionariedade e boa-fé: a revisão de insalubridade do executivo federal”, de Anália Tâmara Câmara Santos Lemos e Fabiano André de Souza Mendonça; (2) “Fundo de Garantia por Tempo de Serviço para temporários e comissionados: dever da Administração Pública ou descumprimento da Constituição Federal?”, de Renata Pinto Coelho Vello; (3) “Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional: existe de fato uma liberdade decisória do gestor público insindicável pela tutela jurisdicional?”, de Kate de Oliveira Moura Surini e Leonardo Medeiros Junior; (4) “Espaço de atuação discricionária reduzido nos atos de nomeação para cargos oriundos de concurso público”, de Raiano Tavares de Oliveira; (5) “Responsabilização do Estado em razão dos atos praticados por multidões”, de Fernanda Resende Severino e Bruno Martins Teixeira; (6) “A Teoria Neoinstitucionalista do processo e o controle processual da discricionariedade administrativa: conjecturas e proposições”, de Marcos Paulo Andrade Bianchini; (7) “Administração Pública, jurisdição constitucional e vedação ao nepotismo: a construção normativa do STF na Súmula Vinculante n. 13 e a salvaguarda dos princípios da moralidade e impessoalidade

administrativa”, de Vinicius Filipin; (8) “O direito de regresso na responsabilidade civil extracontratual do estado”, de Ana Paula Marques de Souza e Ana Paula Pimentel Araújo; (9) “A responsabilização empresarial na Lei Anticorrupção à luz do princípio do non bis in idem”, de Eduardo Martins de Lima e Flávia Cristina Mendonça Faria Da Pieve; (10) “As relações entre Estado e empresas no Brasil na perspectiva do regime jurídico de licitações: burocracia e formalismo no interesse da atividade empresarial”, de Francisco Cardozo Oliveira e Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini; (11) “Repercussões da reforma do Poder Judiciário sobre a Administração Pública federal”, de Diogo Lopes Cavalcante e Higor Oliveira Fagundes; e (12) “Mediação na Administração Pública municipal: aplicação da Lei 13.140/2015 às municipalidades”, de Giovani da Silva Corralo e Danubia Desordi.

Discricionariedade, agentes públicos, improbidade administrativa, concurso público, responsabilidade do Estado, controle, nepotismo, Lei Anticorrupção, princípios da Administração Pública, licitações, relações público-privadas firmadas pelo Estado e mediação na Administração Pública foram os temas sensíveis discutidos no Grupo de Trabalho, a indicar a permanente transformação do Direito Administrativo brasileiro desde o advento da Constituição de 1988, disciplina jurídica que não mais se satisfaz com verificações puramente normativas, mas que se revela em toda a sua complexidade também a partir de análises filosóficas, sociológicas, antropológicas, pragmáticas, dialéticas, sistêmicas e críticas, conforme o leitor denotará apreciando os trabalhos apresentados, em mais esta autorizada publicação do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI.

Boa leitura a todos!

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini - UNICURITIBA

Sérgio Urquhart de Cademartori - UNILASALLE

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JURISDICIONAL:
EXISTE DE FATO UMA LIBERDADE DECISÓRIA DO GESTOR PÚBLICO
INSINDICÁVEL PELA TUTELA JURISDICIONAL?**

**ADMINISTRATIVE DISCRETION AND JURISDICTIONAL CONTROL: IS THERE
IN FACT A DECISION-MAKING FREEDOM OF THE PUBLIC ADMINISTRATOR
UNSUITABLE FOR JUDICIAL PROTECTION?**

**Kate de Oliveira Moura Surini ¹
Leonardo Medeiros Junior ²**

Resumo

O artigo analisará o tema do controle do mérito administrativo pelo Estado-juiz. Inicialmente, far-se-ão breves comentários a respeito da má compreensão do que seja efetivamente a discricionariedade administrativa, revelando uma crise conceitual que transita entre dois extremos. Em seguida, tratar-se-á sobre o controle dos atos administrativos discricionários pelo Judiciário. Mais adiante, abordar-se-á os limites ao controle jurisdicional face aos atos administrativos discricionários no contexto de judicialização. Portanto, importante refletir se as decisões judiciais estariam invadindo ou não o mérito administrativo. Na elaboração do artigo, utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica e procedimento metodológico indutivo.

Palavras-chave: Discricionariedade administrativa, Legitimação democrática, Crise conceitual, Judicialização, Controle jurisdicional

Abstract/Resumen/Résumé

The article will analyze the subject of administrative merit review by the State-judge. Initially, brief comments will be made regarding the misunderstanding of what administrative discretion is effectively, revealing a conceptual crisis that transits between two extremes. Next, it will deal with the control of discretionary administrative acts by the Judiciary. Further, it will address the limits to jurisdictional control over discretionary administrative acts in the context of judicialization. It is therefore important to reflect whether or not judicial decisions are invading administrative merit. In the elaboration of the article, theoretical-bibliographic research and methodological inductive procedure were used.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Administrative discretion, Democratic legitimization, Conceptual crisis, Judiciary, Jurisdictional control

¹ Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Endereço eletrônico: kateoliveiram@hotmail.com.

² Servidor Público Estadual e Professor. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Professor do Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Endereço eletrônico: leonardomjunior@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O tema da discricionariedade administrativa sempre foi objeto de grandes embates na doutrina brasileira, principalmente por seu conceito revelar-se dinâmico na história. Denota-se uma forte relação do seu conceito com o da legalidade.

A amplitude de escolhas do gestor público na concretização da função administrativa do Estado está diretamente relacionada a amplitude do conceito de legalidade vigente.

De mais a mais, deve-se compreender que existe uma má compreensão do que seja efetivamente a discricionariedade administrativa, pois, não raras vezes, sua percepção transita entre dois extremos.

Para a corrente mais moderna, concebe-se a discricionariedade administrativa como a ampla margem de liberdade ao administrador na busca da solução do caso concreto, levando-se em consideração a dinamicidade da vida. A segunda corrente é orientada pela Constituição e pelo direito positivo, que limita a discricionariedade administrativa aos princípios constitucionais, na medida em que sustenta que inexistiria ato discricionário, já que todo ato administrativo só existe enquanto poder infralegal, e, portanto, falar em ato discricionário seria um equívoco terminológico.

Além desse debate, há também toda uma conjectura em torno da possibilidade e dos limites ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Enquanto a doutrina majoritária sustenta que o mérito administrativo não é passível de controle de Poder Judiciário, não raras vezes nos deparamos com decisões judiciais que invocam os princípios constitucionais para sustar o ato administrativo discricionário, sob o argumento de que a discricionariedade administrativa ultrapassou os limites legais da razoabilidade.

A discussão ganhou maior ênfase diante de um contexto de grave crise econômica, em que cada vez mais litígios são levados ao Poder Judiciário, e, concomitantemente, se percebe o aumento do número de decisões judiciais que invadem o mérito administrativo, revelando uma atuação do magistrado como um verdadeiro gestor, fazendo escolhas que não lhe caberia, na medida em que desconsidera a ínsita margem de liberdade dada pela lei exclusivamente ao administrador no caso concreto.

Assim, mostra-se salutar discutir sobre o controle do mérito administrativo pelo Estado-juiz nos dias hodiernos, no intuito de se estabelecer limites à atuação jurisdicional, de sorte a não violar o princípio elementar da separação dos poderes.

Na elaboração do artigo, utilizou-se pesquisa teórico-bibliográfica e procedimento metodológico indutivo

1. A CRISE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: ENTRE DOIS EXTREMOS

Sabe-se que nunca foi possível atingir um consenso no conceito doutrinário de discricionariedade.

O jurista e filósofo alemão Karl Engisch asseverou que “o conceito de discricionariedade (poder discricionário) é um dos conceitos mais plurissignificativos e mais difíceis da teoria do Direito” (ENGISCH, 2001, p. 214).

Entretanto, em que pese possui uma forte carga plurissignificativa, o conceito de discricionariedade administrativa revela-se dinâmico na história¹.

Assim, diante dessa evolução histórica, é possível asseverar a existência de uma ligação direta entre o conceito de discricionariedade administrativa com a dimensão do conceito de legalidade na Constituição vigente à época. Quanto mais se amplia o conceito de legalidade, mais se reduz a amplitude do aspecto discricionário do ato administrativo. (FRANÇA, 2017, p. 157).

No mesmo sentido, Schirato afirma que:

A ampliação da noção de legalidade trará como consequência o aumento do campo de apreciação do Poder Judiciário. A partir do momento em que são incluídos no âmbito da legalidade outros valores que não apenas a verificação da compatibilidade do ato com a norma criadora da competência, admite-se a análise do Judiciário de questões dantes consideradas insertas exclusivamente no mérito dos atos administrativos, quebrando-se o paradigma da insindicabilidade do mérito dos atos administrativos. (SCHIRATO, 2008, p. 14).

¹ “No período do Estado Liberal de Direito, a legalidade somente se aplicava a uma esfera restrita de atuação administrativa, naquilo que dissesse respeito às restrições aos direitos individuais; em tudo o mais, a Administração Pública era livre para agir; ela dispunha de ampla margem de discricionariedade. Nesse período, a legalidade significava a sujeição à lei editada pelo Parlamento, que era visto como o único ente que representa a vontade geral do povo. Com o Estado Social de Direito, houve um fortalecimento do Poder Executivo, com a outorga de novas funções na área social e econômica e, paralelamente, com a atribuição de competência normativa, envolvendo a possibilidade de editar normas com força de lei (medidas provisórias, regulamentos autônomos, decretos-leis, leis delegadas ou outras modalidades). (...) Com o Estado Democrático de Direito, conforme assinalado, a legalidade passou a significar a sujeição ao Direito (lei, valores, princípios).” (DI PETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011. p.32)

Versando sobre o poder discricionário na obra “Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial”, o professor Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o poder discricionário como o campo de liberdade, deixado pelo legislador, para o administrador escolher a maneira pela qual deve proceder no caso concreto, fazendo uso de uma apreciação subjetiva, com o fito de atingir a finalidade legal (MELLO, 2015, p. 436)².

Todavia, em que pese a larga doutrina sobre o assunto, chama a atenção a má compreensão do tema, muitas vezes confundido como ampla e irrestrita margem de liberdade ao administrador.

Tendo como parâmetro o princípio da legalidade, Celso Antônio (MELLO, Celso Antônio, p. 99-100) esclarece que o grande problema do Estado de Direito foi subjugar completamente a ação do Estado a um quadro normativo, como se toda a atuação estivesse contida *ipsi litteris* na norma.

De fato, ao perceber a atividade administrativa como uma atividade essencialmente infralegal, resta evidente que ela é muito mais submissa a um quadro normativo do que a atividade de particulares.

Desse modo, o poder discricionário só existe enquanto poder infralegal e, portanto, jamais poderia significar ausência de lei, até porque, não se admite atividade administrativa que não esteja previamente autorizada na previsão legal.

Aqui, oportuno trazer as considerações de Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho (CERQUINHO, 1979, p. 50) ao sustentar que se há parâmetros legais quando se fala em discricionariedade, há vinculação no que concerne à legitimidade. Logo, não se poderia falar em ato verdadeiramente discricionário. Seria uma impropriedade terminológica.

Por esse viés de análise, há uma patente equívoco em entender os institutos do Direito Administrativo em torno da ideia de poder, quando o correto seria enquadrá-los na ideia de dever (finalidade a ser alcançada).

Nesse íterim, a consciência de poder discricionário tem de estar atrelada ao “cumprimento do dever de alcançar a finalidade legal”, a configurar, assim, um dever discricionário (MELLO, 1992, p. 15).

² O conceito de discricionariedade administrativa de Celso Antônio se distancia um pouco daquele sustentado pela professora Maria Sylvania Zanella di Pietro. Na visão desta, a discricionariedade administrativa consiste na “faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e escolher uma entre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito” (PIETRO, Maria Sylvania Zanella Di. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67). Ou seja, todas as opções, desde que dentro da moldura legal, são válidas para o Direito; ao contrário do professor Celso Antônio que advoga que dentre a multiplicidade de alternativas dadas ao administrador, apenas uma seria a mais correta, diante daquele determinado caso concreto.

Diante da ideia de cumprimento de uma finalidade legal, dois questionamentos podem surgir. Primeiro, qual seria essa finalidade legal? Segundo, como conciliar essa relativa margem de liberdade do administrador com a obrigação de cumprir uma obrigação legalmente constituída?

Tendo por base o princípio da legalidade (ou da juridicidade³), é a lei que determina os fundamentos e os limites da atividade administrativa com o fito de se atingir o interesse público⁴.

Entre a lei e a atividade administrativa há uma patente relação de subordinação, de sorte que na administração impera a finalidade e não a vontade. Nesse sentido, as funções administrativas se revestem de verdadeiros deveres-poderes, orientando a atividade do administrador às finalidades preestabelecidas pelo Poder Legislativo, poder competente para definir os objetivos públicos, bem como traçar as finalidades públicas e os meios, por meio dos quais os objetivos serão alcançados.

Outrossim, cumpre destacar que apesar da possibilidade da lei regular com precisão a conduta do agente público ante uma situação de fato, isso não é o que acontece, ou seja, essa situação não é comum. Em verdade, o normal é que o legislador faça uso de conceitos vagos e indeterminados ou deferem margem de liberdade ao administrador, mediante um juízo subjetivo, para agir ou não agir, em qual momento, e de que modo.

Na realidade, conforme alertado por Almiro do Couto e Silva (SILVA, 1990, p. 3), em um Estado Contemporâneo, mostra-se impensável que a lei regule pormenorizadamente todas as nuances da vida em sociedade, revelando-se essencial a utilização de conceitos jurídicos indeterminados para permitir à Administração resolver de formas diversas uma mesma situação, diante do caso concreto.

Sobre a discricionariedade administrativa, Seabra Fagundes esclarece que:

³ Interessante trazer à tona os apontamentos feitos pelo professor Vladimir da Rocha França no sentido de que: “O princípio do Estado Democrático de Direito determina que nenhuma competência estatal exista e seja válida sem prévia norma jurídica, bem como que o exercício do poder estatal deve ser feito em conformidade com ela. Assim, ele se apresenta como juridicidade.” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. Princípio da legalidade e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. **Revista de informação legislativa – RIL**, Brasília, v. 51, n. 202, abr./jun. 2014, p. 8).

⁴ A respeito do interesse público, o professor Vladimir França elucida que: “Mediante a Constituição e a lei, define-se o interesse público e delimita-se, positiva e negativamente, a ação para a sua persecução; na regra administrativa, há o preparo e delimitação, no caso específico, da ação material que trará sua satisfação; e, pela regra jurisdicional, assegura-se integridade ao ordenamento jurídico, especialmente quando atua o Estado na consecução de interesse público” (FRANÇA, Vladimir da Rocha. A função administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 12, outubro/novembro/dezembro, 2007, p. 9). No entanto, é difícil se aferir o que seria o interesse público ante uma multiplicidade de interesses públicos aos cuidados de muitos órgãos e entidades públicas. (SUNDFELD. Carlos Ari, *Direito Administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 68).

Com a competência discricionária, o legislador outorga à autoridade administrativa, esclarece FRITZ FLEINER, determinar como cabível ‘entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, à intenção da lei’. E esclarecendo o seu pensamento, adianta: esse ‘elemento móvel’, que enseja à Administração ‘executar os preceitos legais, de maneira a atender às variáveis exigências da vida e do interesse público’, não exclui de todo as limitações jurídicas à sua atividade, nem a erige em árbitro irrestrito das situações a considerar (FAGUNDES, 2005, p. 99).

A intenção é que, a partir desses conceitos vagos, o administrador vise sempre a melhor opção para o dado caso concreto. Quando o legislador descreve o comportamento ao administrador, fica claro que ele sempre busca a melhor escolha. Dentre a multiplicidade de opções, existiria sempre aquela mais adequada do que as demais para aquele determinado caso concreto.

Nesse sentido, Celso Antônio esclarece que

(...) se uma norma é sempre uma imposição, o administrador está, então, nos casos de discricionariedade, perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas única e exclusivamente aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei (MELLO, 1992, p. 33),

Corroborando esse entendimento, Philip Gil França assevera que a “possibilidade de optar por um caminho, dentre alguns, que estão à disposição do gestor público, mediante um contexto de legalidade para o alcance de um concretizável interesse público, pode indicar o que se denomina discricionariedade administrativa.” (FRANÇA, 2017, p. 156).

Aqui se percebe a diferença entre a atuação do administrador e a do magistrado. Enquanto que o administrador atua com discricionariedade ao optar pela melhor solução para o caso concreto, dentro da sua margem de escolha, para alcançar determinada finalidade legal; o juiz atua dizendo o que é a lei no caso concreto, e, dessa forma, jamais poderia dizer que caberia mais de uma solução ao caso concreto, mas sim que aquela decisão é o que o Direito impõe.

Logo, não pode o magistrado, ao apreciar o caso concreto, atuar como se um administrador fosse, usurpando as funções que constitucionalmente não lhe cabe. A margem de liberdade conferida por lei ao administrador, de forma alguma, pode ser internalizada pelo magistrado. Ao contrário, ao magistrado cabe examinar se o administrador, dentro de sua margem de liberdade, atuou de modo razoável e proporcional para alcançar as finalidades legais.

Está claro, portanto, que a liberdade de escolha do gestor para a concretização da função administrativa do Estado na verdade está limitada na melhor solução apta a atender aos anseios do cidadão e da sociedade estabelecidos no ordenamento jurídico pátrio.

De mais a mais, a escolha realizada pelo gestor deve sempre convergir para o pleno e potencial atendimento dos objetivos da República instituídos no art. 3º da Constituição Federal. Jamais o Estado-Administrador pode desvincular-se de atender os referidos objetivos. Afinal, ao atender os objetivos estará na constante busca do pleno atendimento do interesse público.

2. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO E CONTROLE JURISDICIONAL

2.1 O papel do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos

Imerso em uma crise institucional sem precedentes desde a redemocratização, a sociedade brasileira partilha de uma esperança assombrosa no Poder Judiciário para resolver todos os problemas da vida humana, ocasionando a hipertrofia do Poder Judiciário, com o crescimento da Judicialização da Política e, até mesmo, do Ativismo Judicial⁵.

Nesse espeque, percebe-se que cada vez mais, temas que, *a priori*, seriam de competência dos Poderes democraticamente eleitos (Poder Executivo e Poder Legislativo) acabam sendo resolvidos pelo Poder não eleito, o Poder Judiciário, o que pode colocar em xeque a divisão harmônica entre os Poderes, cláusula pétrea da República Federativa Brasileira.

Seria mesmo o Poder Judiciário o detentor de toda a sabedoria para sempre tomar a melhor decisão? Nunca passível de erros? Seria ele o Poder legítimo para tomar todas as decisões? E quem controlará a Corte Constitucional quando as suas decisões forem contrárias à própria Constituição, inclusive quando usurparem competências que não lhes compete?

Tratando a respeito do caráter político da Constituição, Luís Roberto Barroso afirma

a Constituição é o documento que faz a travessia entre o Poder Constituinte Originário e – fato político e a ordem instituída, que é um fenômeno jurídico. Cabe ao direito constitucional o enquadramento jurídico dos fatos políticos. Embora a interpretação judicial não possa e não deva romper suas amarras jurídicas, deve ela ser sensível à convivência harmônica entre os Poderes, aos efeitos simbólicos dos pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal e aos limites e possibilidades da atuação judicial. (BARROSO, 2010, p. 273).

⁵ A expressão “ativismo judicial” será utilizada neste artigo como a amplitude da participação do Poder Judiciário, interferindo especialmente no espaço de atuação do Poder Legislativo, em razão de sua omissão.

O advento das constituições contemporâneas somadas a ideia da força normativa da Constituição inaugura uma nova era, preocupada com a implementação dos ideais do constitucionalismo e a limitação do poder exercido pelo legislador.

Nesse senda, compete à Constituição ser a fonte do Direito Constitucional e disciplinar as demais fontes infraconstitucionais, sendo a fonte de validade dessas. Também é função da Constituição estabelecer a separação dos poderes e a pluralismo sócio-político. Desse modo, ficou evidente que a Escola de Viena e a Teoria de Kelsen eram insuficientes e inadequadas para explicar a legitimidade de uma diversidade de órgãos.

Surge, assim, a deferência ao Poder Judiciário para deliberar e julgar, de forma definitiva, sobre a distribuição de competências, separação de poderes, direitos fundamentais, entre outros temas.

E, assim, é inconteste o direito dos cidadãos de postular jurisdicionalmente os direitos insertos Constituição e nos parâmetros legais, seja para garantia do seu exercício, para a satisfação de uma utilidade concreta, bem como para a vedação de comportamentos contraditórios ao disposto no texto constitucional.

Nesse prisma, os preceitos constitucionais compostos de termos vagos e indeterminados são também fontes do direito, e, portanto, impõe à Administração Pública o dever de observá-la, bem como podem ser invocados como justificativa para uma ação judicial.

Os preceitos constitucionais relativos à Justiça Social não são conselhos para serem cumpridos à mera vontade do administrador, do legislador ou do magistrado. Tais direitos configuram direitos subjetivos e devem ser observados e perseguidos (MELLO, 2007, p. 54-57). Até porque os conceitos vagos e indeterminados não podem configurar obstáculos à realização da Justiça Social, cabendo ao Poder Judiciário zelar pela sua concretização, analisando o caso concreto.

Nesse pórtico, a Constituição de 1988 estabelece uma premissa básica de que todos os poderes estejam sempre engajados na concretização de valores e especialmente dos seus objetivos fundamentais. Entretanto, em razão a necessária proteção aos direitos, a Constituição estreitou o âmbito de atuação Poder Judiciário com os demais poderes. Neste sentido transita o princípio da inafastabilidade da jurisdição que tem previsão no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição condensa “a noção de que os atos jurídicos privados e os atos administrativos em geral submetem-se ao controle incondicional do Poder Judiciário, mitigando a ideia de rígida separação dos Poderes do Estado e busca responder à

trágica experiência de um poder político incontrolado, corrupto e tirânico”. (PANCOTTI, 2007, 188).

2.2 Discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos indeterminados e controle jurisdicional

Diante do princípio da inafastabilidade da jurisdição, convém trazer à tona algumas considerações sobre os conceitos vagos e indeterminados presentes em alguns atos administrativos e sua sindicabilidade do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Segundo a posição da doutrina majoritária, a existência de conceitos vagos e indeterminados não corresponde, por si só, a uma esfera de discricionariedade. Contudo, esse não é o posicionamento de Celso Antônio e Eduardo Garcia Enterría (ENTERRIA, 2002), os quais sustentam que os conceitos vagos e indeterminados só apresentam uma indeterminação quando considerados de forma abstrata, mas não quando considerados no caso concreto. Na realidade, seria muita pretensão considerar que os conceitos imprecisos irão ganhar densidade suficiente ao ser confrontado com o caso concreto. Isso porque não existe uma única interpretação admissível, mas sim várias, sem que nenhuma delas possa ser considerada incorreta.

Com a devida vênia ao posicionamento supramencionado, nos filiamos a posição da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, no sentido que “a interpretação do conceito, aliada ao exame da matéria de fato em cada caso concreto, pode afastar ou não a discricionariedade” (PIETRO, 2014, p. 9).

Por esse viés de análise, não se pode dizer que os conceitos fluidos e indeterminados sejam alheios ao tema da discricionariedade. E assim, não poderia sofrer qualquer controle de legitimidade, ainda que pelo Judiciário.

Em que pese a existência de vagueza e fluidez na hipótese da norma ou na sua finalidade, há uma densidade mínima, um conteúdo determinável, uma zona de certeza mínima que não pode ser desprezada, caso contrário, sequer poderiam ser consideradas palavras, dentro da concepção de linguagem.

Essa zona mínima de certeza deve guiar o administrador para este não fugir dos níveis de razoabilidade decisional. Até porque, a existência de uma variedade de soluções comportadas pela lei não quer dizer que todas elas sejam igualmente e indistintamente adequadas para o mesmo caso concreto.

Corroborando com essa intelecção, Celso Antônio diz que “se a lei comporta a possibilidade de soluções diferentes, só pode ser porque pretende que se dê uma certa solução para um dado tipo de casos e outra para outra espécie de caso” (MELLO, 1992, p. 36).

Repare que ao Judiciário só caberia o exame de legalidade, ou seja, se o administrador, ao aplicar a regra, se manteve dentro do campo de significações razoavelmente possíveis.

Conforme advertido pelo Professor Seabra Fagundes (FAGUNDES, 2005), é vedado ao Poder Judiciário apreciar o mérito administrativo, cabendo tão somente examiná-lo sob o prisma da legalidade. Isso porque o mérito é elemento dos atos administrativos discricionários. Desse modo, não caberia ao Judiciário declarar o ato oportuno ou inoportuno, conveniente ou inconveniente, justo ou injusto.

Para fins de elucidação, no caso de uma remoção ou exoneração em período eleitoral, a aferição de desvio de poder depreende a análise de todo o conjunto probatório envolvendo o ato, tendo por finalidade verificar se, no caso concreto, a discricionariedade usada foi utilizada corretamente ou se foi usada para esconder interesses pessoais, violando o fim legalmente definido na norma.

Sendo assim, a escolha do administrador deve levar em consideração a correlação lógica entre a finalidade e o ato. Desse modo, cabe ao Judiciário verificar se o ato praticado guarda ou não correlação com a finalidade almejada.

Nesse ponto, ressalta-se a importância da motivação do ato como requisito de legitimidade das decisões administrativas, ao mesmo tempo em que figura como uma garantia aos administrados de que a decisão obedeceu ao ordenamento jurídico, ou caso, o tenha desobedecido, que este poderá sofrer revisão pelo Poder Judiciário.

Afinal, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminado tem-se as chamadas zona de certeza positiva (o que é) e zona de certeza negativa (o que não é).

Sobre o tema, Gustavo Binbenbojm explica que

“quando é possível identificar os fatos que, com certeza, se enquadram no conceito (zona de certeza positiva) e aqueles que, com igual convicção, não se enquadram no enunciado (zona de certeza negativa), o controle jurisdicional é pleno. Entretanto, na zona de penumbra ou incerteza, em que remanesce uma série de situações duvidosas, sobre as quais não há certeza sobre se se ajustam à hipótese abstrata, somente se admite controle jurisdicional parcial” (BINENBOJM, 2006, p. 220).

Logo, nas situações da zona cinzenta indeterminável ganha importância a necessidade do pleno conhecimento dos Estado-Juiz das razões para a prática do ato. Afinal, considerando que toda manifestação de um gestor público deve ser devidamente fundamentada e que esta motivação deve ser feita pautada do próprio Direito, o Juiz conhecendo das razões que levaram

a prática do ato, pode afastar ou não o ato em razão da verificação de sua compatibilidade com o ordenamento pátrio.

Assim, a sindicabilidade de um ato administrativo somente é possível quando se conhece as razões que o originaram. Por tal razão, entende-se que o controle dos atos administrativos se estende necessariamente ao exame dos motivos.

Vale trazer à baila um paradigmático julgamento do Superior Tribunal de Justiça que teve como relator o saudoso Ministro Teori Zavasck, onde afirmou que “a margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação” (MS 9.944/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157).

No voto constante do acórdão do julgamento do Mandado de Segurança nº 9.944, o Ministro Teori Albino Zavascki pontuou que

“(…) em matéria de ato discricionário a doutrina administrativista brasileira se mostra unânime ao assentar que a liberdade de decisão do administrador não é absoluta, estando sujeita à satisfação do princípio da legalidade - a dizer que a escolha acerca da oportunidade e conveniência da prática do ato está subordinada aos limites impostos pela lei quanto ao mais, afastado qualquer conteúdo de subjetividade na escolha do momento adequado à prática de determinado ato, nas relações da Administração com o interesse privado. Na realidade, todo e qualquer ato discricionário praticado pela Administração estará necessariamente jungido à supremacia do interesse público - quando, então, e em razão do que a lei autoriza que o Administrador avalie os fundamentos atinentes à conveniência e oportunidade para a prática do ato em questão.⁶”

Afirma, ainda, que

“(…) mesmo em se tratando de atos discricionários, o administrador está obrigado não só a fundamentar as razões da prática do ato, mas também a explicitar a adequação de tal prática em face do interesse público - do que se pode concluir que a mera referência ao aludido interesse público não se revela suficiente para atender à exigência da motivação, sendo ainda necessário demonstrar com precisão de que modo o ato praticado atende, ou não, ao fim social alvitrado.⁷”

A explicitação da adequação da prática do ato em face do interesse público deve sempre constar da motivação do ato. Tal conduta permitirá ao Estado-Juiz exercer a sindicabilidade do ato, mesmo nas situações da zona cinzenta indeterminável.

Portanto, uma vez detectado que o ato administrativo encontra-se viciado, até mesmo em uma situação de zona de penumbra, isto é, quando contiver alguma ofensa à ordem jurídica, o Poder Judiciário pode ser provocado a declarar tal administrativo inválido e, assim, extirpá-lo do ordenamento jurídico.

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MS 9.944/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/05/2005, DJ 13/06/2005, p. 157.

⁷ Idem.

Se este fato vier a ocorrer, estar-se-á diante do fenômeno da discricionariedade administrativa inválida. Neste sentido, a posição de Vladimir da Rocha França ao afirmar que o Poder Judiciário não está restrito à apreciação da legalidade exterior do ato administrativo. Também pode investigar os aspectos não vinculados do ato administrativo, a fim de assegurar tão somente que o administrador ateu-se ao espaço que lhe cabia na formação e concretização do ato administrativo. Constatado o vício, não há outra saída senão invalidá-lo. Caso ocorra esse fato tem-se a discricionariedade administrativa inválida.” (FRANÇA, 2000, p. 136).

Registre-se que os vícios resultantes da discricionariedade podem corresponder à transgressão das balizas legais, ao desvio das finalidades legais e o seu não-exercício ou ao seu exercício deficiente (FRANÇA, 2000).

Oportuno diferenciar o excesso de poder de desvio de poder, ambas espécies do gênero abuso de poder. Enquanto que no excesso de poder o agente tem competência para a prática do ato, mas na sua execução excede os limites dessa competência legal; o desvio de poder se verifica no momento em que o agente pratica o ato visando finalidade diversa da previsão legal.

Nesse espeque, quando o administrador, ao utilizar seu poder discricionário, ofender os as regras e princípios norteadores da Administração Pública, tal conduta ocasiona vícios em seus atos, devendo o Poder Judiciário atuar invalidando-os.

Verifica-se, assim, que o poder discricionário foi concedido constitucionalmente ao administrador com a finalidade dele escolher pela melhor solução para o caso concreto, dentro dos parâmetros legais previamente estabelecidos.

Entretanto, essa margem de liberdade jamais pode ser confundida com ampla e irrestrita liberdade, de sorte que se configura desvio de poder aquele que ultrapassa os limites da discricionariedade e, conseqüentemente, de sua competência constitucional.

2.3 Limites ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários

O ponto de partida acerca do estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários deve ser o fato de que todos os agentes do Estado devem pautar suas ações na concretização dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil estabelecidos no art. 3º da Constituição Federal. Afinal, o Estado-Juiz é o mesmo Estado-Administrador, assim como o Estado-Legislator.

Segundo Carlos Alberto Molinaro e Ingo Wolfgang Sarlet todos os agentes políticos atribuídos por este Estado, no limite de suas funções e competências, exercem os mesmos papéis na produção dos objetivos nacionais (art. 3º da Carta de 1988), objetivos que não são só

meros programas políticos, mas estão simetricamente harmonizados com os fundamentos do Estado brasileiro (art. 1º e incisos). Portanto, na busca da plena realização desses mandamentos não pode ser vista nenhuma intrusão de uma função sobre outra, nenhuma ampliação de poder ou autoridade, sim o cumprimento dos deveres constitucionais cometidos ao Estado. (MOLINARO; SARLET, 2010, p. 25).

Assim, partindo da premissa de que o tanto o Estado-Juiz como o Estado-Administrador buscam o pleno cumprimento dos deveres constitucionais, deve-se lembrar que o controle dos atos administrativos não é um ato exclusivo do Poder Judiciário.

Em que pese a solução dada pelo Poder Judiciário poder ser definitiva em face da coisa julgada material⁸, não se pode olvidar que o controle dos atos administrativos também podem ser feitos pela esfera legislativa, bem como pela via administrativa, os quais deveriam ser mais demandados na realidade fática.

Ao revés, cada vez mais se percebe uma hipertrofia do Estado-Juiz, principalmente quando se depara, por exemplo, com os inúmeros casos de intervenção judicial na elaboração de políticas públicas, subjugando o que considera como conveniência e oportunidade.

Não há uma metodologia técnico-científica clara que explique a escolha de uma ou outra alternativa, transparecendo a pernicioso ideia que tudo se trata de uma questão de convicção pessoal do magistrado sobre o que considera ou não finalidade pública⁹.

Essa inconsistência revela uma superficialidade nas teorias, métodos e conceitos, fazendo com que a definição do que é ou não discricionariedade administrativa flutue ao alvedrio do magistrado do caso.

Nesse ínterim, o professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto (MOREIRA NETO, 1991) traça quais seriam os limites à dimensão do mérito administrativo. Para tal intento, ressalta a importância da sistematização desses limites com base em dois princípios técnicos

⁸ Segundo o professor Seabra Fagundes, “o sistema de controle pela jurisdição comum se baseia numa concepção de separação de poderes oposta à francesa, de que os direitos individuais só ficam suficientemente amparados, em face dos atos administrativos, quando o exame contencioso destes é entregue a um órgão autônomo” (FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 7 ed. Atualização de Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 124).

⁹ Tendo por base Sérgio Buarque de Holanda (Raízes do Brasil. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 141 e ss.), o professor ironiza que: “A respeito da problemática do juiz atuar sob o prisma de suas próprias convicções e não do sistema jurídico vigente, elucida que: “O ‘jurista cordial’ é todo ‘exaltação dos valores cordiais’: trata o Direito como ‘uma intimidade quase desrespeitosa’, ao qual dedica um ‘culto sem obrigações e sem rigor, intimista e familiar’, um respeito de ‘superfície’ e de pouca devoção’; ele é ‘indiferente à lei geral, onde esta contrarie suas afinidades emotivas’; é ‘livre, pois para se abandonar a todo o repertório de ideias, gestos e formas que encontre em seu caminho, assimilando-os frequentemente sem maiores dificuldades’. O ‘jurista cordial’ tira duas próprias opiniões em um ‘fundo emotivo extremamente rico e transbordante’, apela sempre para ‘os sentimentos e os sentidos e quase nunca para a razão e a vontade’, sua ‘personalidade individual dificilmente suporta ser comandada por um sistema exigente e disciplinador’.” (SUNDFELD. Carlos Ari, Direito Administrativo para céticos. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014, p. 70).

(princípio da realidade e o princípio da razoabilidade), os quais servem de instrumento para a afirmação dos princípios substantivos. De acordo com o princípio da realidade, o Direito deve visar aquilo que efetivamente pode e deve ocorrer, e não fantasias. Logo, os comandos da Administração, sejam abstratos ou concretos, devem ter sempre condições de serem efetivamente cumpridos. Por seu turno, o princípio da razoabilidade o ato administrativo discricionário será capaz de satisfazer o interesse público almejado de forma adequada e proporcional, ganhando, porquanto, legitimidade.

No momento em que o ato administrativo discricionário extrapola esses limites, nasce a possibilidade de controle jurisdicional sobre os excessos perpetrados pelo gestor na sua atuação discricionária. Dessarte, se percebe a íntima relação da discricionariedade administrativa com o princípio da juridicidade, legitimando dessa maneira a atuação do Estado-Juiz em face do Estado-Administrador.

Tendo por fim traçar limites ao controle jurisdicional sobre a atuação da Administração Pública, Vladimir França (FRANÇA, 2017) elenca dois princípios balizadores: primeiro, o princípio da separação dos poderes, no intuito de proteger a “integridade do juízo de oportunidade da autoridade administrativa competente da interferência do Poder Judiciário”; bem como o princípio da legalidade como norma permissiva para que a Administração atue em conformidade com o que ela expressamente ou implicitamente autoriza. Quando esses limites não são observados, o magistrado assume a função de verdadeiro protagonista na formulação e execução de políticas públicas.

Ainda sobre os limites à conveniência e oportunidade, interessante ressaltar as considerações de Moreira Neto, no sentido de que para se definir o que é legalidade e o que é mérito é preciso examinar os motivos que deram ensejo àquela decisão. E, obtempera que “o instituto da discricionariedade não fica comprometido mas, ao contrário, valorizado, na medida em que sua proteção não mais se vincula a uma praxe acomodada da doutrina e dos tribunais, mas a um sistema racional e permanentemente aprimorável” (MOREIRA NETO, 1991, p. 61).

Na realidade, o controle dos limites, em nítida observância ao sistema de freios e contrapesos, leva à edição de atos administrativos transparentes, bem motivados, coerentes e confiáveis em substituição aos atos administrativos “insindicáveis” de duvidosa legalidade e legitimidade.

Outrossim, ao contrário do que se possa imaginar, o controle dos limites corresponde à substituição do administrador pelo juiz, mas ao fortalecimento do poder-dever do controle de legalidade pelo Poder Judiciário. Logo, o controle jurisdicional do ato administrativo não pode

(nem deve) ser confundido com a reavaliação do mérito administrativo, deve na verdade ser compreendido com o busca do Estado em dar cumprimento aos deveres constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a complexidade e a polêmica do tema, o presente artigo não visa exauri-lo. Na realidade, a intenção é de chamar a atenção para o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial no contexto da discricionariedade administrativa, buscando trazer balizas para que um Poder não se sobreponha ao outro.

Isso porque cada vez mais se depara com uma redução da discricionariedade administrativa, estando cada vez alinhada a ideia de controle, mormente do controle jurisdicional. Daí que se pergunta se existe efetivamente essa margem de liberdade prevista por lei ao gestor, levando-se em consideração que não concebe, no Estado Democrático de Direito, uma atuação da Administração Pública fora do conceito de legalidade e de juridicidade.

Somado ao dito, é possível também se observar que o magistrado, a depender da situação (ou de sua vontade), invoca o princípio da separação dos poderes para não apreciar o mérito da lide, alegando que não pode adentrar no mérito administrativo; ou conclamar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para adentrar na discricionariedade administrativa, afirmando que se trata, na realidade, de um exame de legalidade.

A invocação dos princípios como se eles viessem a calhar com a livre vontade do julgador da causa expressa um certo fascínio principiológico de ponderação, bem como em uma espécie de banalização das questões complexas envolvendo regras e princípios, e que não resolvem o problema em questão.

Revela-se, assim, a existência de uma ponderação sem limites somada a manuseamento equivocado das regras e dos princípios dentro do sistema constitucional. Ora, não se mostra sustentável que em um ordenamento jurídico possa existir soluções contraditórias, o que colocaria em risco a unicidade e coesão do próprio sistema jurídico pátrio.

Por isso, destaca-se o papel da adequada motivação e justificação das decisões, sejam elas administrativas ou judiciais para que se possa fazer o devido controle do ato, somada a maior cientificidade e tecnicidade das decisões jurisdicionais, evitando-se a insegurança jurídica ao mesmo tempo em que reduz o valor surpresa nas decisões futuras.

O Estado-Juiz, que é o mesmo Estado-Administrador, assim como o Estado-Legislator, precisam cumprir seus deveres fundamentais da República Federativa do Brasil, por meio de uma atuação voltada a concretização do interesse público. O Estado-Administrador deve

sempre buscar em suas escolhas o desenvolvimento de uma existência digna de seu povo. Se fugir desta busca, o Estado-Juiz deve com fundamento na Constituição Federal retirar do mundo jurídico o ato que foi praticado fora dos valores do sistema.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

CERQUINHO, Maria Cuervo Silva e Vaz. **O Desvio de Poder no Ato Administrativo**. Ed. Revista dos Tribunais. 1979.

ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo**. Vol. I. Undécima edición. Madrid: Civitas Ediciones. 2002.

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

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público: gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. A função administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, outubro/novembro/dezembro, 2007. Disponível em: < <http://online.fliphtml5.com/fdns/iuit/>>. Acesso em: 24 jul 2017.

_____. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa: No Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Princípio da legalidade e competência regulatória no regime jurídico-administrativo brasileiro. **Revista de informação legislativa – RIL**, Brasília, v. 51, n. 202, abr./jun. 2014, p. 8. Disponível em: < http://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/20781_arquivo.pdf >. Acesso em: 20 jul 2017.

HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Tradução de J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. **Discricionariedade administrativa e controle jurisdicional**. São Paulo, Malheiros Editores, 1992.

_____. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. São Paulo, Malheiros Editores, 2009.

_____. **Poder Discricionário**. Revista de direito público nº 76. 99 a 109.

MOLINARO, Carlos Alberto; SARLET, Ingo Wolfgang. **Separação de Poderes - Eficácia e Efetividade do Direito à Saúde no Judiciário brasileiro**. Observatório do Direito à Saúde / Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas. Belo Horizonte. Democracia, 2010/2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1991.

PANCOTTI, José Antônio. **Princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional). Centro Universitário Toledo, Araçatuba/SP.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Limites do controle externo da Administração Pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa? **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público. nº 37, janeiro/fevereiro/março, 2014. Disponível em: < <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-37-JAN-2014-MARIA-SYLVIA-PIETRO.pdf>>. Acesso em: 24 jul 2017.

SCHIRATO, Victor Rhein. **Discricionariedade e Poder Sancionador: Uma breve análise da proposta de regulamento da Anatel**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 17, fevereiro/março/abril, 2009. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 31 de março de 2018.

SILVA, Almiro do Couto e. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 51-67, jan. 1990. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46170/44329>>. Acesso em: 25 Jul. 2017.

SUNDFELD. Carlos Ari, **Direito Administrativo para céticos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros. 2014.