

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

AMANDA MEDEIROS

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO
BRASIL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA DA PRINCIPIOLOGIA**

FLORIANÓPOLIS

2016

AMANDA MEDEIROS

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO
BRASIL: UMA ABORDAGEM CRÍTIC DA PRINCIPIOLOGIA**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à banca examinadora da
Universidade Federal de Santa Catarina
como requisito parcial à obtenção do grau
de bacharel em Direito.

Orientador: Professor Dr. Luiz Henrique
Cademartori

FLORIANÓPOLIS

2016

AMANDA MEDEIROS

**O CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO
BRASIL: UMA ABORDAGEM CRÍTIC DA PRINCIPIOLOGIA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Orientador: Prof^a. Dr. Luiz Henrique Cademartori
Universidade Federal de Santa Catarina

Renata Raupp Gomes
Universidade Federal de Santa Catarina

Fernanda Santos Scharamm

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada: O Controle Judicial da Discricionariedade administrativa no Brasil: Uma Abordagem Crítica da Princiologia, elaborada pela acadêmica Amanda Medeiros e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2016.

Luiz Henrique Cademartori

Renata Raupp Gomes

Fernanda Santos Scharamm

RESUMO

O presente estudo tem por intuito examinar a possibilidade ou não do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, sob à luz da teoria principiológica do ordenamento jurídico brasileiro. O assunto é objeto de divergência doutrinária, tendo em vista que há julgados no âmbito do Supremo Tribunal Federal que demonstram a possibilidade do controle por parte do Poder Judiciário no campo da discricionariedade administrativa, desde que cumpridos alguns requisitos. Inicialmente, faz-se um apanhado geral sobre a diferenciação entre princípios e regras, são apontadas as principais teorias utilizadas pelos juristas brasileiros e são apresentadas algumas críticas feitas a essas teorias, chegando-se ao conceito atual de princípio e de que forma os princípios atuam no ordenamento jurídico brasileiro. Estudam-se, em seguida, a discricionariedade administrativa no Brasil, desde a forma em que é concebida até a caracterização de suas limitações, nesse ponto ainda se discute de que forma os princípios balizam essa discricionariedade. Por fim, são analisados os argumentos empregados a favor e contra a discussão, entra aqui a teoria da Separação dos Poderes, passando a análise do controle jurisdicional da Administração Pública e conclui-se com o viés fundamental do trabalho que é a harmonização entre o princípio da inafastabilidade jurisdicional frente à discricionariedade administrativa.

Palavras-chave: Princípios e regras. Discricionariedade administrativa. Separação dos Poderes. Inafastabilidade da tutela jurisdicional. Controle jurisdicional da Administração Pública.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	6
2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	9
2.1 A TEORIA DE RONALD DWORKIN APLICADA A DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS	9
2.2 A CONTRIBUIÇÃO DE ROBERT ALEXY PARA A RECEPÇÃO DA TEORIA PONDERATIVA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL.....	16
2.3 A CRÍTICA, CONSAGRAÇÃO E INCORPORAÇÃO DA TEORIA PONDERATIVA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY NO BRASIL E SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	23
3 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	31
3.1 OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL	31
3.2 OS PRINCÍPIOS COMO BALIZAS À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	37
3.3 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL.....	45
4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO	53
4.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	53
4.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ATIVISMO JUDICIAL	61
4.3 A PACIFICAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA	70
5 CONCLUSÃO.....	81
REFERÊNCIAS.....	83

1 INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, a noção de discricionariedade administrativa era entendida como sendo a margem de “liberdade” conferida ao administrador público no momento da edição de um ato administrativo. Nesse contexto, estariam a conveniência e a oportunidade com a finalidade que melhor atendesse o interesse público.

Com o passar dos anos e com o estudo mais aprofundado do tema, os juristas perceberam a necessidade de delimitar essa “liberdade” conferida à Administração Pública. Diante disso, foram criados alguns requisitos que deveriam servir de balizas a essa discricionariedade. Assim, a edição dos atos administrativos, sobretudo os discricionários passariam a observar o princípio da legalidade, a finalidade da lei e a finalidade do ato.

Com a evolução de alguns entendimentos, observou-se que além desses requisitos, os atos administrativos também deveriam ser motivados e que deveriam observar também os princípios do direito. Percebe-se que com a ampliação de “regras” a serem observadas pelo administrador na emissão do ato, sua margem de liberdade é conseqüentemente diminuída.

Ressalta-se que essas limitações foram necessárias, tendo em vista algumas arbitrariedades cometidas pela Administração Pública para com seus administrados. Dessa maneira, para que a discricionariedade não fosse confundida com poder ilimitado, ou mesmo com arbitrariedade esses requisitos passaram a ser obrigatórios na construção do ato administrativo.

A problemática inicia-se no momento em que se exerce o controle do ato administrativo. No trabalho é apresentado somente o controle exercido pelo Poder Judiciário, já que esse é o alvo de maiores controvérsias. Salienta-se que, quando se trata de ato administrativo vinculado, não há maiores complicações, já que esse pode ser levado à apreciação judicial e diante da ilegalidade ou verificado qualquer outro vício em sua formação o Judiciário poderá e deverá anulá-lo.

Contudo, ao tratar-se de um ato administrativo discricionário há uma grande divergência doutrinária a respeito desse controle. Uma parte da doutrina acredita que o mérito do ato discricionário é inatingível pelo controle judiciário. Outra parte, garante que os atos devem estar de acordo com os princípios, especialmente a razoabilidade e a proporcionalidade. Há ainda uma corrente que defende o controle jurisdicional sempre que houver lesão ou ameaça a direitos.

Como se vê a solução definitiva para o tema está longe de ter um fim, já que tanto os argumentos favoráveis a essa maior intervenção do Judiciário mérito do ato administrativo

são bastante convincentes. De um lado contrário a esse controle tem-se a teoria da separação dos poderes, segundo a qual cada Poder é autônomo e independente entre si, e agindo no mérito do ato o Poder Judiciário estaria usurpando o Poder Executivo.

Por outro lado, a Constituição Federal em seu art. 5º, XXXV, garante que qualquer lesão ou ameaça a direito deve ser levada à apreciação judicial. Pergunta-se, os atos decorrentes do Poder Discricionário seriam uma exceção ao princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional? O Poder Judiciário pode intervir no mérito do ato administrativo com base em princípios?

Por se tratar de um tema extenso e complexo, é necessário destacar que este trabalho não tem por objetivo esgotá-lo, pois se trata de um assunto que já é discutido há muito na doutrina e que a jurisprudência tem enfrentado nos últimos anos.

Assim, com o escopo de melhor responder a essas questões, inicia-se o estudo sobre a diferenciação entre princípios e regras. Observa-se que com o passar dos anos a doutrina buscou elucidar essa problemática e para tanto procurou uma definição conceitual. A partir disso, algumas teorias foram criadas para demonstrar a existência ou não de uma hierarquia normativa ou interpretativa entre eles.

Ressalta-se que mesmo não sendo recente, essa polêmica ganhou forças atuais com as obras de Ronald Dworkin (2011) e Robert Alexy (2011). Destaca-se ainda, a atualidade do tema, tendo em vista as inúmeras demandas judiciais que não se resolvem apenas pela legislação infraconstitucional, senão pelos princípios constitucionais.

A partir da análise em questão, no primeiro capítulo do presente trabalho será abordado o tema em três momentos: na primeira fase será explicitada a teoria de Ronald Dworkin, na segunda é colocado o estudo de Alexy, bem como sua teoria ponderativa dos princípios, por fim ter-se-á a recepção da teoria de Alexy no Brasil e as considerações de doutrinadores brasileiros como Lênio Streck e Humberto Ávila a respeito do tema.

Ressalta-se que o trabalho não tem por objetivo uma crítica geral dessas teorias, tampouco criticar a teoria de Dworkin e Alexy, mas sim de levantar a forma pela qual essas teorias foram recepcionadas e interpretadas no Brasil, demonstrando alguns problemas decorrentes dessa má interpretação da teoria principiológica.

Importante frisar que as críticas levantadas não são mera reprodução dos trabalhos de juristas tais como Virgílio Afonso da Silva (2003), que também aborda o tema de forma crítica em seu artigo; “Princípios e Regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”, mas

sim, como dito anteriormente, citar os principais problemas enfrentados no ordenamento jurídico brasileiro dada a recepção equivocada da principiologia no Brasil.

Uma vez estabelecido qual o entendimento que o ordenamento jurídico brasileiro adota como princípio e de que forma esses podem atuar na resolução das demandas judiciais, começa-se a análise do controle judicial da discricionariedade administrativa tendo por viés a teoria principiológica.

Dessa forma, no segundo capítulo do presente estudo é colocado como se dá o controle judicial decorrente dos princípios, bem como de que maneira esses princípios servem de limitadores da discricionariedade administrativa e conclui-se esse capítulo com a análise das balizas do controle judicial da discricionariedade administrativa.

Ao final do trabalho, no terceiro capítulo, são apresentados argumentos favoráveis e contrários ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa. Para tanto, é analisado a teoria da separação dos poderes como argumento contrário a intervenção do Poder Judiciário no mérito do ato administrativo discricionário. Após essa reflexão faz-se necessário demonstrar o controle jurisdicional que exercido sobre a Administração Pública com o contraponto de um tema bastante atual: Ativismo judicial.

Diante de todas essas considerações termina-se o estudo contrapondo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional com a discricionariedade administrativa. Conclui-se o tema com a demonstração da forma em que a problemática da intervenção jurisdicional no mérito do ato administrativo decorrente do Poder Discricionário é resolvida pelo ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

2 DISTINÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

2.1 A TEORIA DE RONALD DWORKIN APLICADA À DIFERENCIAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS E REGRAS

A distinção entre princípios e regras ensinada por Ronald Dworkin tem por base a crítica desse autor sobre o positivismo. Para Ronald Dworkin “o positivismo é um modelo de e para um sistema de regras e que sua noção central de um único teste fundamental para o direito nos força a ignorar os papéis importantes desempenhados pelos padrões que não são regras” (2010, p. 36)

Para chegar a tal conclusão Ronald Dworkin estabelece três preceitos e os intitula como sendo o “esqueleto do positivismo” (DWORKIN, 2011, p. 29).

O primeiro deles se trata de um conceito do que seria o direito sob a ótica positivista. Para o positivismo, segundo Ronald Dworkin (2011, p. 27). “O direito de uma comunidade é um conjunto de regras especiais utilizado direta e indiretamente pela comunidade com o propósito de determinar qual comportamento será punido ou coagido pelo poder público”.

Ronald Dworkin ao citar regras especiais explica que essas “podem ser identificadas e distinguidas com auxílio de critérios específicos, de testes que não tem a ver com seu conteúdo, mas com seu *pedigree* ou maneira pela qual foram adotadas ou formuladas” (DWORKIN, 2011, p. 28).

Ronald Dworkin afirma que esses testes de *pedigree*¹ podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras espúrias e também de outros tipos de regras sociais que a comunidade segue, mas não faz cumprir através do poder público.

O segundo preceito apontado por Ronald Dworkin (2011, p. 28) é que “O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”², de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas, então esse caso não pode ser

¹ Para Ronald Dworkin (2011, p. 28). “Esses testes de pedigree podem ser usados para distinguir regras jurídicas válidas de regras jurídicas espúrias (regras que advogados e litigantes erroneamente argumentam ser regras do direito) e também de outros tipos de regras sociais (em geral agrupadas como “regras morais”) que a comunidade segue mas não faz cumprir através do poder público.

² “O conjunto dessas regras jurídicas é coextensivo com “o direito”, de modo que se o caso de alguma pessoa não estiver claramente coberto por uma regra dessas (porque não existe nenhuma que pareça apropriada ou porque as que parecem apropriadas são vagas ou por alguma outra razão), então esse caso não pode ser decidido mediante “a aplicação do direito”. Ele deve ser decidido por alguma autoridade pública, como um juiz, “exercendo seu discernimento pessoal”, o que significa ir além do direito na busca por algum tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra já existente (DWORKIN, 2011, p. 28).

decidido mediante “aplicação do direito” e sim por alguma autoridade pública “exercendo seu discernimento pessoal”.

Por fim, Ronald Dworkin aponta como uma das características que sustentam o positivismo a de que “Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu quadro se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa” (DWORKIN, 2011, p.28).

Ronald Dworkin ainda conclui que para o positivismo “Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se quando o juiz decide uma matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria” (DWORKIN, 2011, p. 28).

Ronald Dworkin deixa claro que essa é sua visão geral do positivismo e que as diferentes versões do positivismo “diferem sobretudo na sua descrição do teste fundamental de *pedigree* que uma regra deve satisfazer para ser considerada uma regra jurídica” (DWORKIN, 2011, p. 29).

Para fundamentar sua crítica ao modelo positivista, o autor utiliza a versão do positivismo de Herbert Lionel Adolphus Hart por considerar essa a visão mais depurada e complexa do positivismo jurídico (CALSAMIGLIA, 1984).

Ronald Dworkin (2011, p. 31) explica que Hart divide as regras em primárias e secundárias. “As regras primárias são aquelas que concedem direitos ou impõe obrigações aos membros da comunidade”. Por outro lado, “As regras secundárias são aquelas que estipulam como e por quem tais regras podem ser estabelecidas, declaradas legais, modificadas ou abolidas”.

Além dessa análise, Ronald Dworkin assinala a perspectiva geral que Hart possui das regras “Se alguém está submetido a uma regra, não está simplesmente compelido, mas obrigado a fazer o que a regra determina. Portanto, estar submetido a uma regra deve ser diferente de estar sujeito a um dano, caso desobedeça a uma ordem”. (2011, p. 32).

Cumpre-se aqui destacar a diferença entre regra e ordem que o autor retira da teoria de Hart “Entre outras coisas, uma regra difere de uma ordem por ser *normativa*, por estabelecer um padrão de comportamento que se impõe aos que a ela estão submetidos, para além da ameaça que pode garantir sua aplicação” (DWORKIN, 2011, p. 32).

Ronald Dworkin ainda destaca que para Hart “Uma regra nunca pode ser obrigatória somente porque um indivíduo é dotado de força física quer que seja assim. Ele deve ter *autoridade* para promulgar essa regra ou não se tratará de uma regra; tal autoridade somente

pode derivar de outra regra que já é obrigatória para aqueles aos quais ele se dirige” (2011, p. 32).

O autor resume o estudo de Hart em dois pontos:

- a) Uma regra po tornar-se obrigatória para um grupo de pessoas porque, através de suas práticas, esse grupo *aceita* a regra como padrão de conduta.
- b) Uma regra também pode tornar-se obrigatória de uma maneira muito diferente, isto é, ao ser promulgada de acordo com uma regra secundária que estipula que as regras assim promulgadas serão obrigatórias (DWORKIN, 2011, p. 33).

Salienta-se que no segundo ponto (b), o autor traz o conceito de validade “regras obrigatórias que tiverem sido criadas de acordo com uma maneira estipulada por alguma regra secundária são denominadas regras “válidas”. Por fim, Dworkin conclui a distinção fundamental de Hart “uma regra pode ser obrigatória (a) porque é aceita ou (b) por que é válida” (2011, p. 33).

Destaca-se que para Hart uma regra secundária é uma “regra de conhecimento” que consiste em uma prática social que estabelece que as normas que satisfazem certas condições são válidas. Cada sistema normativo tem sua própria regra de reconhecimento e seu conteúdo varia e é uma questão empírica (CALSAMIGLIA, 1984).

Salienta-se que Ronald Dworkin crítica a regra de conhecimento de Hart ao dizer que “Sem dúvida, uma regra de reconhecimento não pode ser ela mesma válida, de vez que, por hipótese, ela é a última instância e não pode, portanto, satisfazer os testes estipulados por uma regra ainda mais fundamental”. O autor ainda assinala que tal regra “é a única regra de um sistema jurídico cuja obrigatoriedade depende de sua aceitação” (DWORKIN, 2011, p. 34).

Além disso, Dworkin aponta como uma das falhas do positivismo jurídico que por contemplar apenas regras no conceito de direito nos casos problemáticos que não são abarcados por tais regras “os juízes têm e exercitam seu poder discricionário para decidir esses casos por meio de nova legislação” (DWORKIN, 2011, p. 35).

Para Ronald Dworkin (2011), o ordenamento jurídico é composto por regras e princípios, devendo esses, em caso de lacuna, serem utilizados na resolução de casos difíceis. Assim a discricionariedade dos magistrados para as resoluções dos conflitos deveria ser evitada.

Segundo o jurista norte-americano, o princípio é um “padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada

desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade” (DWORKIN, 2011, p. 36).

O autor explica que:

A diferença entre princípios e regras é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula estão dados, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que fornece deve ser aceita, ou não é válida, caso em que neste caso em nada contribui para a decisão (DWORKIN, 2011, p. 39).

O autor ensina que, na análise do caso concreto, ou a regra é aplicada, ou não é aplicada, se a situação se subsume ao disposto na norma e esta é válida, ela tem que ser aplicada. Já aos princípios, por não preverem situações concretas, não se aplica a regra do tudo ou nada. Ronald Dworkin ainda assinala que “um princípio pode prevalecer sobre outro na resolução de um caso concreto quando estes estejam colidindo e, numa outra circunstância, pode ter sua aplicabilidade minorada, ante a aplicação de outro princípio” (2011, p. 42).

Nesse contexto, Ronald Dworkin (2011, p. 43) acrescenta que “Os princípios possuem uma dimensão que as regras não têm – a dimensão do peso ou importância -”. Assim, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Para o autor, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso ele tem ou o quão importante ele é.

Ao analisar as regras, entretanto, o autor explica que “As regras não têm essa dimensão”. Para Dworkin (2011, p. 43), “uma regra jurídica pode ser mais importante que a outra porque desempenha um papel maior ou mais importante na regulação do comportamento”. O autor ressalta que “não se pode dizer que uma regra é mais importante que outra enquanto parte do mesmo sistema de regras, de tal modo que se duas regras estão em conflito, uma suplanta a outra em virtude de sua importância maior”.

Para o autor norte-americano “se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida”. Dessa forma, ele acredita que a resolução desse conflito pode se dar da seguinte maneira:

A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras, que dão procedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa do gênero.

Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios mais importantes (DWORKIN, 2011, p. 43).

Ronald Dworkin (2011, p. 44) elucida que “a forma de um padrão nem sempre deixa claro se ele é uma regra ou um princípio”. Para ele, muitas vezes, “regras ou princípios podem desempenhar papéis bastante semelhantes e a diferença entre eles reduz-se quase a uma questão de forma”.

O autor cita como exemplos as palavras “razoável”, “negligente”, “injusto” e “significativo” como termos que quando utilizados por uma regra faz com que ela se assemelhe mais a um princípio”. Entretanto, o autor ainda explica que a utilização de tais termos “não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o *tipo* de princípios e políticas dos quais pode depender a regra” (DWORKIN, 2011, p. 45).

Diante das explicações sobre a distinção entre princípios e regras o autor identifica os princípios como “tipos particulares de padrões, diferentes das regras jurídicas”. Dworkin acredita que os princípios podem seguir duas orientações diferentes:

- a) Podemos tratar os princípios jurídicos da mesma maneira que tratamos as regras jurídicas e dizer que alguns princípios possuem a obrigatoriedade de lei e devem ser levados em conta por juízes e juristas que tomam decisões sobre obrigações jurídicas.
- b) Por outro lado, podemos negar que tais princípios possam ser obrigatórios no mesmo sentido que algumas regras o são (DWORKIN, 2011, p. 46).

Após formular as orientações sobre os princípios, Dworkin (2011, p. 47) menciona “a possibilidade de se pensar que não há muita diferença entre essas duas linhas de ataque, que se trata apenas de uma questão verbal a respeito de como se pretende utilizar a palavra ‘direito’”.

No entanto, ele esclarece que tal suposição está completamente equivocada, pois “trata-se de uma escolha entre dois *conceitos* de um princípio jurídico, uma escolha que podemos esclarecer comparando-a uma escolha que podemos fazer entre dois conceitos de regras jurídicas” (DWORKIN, 2011, p. 47).

O autor explica que “Aceitar uma regra como obrigatória é diferente de adotar coo regra, para si mesmo, fazer determinada coisa”. Ele ainda cita o seguinte exemplo:

Poderíamos, por exemplo, dizer que alguém adotou como regra, para si mesmo, correr um quilômetro e meio antes do café da manhã, pois deseja ser saudável e tem fé em um método. Ao fazer tal afirmação, não queremos dizer que tal pessoa esteja

de fato *obrigada* a seguir a regra de correr um quilômetro e meio e nem mesmo que ela se julgue obrigada por esta regra (DWORKIN, 2011, p. 47).

Isso posto, Ronald Dworkin faz a seguinte indagação: “Qual a abordagem certa?” Ele explica que “- esta não é uma questão verbal”. Para ele “a questão é saber qual das duas presta contas de um modo mais preciso da situação social”. O autor alerta que “a abordagem que escolhemos tem impacto sobre outros problemas importantes” (DWORKIN, 2011, p. 48).

Dworkin cita como exemplo:

se os juízes simplesmente “adotam a regra” de não reconhecer como válidos certos contratos, então não podemos dizer, antes da decisão ocorrer que alguém “tem direito” a esse resultado. Neste caso, essa proposição não pode fazer parte de nenhuma justificação que possamos oferecer para tal decisão (DWORKIN, 2011, p. 48).

O autor termina a discussão elucidando que “As duas linhas de ataque aos princípios correm em paralelo a essas duas abordagens de regras”. Em resumo ele define “A primeira alternativa trata dos princípios como obrigatórios para os juízes de tal modo que eles incorrem em erro ao não aplicá-los quando pertinente” (DWORKIN, 2011, p. 48).

Por fim, Ronald Dworkin aponta que a segunda alternativa trata os princípios como resumos daquilo que os juízes, na sua maioria, “adotam como princípio” de ação, quando forçados a ir além dos padrões aos quais estão vinculados” (DWORKIN, 2011, p. 49).

O autor considera as interpretações supracitadas antagônicas e devido a isso geram muitas discussões. Contudo a segunda tese é mais claramente atacada pelo autor, ou seja, a tese da discricionariedade do juiz na aplicação dos princípios

Caso se admita a discricionariedade judicial, então os direitos dos indivíduos estão à mercê dos juízes. A tese da discricionariedade supõe retroatividade. Os direitos individuais só são direitos se triunfam frente ao governo ou à maioria. Deixar à discricionariedade do juiz a questão dos direitos significa não se tomar a sério os direitos. Frente ao poder jurídico do juiz - poder criador de direito discricionário - Dworkin propugna a função garantidora - não criadora - do juiz (CALSAMIGLIA, 1984).

Diante da negativa da tese da discricionariedade judicial, Ronald Dworkin propõe que se faça um teste, baseado na regra de reconhecimento de Hart, para então descobrir se os princípios podem ser enquadrados na “primeira proposição de que o direito pode ser identificado através de testes do tipo especificado numa regra suprema” (DWORKIN, 2011, p. 63).

Como já explicitado anteriormente, Hart sugere um teste para identificar regras jurídicas válidas, Dworkin sugere que seja aplicado tal teste aos princípios:

Segundo Hart, a maioria das regras de direito são válidas porque alguma instituição competente as promulgou. Algumas foram criadas por um poder legislativo, na forma de leis outorgadas. Outras foram criadas por juízes, que as formularam para decidir casos específicos e assim as instituíram como precedentes para o futuro (DWORKIN, 2011, p. 64).

O autor, contudo, assinala que esse teste de pedigree não funciona para os princípios. Ele explica que “a origem desses princípios enquanto princípios jurídicos não se encontra na decisão particular de um poder legislativo ou tribunal, mas na compreensão do que é apropriado, desenvolvida pelos membros da profissão e pelo público ao longo do tempo” (DWORKIN, 2011, p. 64).

Ronald Dworkin salienta que “A continuidade de seu poder depende da manutenção dessa compreensão do que é apropriado”. O autor cita o seguinte exemplo:

Se deixar de parecer injusto permitir que as pessoas se beneficiam de seus próprios delitos ou se deixar de parecer justo impor encargos especiais sobre monopólios que fabricam máquinas potencialmente perigosas, esses princípios não mais desempenharão um papel nos novos casos, mesmo se eles não forem anulados ou revogados (DWORKIN, 2011, p. 64).

Para o autor, portanto, os princípios são dinâmicos, modificam-se com grande rapidez, e que toda tentativa de canonizá-los está condenada ao fracasso. Por esta razão, a aplicação dos princípios não é automática, mas exige a argumentação judicial e a integração da argumentação em uma teoria. O juiz ante um caso difícil deve balancear os princípios e decidir-se pelo que tem mais peso.

Diante do exposto, pode-se elencar três pontos essenciais da teoria abordada pelo autor, segundo esse:

- a) Se tratarmos os princípios como direito, devemos rejeitar a primeira doutrina positivista, aquela segundo a qual o direito de uma comunidade se distingue de outros padrões sociais através de algum teste que toma a forma de uma regra suprema.
- b) Nesse segundo ponto o autor deixa claro que “devemos abandonar a segunda doutrina – a doutrina do poder discricionário judicial – [...]”.
- c) No terceiro ponto Dworkin apresenta a teoria positivista da obrigação jurídica que, segundo o autor, essa teoria sustenta que uma “obrigação jurídica existe quando (e apenas quando) uma regra de direito estabelecida impõe tal obrigação”. A crítica de Dworkin sobre essa teoria é que “em um caso difícil – quando é impossível encontrar tal regra estabelecida – não existe obrigação jurídica enquanto o juiz não criar uma nova regra para o futuro”. Dworkin conclui que, o juiz pode aplicar essa

nova regra às partes da questão judicial, mas isso é legislar *ex post facto* e não tornar efetiva uma obrigação já existente (DWORKIN, 2011, p. 70).

Conclui-se que, “a finalidade do estudo de Ronald Dworkin foi fazer um ataque geral ao Positivismo, sobretudo no que se refere ao modo aberto de argumentação permitido pela aplicação do que ele viria a definir como princípios” (ÁVILA, 2013, p. 39).

Para o autor “as regras são aplicadas ao modo *tudo ou nada*, no sentido em que, se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita, ou ela não é considerada válida” (ÁVILA, 2013, p. 39). Em caso de colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida.

Ronald Dworkin entende que, os princípios, ao contrário das regras, não determinam absolutamente a decisão, mas somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios (ÁVILA, 2013, p. 40).

Por isso, o autor diz que os princípios “possuem uma dimensão de peso, demonstrável na hipótese de colisão entre os princípios, caso em que o princípio com peso relativo maior se sobrepõe ao outro, sem que este perca sua validade” (ÁVILA, 2013, p. 40).

Nessa direção, a distinção elaborada por Ronald Dworkin “não consiste numa distinção de grau, mas numa diferenciação quanto à estrutura lógica, baseada em critérios classificatórios, em vez de comparativos, como afirma Robert Alexy” (2011 apud ÁVILA, 2013, p. 40).

A distinção entre princípios e regras proposta por Alexy difere das anteriores porque se baseia, mas intensamente, no modo de aplicação e no relacionamento normativo, estremando as duas espécies normativas (ÁVILA, 2013, p. 40).

No próximo ponto do trabalho será abordado o estudo elaborado por Robert Alexy, bem como sua contribuição para a recepção da teoria ponderativa dos princípios no Brasil.

2.2 A CONTRIBUIÇÃO DE ROBERT ALEXY PARA A RECEPÇÃO DA TEORIA PONDERATIVA DOS PRINCÍPIOS NO BRASIL

Robert Alexy, em seu estudo sobre princípios e regras partiu das considerações de Dworkin sobre o tema, contudo, o autor deu maior precisão ao conceito de princípio. Todavia, antes de revelar qual conceito dado aos princípios por ele, é necessário que se entenda de que forma Alexy construiu sua teoria, assim é relevante a compreensão clara da distinção entre princípios e regras e de critérios apontados pelo autor.

Robert Alexy assinala que “regras e princípios são reunidos sob o conceito de norma. Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser” (ALEXY, 2013, p. 87).

Para o autor “ambos podem ser formulados por meio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Para ele, princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente”. Alexy afirma, portanto, que a “distinção entre princípios e regras é uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2013, p. 87).

Vejamos agora os critérios utilizados para distinguir regras de princípios citados por Robert Alexy. Segundo o autor, “um dos critérios que provavelmente é utilizado com mais frequência é o da generalidade. Segundo esse critério, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto o grau de generalidade das regras é relativamente baixo”. Além da generalidade Robert Alexy aponta outros critérios³ que auxiliam na distinção entre princípios e regras.

Com base nesses critérios o autor aponta três teses inteiramente diversas acerca da diferenciação entre princípios e regras. Passamos agora ao entendimento de cada uma delas e a apresentação daquela que o autor considera correta:

Segundo Robert Alexy a primeira teoria “sustenta que toda tentativa de diferenciar as normas em duas classes, a das regras e a dos princípios, seria, diante da diversidade existente, fadada ao fracasso” (ALEXY, 2013, p. 89).

O autor acredita que “só seria possível tornar essa diferenciação perceptível se na possibilidade dos critérios expostos, dentre os quais alguns permitem apenas diferenciações gradativas, sejam combinados de maneira que assim se desejar” (ALEXY, 2013, p. 89).

Neste caso, Robert Alexy afirma:

não seria difícil imaginar uma norma que tenha alto grau de generalidade, não seja aplicável de pronto, não tenha sido estabelecida expressamente, tenha um notório conteúdo axiológico e uma relação jurídica íntima com a ideia de direito, seja importantíssima para ordem jurídica forneça razões para regras e possa ser usada como um critério para a avaliação de argumentos jurídicos (ALEXY, 2013, p. 89).

³ Outros critérios discutidos são “a determinabilidade dos casos de aplicação, a forma de seu surgimento- por exemplo, por meio da diferenciação entre normas “criadas” e normas “desenvolvidas” -, o caráter explícito de seu conteúdo axiológico, a referência à ideia de direito ou a uma lei jurídica suprema e a importância para a ordem jurídica. Princípios e regras são diferenciados também com base no fato de serem razões para regras ou serem eles mesmos regras, ou, ainda, no fato de serem normas de argumentação ou normas de comportamento (ALEXY, 2011, p. 89).

Quanto à tese supracitada, o autor ainda alerta que “é necessário atentar para as diversas convergências e diferenças. Semelhanças e dessemelhanças, que são encontradas no interior da classe das normas, algo que seria mais bem captado com a ajuda do conceito wittgensteiniano de *semelhança de família*⁴ que por meio de uma divisão em duas classes” (ALEXY, 2013, p. 90).

A segunda tese é assim definida por Robert Alexy “aqueles que, embora aceitem que as normas possam ser divididas de forma relevante em regras e princípios, salientam que essa diferenciação é *somente de grau*. Os adeptos dessa tese são sobretudo aqueles vários autores que veem no grau de generalidade o critério decisivo para distinção” (2013, p. 90).

Por fim, chega-se a terceira tese a qual é vista pelo autor como sendo a forma correta de se distinguir regras e princípios. Segundo Robert Alexy, “essa terceira tese sustenta que as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e que entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença *qualitativa*” (2013, p. 90).

Para o autor “há um critério que permite que se distinga, de forma precisa, entre regras e princípios”. Esse critério não se encontra naqueles elencados anteriormente, mas “declara a maioria dos critérios tradicionais nela contidos como típicos, ainda que não decisivos, dos princípios” (ALEXY, 2013, p. 90).

Tendo essa última tese como base para sua teoria sobre os princípios Robert Alexy nos traz a definição do que seria princípio e do que seria regra sob seu ponto de vista:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2013, p. 90).

Oportuno também salientar o conceito de regras trazido pelo autor:

As regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2011, p. 91).

⁴ Cf. Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, §§ 66-67. Citado por Robert Alexy (2011).

Assim como discutido na teoria de Ronald Dworkin no item anterior do presente trabalho, Robert Alexy também aponta a colisão entre os princípios e os conflitos entre regras. O autor acredita que a diferença entre regras e princípios se torna ainda mais clara quando examinados os casos de conflitos e colisões e quando se elucida o que há de comum entre eles.⁵

Neste momento, será analisado o conflito de regras e a solução apontada por Robert Alexy para o problema. O autor elucida que “esse conflito só pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida” (ALEXY, 2011, p. 92).

Assim, se a primeira opção da cláusula de exceção não for possível, pelo menos umas das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Há de se ressaltar também como o autor interpreta a validade jurídica. Para Robert Alexy, o conceito de validade jurídica não é variável, para o autor ou “um norma jurídica é válida ou não é” (2011, p. 92).

Para esclarecer esse conflito Robert Alexy (2011, p. 92) faz o seguinte apontamento:

em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida.

Contudo, percebe-se que somente a constatação de que pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida quanto uma cláusula de exceção não é possível em um conflito entre regras nada diz sobre qual deverá ser tratada dessa forma.

Para isso, o autor sugere que tal “problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori e lex specialis derogat legi generali*, mas também é possível proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito. O fundamental é: a decisão é uma decisão sobre validade” (ALEXY, 2011, p. 93).

Passamos agora, ao entendimento dado pelo autor quanto a solução para resolver o problema da colisão entre os princípios. Robert Alexy alerta que “As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Quando dois princípios colidem – o

⁵ A diferença entre regras e princípios mostra-se com maior clareza nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Comum às colisões entre princípios e aos conflitos entre regras é o fato de que duas normas, se isoladamente aplicadas, levariam a resultados inconciliáveis entre si, ou seja, a dois juízos concretos de dever-ser jurídico contraditórios. E elas se distinguem pela forma de solução do conflito (ALEXY, 2011, p. 91).

que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder” (ALEXY, 2011, p. 93).

Entretanto, ao contrário do que acontece com as regras em que na escolha de uma a outra deve ser declarada inválida, o autor esclarece que “nem o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção”. Robert Alexy explica que “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições” (2011, p. 93).

O autor esclarece que “sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência” (ALEXY, 2011, p. 94).

Robert Alexy termina a discussão dos conflitos e das colisões ao explicar que “os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios – visto que só princípios válidos podem colidir – correm, para além dessa dimensão, na dimensão do peso” (ALEXY, 2011, p. 94).

Após a análise dos conflitos entre regras e das colisões entre os princípios, é relevante que se apure o distinto caráter “prima-facie” das regras e dos princípios. Ressalta-se a importância do tema, tendo em vista o destaque dado pelo autor em sua obra (ALEXY, 2011). Além disso, o estudo contribui para que se tenha de forma mais apurada do que seria princípio para Robert Alexy.

Para o autor “os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*”. Robert Alexy elucida que os princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas (2011, p. 104).

A partir disso o autor conclui que “A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contra-razão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas” (ALEXY, 2011, p. 104).

Ao analisar as regras percebe-se que o caso é totalmente diverso. Alexy (2011, p. 104) ressalta que:

Como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades

jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que ela prescreve.

Diante disso, poderia-se até se imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Ressalta-se aqui, o modelo apresentado por Dworkin no ponto anterior do trabalho, quando esse autor afirma que regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão.

Robert Alexy alerta que “esse modelo é muito simples e que um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido” (2011, p. 104).

Salienta-se que a necessidade do modelo diferenciado ao lado das regras decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Pois, se isso ocorre a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. Robert Alexy explica que “A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio”. Para Ronald Dworkin (2011, p. 104), como visto anteriormente isso não seria possível⁶.

Robert Alexy sugere que se imagine “um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusula de exceção”. O autor explica que dessa forma, “as regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daqueles dos princípios” (ALEXY, 2011, p. 105).

O autor entende que “um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao outro princípio contrário ao princípio que sustenta a regra” (ALEXY, 2011, p. 105).

Desta forma, Robert Alexy (2011, p. 105) sustenta que “é necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática pré-estabelecida”. O autor chama esses princípios de princípios formais.

Robert Alexy ressalta que “em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui

⁶ Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude dos princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula de exceção (ALEXY, 2011, p. 104).

aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras”. O autor ainda salienta que “somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*” (ALEXY, 2011, p. 105).

Nesse sentido, o autor faz o seguinte apontamento:

O fato de o enfraquecimento do caráter definitivo das regras não faz com que essas passem a ter o mesmo caráter *prima facie* dos princípios, isso constitui apenas um lado da questão. O outro lado é que, mesmo diante de um fortalecimento de seu caráter *prima facie*, os princípios não obtêm um caráter *prima facie* como o das regras. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios (ALEXY, 2011, p. 106).

Da discussão sobre o caráter *prima facie* dos princípios e regras pode-se alegar que os princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, se não houver estabelecimento de alguma exceção, razões *definitivas* (ALEXY, 2011, p. 106).

Robert Alexy ainda aborda as regras e os princípios como razões. O autor explica que “eles podem ser considerados razões para ações ou razões para normas; enquanto razões para normas, podem eles ser razões para normas universais (gerais-abstratas) e/ou para normas individuais (juízos concretos de dever-ser)” (2011, p. 107).

O autor sustenta que “regras e princípios devem ser considerados razões para normas, eles são também indiretamente razões para ações”. Robert Alexy defende o ponto de vista da Ciência do Direito. Segundo ele, “na Ciência do Direito são formulados juízos sobre o que é devido, o que é proibido e o que é permitido, e o juiz decide exatamente sobre isso” (2011, p. 107).

Observa-se que “o conceito semântico de norma é desenvolvido para essa tarefa. Se se compreendem regras e princípios como razões para normas, a relação de fundamentação fica limitada objetos de uma categoria, o que facilita seu manejo e, sobretudo, sua análise lógica” (ALEXY, 2011, p. 107).

Robert Alexy, contudo, afirma que um dos critérios para a diferenciação entre princípios e regras, abordados pela Ciência do Direito, classifica os princípios como razões para regras, e somente para regras. O autor alega que “se esse critério fosse correto, princípios não poderiam servir como razões diretas para decisões concretas” (2011, p. 107).

Nesse sentido Robert Alexy (2011, p. 107) esclarece que:

A compreensão de que os princípios são razões para regras e as regras são razões para decisões concretas (normas individuais) tem à primeira vista, algo de plausível.

Mas, a partir de uma análise mais detalhada, essa concepção mostra-se incorreta. Regras podem ser também razões para outras regras e princípios podem ser também razões para decisões concretas.

Após o entendimento sobre a teoria da distinção entre princípios e regras de Robert Alexy e de Ronald Dworkin, pode-se apontar que a evolução doutrinária apresentada demonstra critérios que usualmente são empregados para essa distinção, Humberto Ávila (2013, p. 42-43) enumera os seguintes critérios:

1º Critério - hipotético-condicional, que se fundamenta no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo, *se, então*, enquanto os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para futuramente encontrar a regra para o caso concreto.

2º Critério – modo final, que se sustenta no fato de as regras serem aplicadas de modo absoluto *tudo ou nada*, ao passo que os princípios são aplicados de modo gradual *mais ou menos*.

3º Critério – relacionamento normativo – que se fundamenta na ideia de a antinomia entre as regras consubstanciar verdadeiro conflito, solucionável com a declaração de invalidade de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que o relacionamento entre os princípios consiste num imbricamento, solucionável mediante ponderação que atribua uma dimensão de peso de cada um deles.

4º Critério – fundamento axiológico – que considera os princípios, ao contrário das regras, como fundamentos axiológicos para a decisão a ser tomada.

As considerações feitas até o momento são da mais alta importância. De um lado, porque “a teoria dos princípios, tal como inicialmente concebida nas obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, foi recebida, com raras exceções, de maneira a crítica no Brasil, especialmente mediante a incorporação, sem mais, dos critérios de distinção entre princípios e regras” supracitados e nos modos de aplicação e colisão (ÁVILA, 2013, p. 139).

Após analisar de forma mais aprofundada as teorias clássicas sobre princípios e regras, bem como suas distinções e especificidades. Passaremos agora, a abordagem mais atual do tema, para isso será examinado como a teoria ponderativa dos princípios de Robert Alexy foi recepcionada no Brasil e como auxiliou na construção do conceito atual de *principio* no ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 A CRÍTICA, CONSAGRAÇÃO E INCORPORAÇÃO DA TEORIA PONDERATIVA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY NO BRASIL E SUA UTILIZAÇÃO NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Com base nas teorias de Ronald Dworkin e Robert Alexy sobre a teoria de princípios e regras, Humberto Ávila (2013, p. 129) chega a seguinte constatação:

Um sistema não pode ser composto somente de princípios, ou só de regras. Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos, controle e poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos.

Humberto Ávila esclarece que, a rigor, “não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios”. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo sequer conceber uma sem a outra e outra sem a uma (ÁVILA, 2013, p. 129).

Ainda sobre as teorias explicitadas nos pontos anteriores do presente trabalho, Humberto Ávila (1999) faz o seguinte apontamento “a diferença entre regras e princípios é uma mera diferença no grau de abstração, sendo os princípios mais abstratos do que as regras”. Como sustentação para sua tese, argumenta ele que “as regras não são aplicadas seguindo o modelo "tudo ou nada", pois, tanto quanto os princípios, devem passar elas por um processo interpretativo”.

A partir daí podemos esclarecer de que forma a teoria ponderativa dos princípios de Robert Alexy foi recepcionada no Brasil. Aqui se dará enfoque a visão de Humberto Ávila, segundo esse autor “a ponderação não é um método privativo de aplicação dos princípios”, e que esses por sua vez também “não possuem uma dimensão de peso” como sustentava Alexy (2011, p. 57).

Humberto Ávila acredita que “a ponderação não é método privativo de aplicação dos princípios”. Ele ainda sustenta que “a ponderação ou balanceamento, enquanto razões e contrarrazões que culminam com a decisão de interpretação, também podem estar presente no caso de dispositivos hipoteticamente formulados, cuja aplicação é preliminarmente havida como automática” (2013, p. 57).

Humberto Ávila acredita que o modelo⁷ apontado por Alexy e que mesmo sendo amplamente difundido “merece ser repensado. Isso porque em alguns casos as regras entram em conflito sem que percam a sua validade, e a solução para o conflito depende da atribuição de peso maior a uma delas” (ÁVILA, 2013, p. 57).

⁷ Em primeiro lugar, a atividade de ponderação ocorre na hipótese de regras que abstratamente convivem, mas concretamente podem entrar em conflito. Costuma-se afirmar que quando duas regras entram em conflito, de duas, uma: ou se declara a invalidade de uma das regras, ou se abre uma exceção a uma das regras de modo a contornar a incompatibilidade entre elas. Em razão disso, sustenta-se que as regras entram em conflito no plano abstrato, e a solução desse conflito insere-se na problemática da validade das normas. Já quando dois princípios entram em conflito deve-se atribuir uma dimensão de peso maior a um deles. Por isso, assevera-se que os princípios entram em conflito no plano concreto, e a solução desse conflito insere-se na problemática da aplicação (ÁVILA, 2013, p. 57).

Para maior esclarecimento, Humberto Ávila (2013, p. 58) sugere o seguinte exemplo:

Uma regra do Código de ética Médica determina que o médico deve dizer para seu paciente toda a verdade sobre sua doença, e outra estabelece que o médico deve utilizar todos os meios disponíveis para curar seu paciente. Mas como deliberar o que fazer no caso em que dizer a verdade ao paciente sobre sua doença irá diminuir as chances de cura, em razão do abalo emocional daí decorrente? O médico deve dizer ou omitir a verdade?

Humberto Ávila (2013, p. 58) explica que casos como o do exemplo supracitado demonstram que o conflito de regras não é estabelecido necessariamente em nível abstrato, mas pode surgir no plano concreto, como ocorre normalmente com os conflitos. Esses casos também indicam que a decisão também envolve uma atividade de sopesamento entre razões.

Esse é apenas um dos exemplos que o autor cita para esclarecer que “a atividade de ponderação de razões não é privativa da aplicação dos princípios, mas é qualidade geral de qualquer aplicação de normas”. Para Humberto Ávila, não é correto afirmar que os princípios, em contraposição às regras são carecedores de ponderação (2013, p. 63).

O autor elucida que “a ponderação diz respeito tanto aos princípios quanto às regras, na medida em que qualquer norma possui um caráter provisório que poderá ser ultrapassado por razões havidas como mais relevantes diante do caso concreto. O tipo de ponderação é que é diverso” (ÁVILA, 2013, p. 64).

Humberto Ávila acredita que o ponto mais importante de sua teoria é esclarecer que: “dizer que tanto as regras quanto os princípios exigem um processo discursivo e argumentativo de sopesamento de razões não é igual a afirmar que as regras e os princípios se submetem ao mesmo processo discursivo e argumentativo de razões”. O autor elucida que “o tipo de ponderação e de justificação é distinto na aplicação as regras e dos princípios” (2013, p. 64).

Outro ponto importante que o autor analisa sobre a teoria de Robert Alexy é que, de acordo, com Humberto Ávila, “não é coerente afirmar que *somente* os princípios possuem uma dimensão de peso. A dimensão axiológica não é privativa dos princípios, mas elemento de qualquer norma jurídica”. Ávila explica que “os métodos de aplicação que relacionam, ampliam, ou restringem o sentido das regras em função dos valores e fins que elas visam a resguardar comprovam essa afirmação. As interpretações, extensiva e restritiva, são exemplos disso” (2013, p. 65).

Ainda sobre a dimensão de peso dos princípios, Humberto Ávila continua sua sustentação de que tal “dimensão de peso não é algo que já esteja incorporado a um tipo de

norma”. Para o autor, “as normas não regulam sua própria aplicação. Não são, pois, os princípios que possuem uma dimensão de peso: às razões e aos fins aos quais eles fazem referencia é que deve ser atribuída uma dimensão de importância” (2013, p. 65).

O autor acredita que “a maioria dos princípios nada diz sobre o peso de suas razões. É a decisão que atribui aos princípios um peso em função das circunstancias do caso concreto”. Ele conclui que “a dimensão de peso não é, portanto, atributo abstrato dos princípios, mas qualidade das razões e dos fins a que eles fazem referencia, cuja importância é atribuída pelo aplicador” (2013, p. 65).

Por fim, o último ponto a ser esclarecido em relação a recepção a teoria ponderativa no Brasil é a concepção de Robert Alexy sobre princípio como mandamentos de otimização. Humberto Ávila desconstrói a teoria de Robert Alexy ao explicar que “Um mandamento de otimização não pode ser aplicado *mais ou menos*. Ou se otimiza ou não se otimiza (2013, p. 65).

Humberto Ávila (2013) compreende que “o mandado de otimização, diz respeito, portanto, ao uso de um princípio: o conteúdo de um princípio deve ser otimizado no procedimento de ponderação”. O autor faz uma pequena referencia alegando que o próprio Alexy passou a aceitar a distinção entre comandos para otimizar e comandos para serem otimizados⁸.

Nota-se que, de acordo com os ensinamentos de Humberto Ávila em relação a teoria ponderativa dos princípios de Robert Alexy, “o ponto decisivo não é, portanto, a falta de ponderação na aplicação das regras, mas o tipo de ponderação que é feita e o modo como ela deverá ser validamente fundamentada – o que é algo diverso” (2011, p. 70).

Por outro lado, há de se destacar que conforme os ensinamentos de José dos Santos Carvalho Filho (2015, p. 19) “a doutrina moderna tem-se detido, para obtenção do melhor processo de interpretação, no estudo da configuração das *normas jurídicas* os ensinamentos de Robert Alexy e Ronald Dworkin”.

É necessário, portanto, que se esclareça como a doutrina moderna analisou e como incorporou as teorias de Robert Alexy e Ronald Dworkin no ordenamento jurídico brasileiro. Viu-se anteriormente apenas a visão critica de Humberto Ávila. Neste momento, é de suma importância, que se destaque qual entendimento que predomina atualmente sob a discussão entre princípios e regras.

⁸ Robert Alexy (2011), “My philosophy of law: the institutionalization of reason”, *The Law in Philosophical Perspectives*, p.39 e “On the structure of legal principles” *Ratio Juris* 13/300.

Carvalho Filho explica que para a doutrina moderna as normas jurídicas admitem a classificação em duas categorias básicas: *os princípios e as regras*. “As regras são operadas de modo disjuntivo, vale dizer, o conflito entre elas é dirimido no *plano de validade*: aplicáveis ambas a mesma situação, uma delas apenas a regulará, atribuindo-se à outra caráter de nulidade” (2015, p. 19).

O autor elucida que em relação aos princípios, esses não se excluem do ordenamento jurídico na hipótese de conflito: “dotados que são de determinado *valor* ou *razão*, o conflito entre eles admite a adoção do critério da *ponderação de valores*, vale dizer, deverá o interprete averiguar a qual deles, na hipótese *sub examine*, será atribuído *grau de preponderância*” (CARVALHO FILHO, 2015, p. 19).

Carvalho Filho esclarece que, no caso dos princípios, “não há nulificação do princípio postergado; este, em outra hipótese e mediante nova ponderação de valores, poderá ser o preponderante, afastando-se o outro princípio em conflito” (2015, p. 19).

Após a análise histórica e evolutiva sobre a discussão entre a distinção de princípios e regras, bem como a recepção da teoria ponderativa dos princípios de Robert Alexy no Brasil, é necessário que se demonstre como a doutrina brasileira incorporou esses ensinamentos em suas obras e qual a definição de princípio dada por ela no ordenamento jurídico brasileiro atualmente.

Cumpre, pois, destacar que a abordagem principiológica será dada sob o prisma do direito administrativo, tema central do presente trabalho. Assim, não somente será conceituado o que é princípio para esse ramo do direito, como também quais princípios norteiam o direito administrativo brasileiro.

Nesse sentido toma-se como princípio o ensinamento dado pelo celebre professor de Direito Administrativo Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 54):

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia, sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. “A desatenção a um princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos”. O autor explica que “a violação de princípio é a forma mais grave de ilegalidade ou de inconstitucionalidade,

conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra” (2015, p. 54).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, traz em sua obra o conceito de princípio dado por José Cretella Júnior: “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência” (2015, p. 96).

Após apresentada a definição de princípio ante o direito administrativo brasileiro, é relevante que se aponte quais os principais princípios que fundamentam esse ramo do direito no Brasil. Para tanto, será utilizada a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2015).

Hely Lopes Meirelles ensina que os princípios básicos da administração pública estão consubstanciados em doze regras de observância permanente e obrigatória para o bom administrador e na interpretação do Direito Administrativo: “legalidade, moralidade, impessoalidade ou finalidade, publicidade, eficiência, razoabilidade, proporcionalidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, motivação e supremacia do interesse público” (2015, p. 89).

Verifica-se que os cinco primeiros aludidos pelo autor estão expressamente previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Brasileira de 1988; e os demais embora não mencionados decorrem do regime político brasileiro, tanto que, ao lado daqueles, foram textualmente enumerados pelo artigo 2º da Lei federal 9.784, de 29.1.99⁹ da qual se extrai que a Administração Pública deve obedecer aos princípios acima referidos.

Nota-se que por esses padrões é que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas de todo aquele que exerce o poder público. Constituem, por assim dizer, “os fundamentos da ação administrativa, ou por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para uma boa guarda e zelo dos interesses sociais” (MEIRELLES, 2015, p. 90).

Em breve síntese, serão conceituados os princípios considerados pela doutrina moderna como os mais relevantes que permeiam o direito administrativo brasileiro. Ainda sob o lume da doutrina de Hely Lopes que assim dispõe:

a) Legalidade: a *legalidade*, como princípio da administração pública (CF, art. 37, *caput*) significa que o “administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito

⁹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido ou expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso” (MEIRELLES, 2015, p. 90).

b) Moralidade: “a *moralidade administrativa* constitui, hoje em dia, pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, *caput*), não se trata da *moral comum*, mas sim da *moral jurídica*, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração” (MEIRELLES, 2015, p. 91).

c) Impessoalidade ou finalidade: (CF, art. 37, *caput*), nada mais é do que o clássico princípio da finalidade, o qual “impõe ao administrador público que só pratique o ato para seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de *forma impessoal*” (MEIRELLES, 2015, p. 95).

d) Razoabilidade e proporcionalidade: implícito na Constituição Federal, tal princípio “objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais”. Como se percebe, parece-nos que a razoabilidade envolve a proporcionalidade, e vice-versa. Registra-se, ainda, que “a razoabilidade não pode ser lançada como instrumento de substituição da vontade da lei pela vontade do julgador ou do interprete, mesmo porque cada norma tem razão de ser” (MEIRELLES, 2015, p. 96).

e) Publicidade: “é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos” (MEIRELLES, 2015, p. 97).

f) Eficiência: “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional” (MEIRELLES, 2015, p. 102).

g) Motivação: pela motivação “o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática” (MEIRELLES, 2015, p. 106).

h) Interesse público ou supremacia do interesse público: também chamado de princípio da supremacia do interesse público ou da finalidade pública, corresponde ao “atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competência, salvo autorização em lei”. O princípio do interesse público está intimamente ligado a finalidade. “A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade; não do Estado ou do aparelhamento do Estado” (MEIRELLES, 2015, p. 110).

i) Indisponibilidade do Interesse público: segundo o qual “a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral da coletividade, nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela”, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado, como representante da coletividade, e, por isso, só ela, pelos seus representantes eleitos, mediante lei, poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia (MEIRELLES, 2015, p. 110).

A fim de complementar o que já foi mencionado até o momento e por fim concluir o primeiro capítulo do presente trabalho tem-se o seguinte ensinamento de Celso Antônio Bandeira de Mello em relação aos princípios acima definidos:

Assentados, pois, na firme convicção sobre a importância dos princípios, pretende-se que é instrumento útil para evolução metodológica do trato do Direito Administrativo considerar o regime administrativo enquanto categoria jurídica básica, isto é, tomado em si mesmo, ao invés de considerá-lo apenas implicitamente, como de hábito se faz, ao tratá-lo em suas expressões específicas consubstanciadas e traduzidas nos diferentes institutos (MELLO, 2015, p. 54-55).

Ressalta-se que as definições no que apresentadas até o momento são de grande relevância para o trabalho, tendo em vista que o próximo capítulo abordará de que maneira os princípios do direito administrativo brasileiro limitam a discricionariedade administrativa.

Há que se considerar, ainda, outras críticas de juristas brasileiros às teorias ponderativas de princípios, como as de Lenio Streck ao tratar daquilo que ele chama de “pan principialismo”. Entretanto, tais teorias não serão objeto de análise neste trabalho (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012).

3 O PAPEL DOS PRINCÍPIOS NO CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

3.1 OS LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Sublinhada a importância dos princípios constitucionais, faz-se necessário verificar como se concilia a consagração desses preceitos com o exercício da ação discricionária, deferida pela lei à Administração para o desempenho de certos cometimentos. A adequada composição entre estes dois termos fornece a medida da extensão que ao Judiciário examina os atos administrativos expendidos no gozo de certa liberdade discricionária.

Antes de adentrar-se no conceito e os limites da discricionariedade administrativa propriamente dita, cumpre ressaltar que a discricionariedade dada a Administração não se traduz em liberdade plena para que o agente público adote conduta segundo a sua livre escolha. Neste Capítulo serão examinados os principais fatores condicionantes dos limites da discricionariedade, começando pela finalidade da lei.

Segundo Faria (2011, p. 166) “a discricionariedade é legal, em oposição à arbitrariedade, que é ilegal”. Significa que a lei, embora conceda ao administrador o poder para agir na ocorrência dos casos concretos, estabelece-lhe parâmetros a serem observados. Esses parâmetros são previstos na própria lei em que se fundamenta o ato ou o comportamento, no sistema jurídico como um todo, nos princípios gerais de direito, na justiça, na ética, na moral, na probidade, na boa-fé, nos costumes e no direito natural dos princípios jurídicos.

Entende-se que a vontade da lei ou a sua finalidade genérica é a promoção do bem-estar social, é o interesse público. A lei regula os fatos de modo a estabelecer o equilíbrio das vontades, garantir boa convivência entre as pessoas e a satisfação pessoal de cada um dos membros da comunidade, os anseios, a satisfação e a felicidade são valores inerentes à pessoa humana. Diante disso, cabe ao Estado o dever de dirigir sua conduta no sentido e garantir à pessoa a satisfação desse valor.

Se cabe a lei, mesmo que de modo implícito assegurar todos esses valores, como bens por ela protegidos, está também consignado que o poder discricionário da Administração está limitado a suprir-lhe as falhas, na manutenção desse equilíbrio social e da realização da dignidade da pessoa humana. Salienta-se que, quando se perquire a vontade da lei, não se examina apenas o que nela está prescrito, claramente, na letra expressa.

Segundo Faria, “a lei deve ser interpretada no contexto social em que se encontra inserida, sob o ângulo de justaposição com outras normas do sistema jurídico”. O autor elucida que, muitas vezes, “a lei que autoriza a edição de determinado ato não tem, em si, o motivo imediato, Por isso, o interprete deve desenvolver ingente e até penoso trabalho de hermenêutica investigatório na tentativa de encontrar qual a real vontade da lei em seu sentido mais abrangente possível” (2011, p. 166).

Faria ao citar Augustín Gordillo (1977), explica que para esse autor “não se pode, na fase atual da evolução do Direito, admitir a atuação da faculdade discricionária, além dos limites jurídicos. A discricionariedade é legal, podendo se exercer somente segundo a lei”. Edimur Ferreira de Faria ainda analisa o entendimento de Caio Tácito (1954), o qual esclarece que “a Administração, no exercício de suas funções, tem a faculdade de fixar critérios e formas, com vistas à solução mais adequada, não podendo, contudo, fugir ao principio da legalidade, pois a esse se subordina” (2011, p. 167).

Como se vê a finalidade do ato decorrente do poder discricionário é vinculada. A administração não a faculdade de escolher finalidade diferente da prevista na lei que serve de base para editar o ato discricionário. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 45) faz a seguinte análise quanto à finalidade da norma como baliza da discricção:

A boa intelecção da regra de Direito impõe reconhecer que o campo da liberdade administrativa de corrente das normas que prefiguram discricção é muito mais angusto do que habitualmente se admite, seja porque a situação concreta é que lhe dará sua verdadeira dimensão, reduzindo-o muito (quando não se extingue), seja porque a Administração Pública está sujeita ao “dever de boa administração.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 45) ao citar, Guido Falzone, explica que para esse autor “o “dever de boa administração” mais que um dever moral ou de ciência da administração; é um dever jurídico, porque quando não há boa administração, não há satisfação da finalidade legal e quando não há satisfação da finalidade legal não há satisfação real da regra de Direito, mas violação dela”, pois uma regra de Direito depende inteiramente da finalidade, por ser ela que lhe ilumina a compreensão.

Celso Antônio Bandeira de Mello ainda acrescenta que “O fato da finalidade estar muitas vezes implícita ou de ser nomeada mediante conceitos fluidos não é impediante a que cumpra esta função de norte orientador do intérprete”. O autor faz menção a Ihering, citado por Recaséns Siches “o fim é o criador de todo Direito; não há norma jurídica que não deva sua origem a um fim, a um proposito, isto é, a um motivo prático” (2004, p. 45).

Por fim quanto a observância da finalidade da lei como limite à discricionariedade observa-se que a vontade da lei é condição fundamental para a edição correta do ato administrativo pela Administração. E essa deve buscar sempre a atender de modo preciso a finalidade da lei. Resulta certo que a liberdade administrativa acaso conferida por uma norma de direito não significa sempre liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos.

Não significa poder de opções livres, como as do direito privado. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, significa “o dever jurídico funcional (questão de legitimidade e não de mérito) de acertar, ante a configuração do caso concreto, a providência – isto é, o ato- ideal, capaz de atingir com exatidão a finalidade da lei, dando, assim, satisfação ao interesse de terceiros – interesse coletivo e não do agente – tal como firmado na regra aplicanda” (2004, p. 47).

Visto a finalidade da lei como raia à discricionariedade é relevante que se analise a finalidade do ato administrativo como fator limitante da vontade discricionária do administrador. Destaca-se que, consoante o ensinamento de Ferreira de Faria (2011, p. 169) “o administrador não possui a faculdade de escolher a finalidade do ato. A sua função, nesse mister, é a de produzir determinado ato destinado a materializar a vontade da lei no fato ocorrido”.

Percebe-se que o ato tem por finalidade implementar a finalidade da lei que se dirige à promoção do bem estar social ou garantir a estabilidade desse valor. Sendo o meio o ato pelo qual se cumpra essa vontade legal, pode-se afirmar que, de acordo com Faria (2011, p. 169).

a finalidade do ato, em última instância, é a finalidade da lei, que por sua vez é a finalidade de interesse público. Se o interesse público é o interesse perseguido pelo ato administrativo, a discricionariedade da Administração não encontra espaço para indicar finalidade que contrarie tal princípio.

Cumpridas as finalidades da lei e as finalidades do próprio ato administrativo, cabe ao administrador observar os motivos do ato administrativo, motivos determinantes e motivos de fato. Tais motivos, como será demonstrado, também servem de balizas à discricionariedade administrativa. Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello que “Todo e qualquer ato administrativo, provenha de onde provier – Legislativo, Executivo ou Judiciário – tem requisitos para sua válida expedição.

O autor explica que dentre esses requisitos estão, “os atos devem estar de par com o estrito respeito à finalidade que a lei assinala para o ato, avulta a exigência de que a conduta

administrativa esteja estribada nos *pressupostos fáticos*, isto é, nos *motivos* que a norma jurídica tomou em conta ao autorizar ou exigir dada providência” (MELLO, 2004, p. 86).

Usar-se-á o conceito de *Motivo* de Celso Antônio Bandeira de Mello: “Motivo, como se sabe, é a situação de direito ou de fato que autoriza ou exige a prática do ato” (2004, p. 86).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 86) esclarece que se

a regra de direito enuncia que um dado ato pode (ou deve), ser produzido quando presente determinado *motivo* (isto é, uma dada situação de fato), resulta óbvio ser condição da lisura da providência adotada que efetivamente tenha ocorrido ou seja existente aquela situação pressuposta na norma a ser aplicada.

Celso Antônio Bandeira de Mello elucida ainda que “Se o fato presumido pela lei não existe, sequer irrompe a competência para expedir o ato, pois as competências não são conferidas para serem exercidas a esmo. Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal”. O autor conclui que “o *motivo* é a demarcação dos *pressupostos fáticos* cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato” (2004, p. 86).

Explica Edimur Ferreira de Faria que “O motivo do ato está, pois, na ocorrência de fato previsto na lei, ainda que genericamente, como condição para a prática de ato administrativo”. Para Edimur Ferreira de Faria “o motivo determinante do ato administrativo não deve, por conseguinte, estar na vontade do agente, tendo em vista que esses motivos determinantes são certas situações de fato ou de direito que recomendam ou impõem a edição de determinado ato” (2011, p. 169).

De Edimur Ferreira de Faria ensina que “O agente não dispõe de faculdade para criar ou supor o motivo, mas apenas para verificar sua existência”. Disso se extrai que a inoocorrência de motivos implica a impossibilidade da edição do ato. A verificação do motivo, em tese, legitima a produção do respectivo ato, sob pena de omissão com consequências próprias (2011, p. 169).

Além da competência, indispensável á edição do ato administrativo, Edimur Ferreira de Faria coloca que “é imprescindível, entre outros, o motivo determinante. O administrador não parte do nada. A verificação dos motivos é indispensável para se editar ato válido” (2011, p. 169).

Pode-se afirmar que, segundo Caio Tácito, citado por Edimur Ferreira de Faria, “o ato administrativo se inicia, portanto, com a verificação dos motivos. Segue-se imediatamente à

apreciação do valor desses motivos, a fim de que possa a autoridade se orientar no tocante à necessidade de agir ou sobre meios indicados para obtenção do resultado” (2011, p. 170).

Em suma pode-se dizer que o ato que tiver por fundamento motivo diverso do que a lei prevê para determinada situação em concreto é passível de nulidade, pois a existência de motivo e a justeza dele com a lei são condições indispensáveis à validade do comportamento da Administração.

Por essas razões é que se vê a necessidade de a autoridade administrativa motivar todos os atos que pretende produzir. A motivação é fundamental e indispensável aos órgãos de controle, mormente o Judiciário, quando instado a pronunciar-se sobre ato emanado da Administração Pública. Assim, a liberdade discricionária esbarra, entre outros limites, nos motivos do ato administrativo.

Com vistas a explicitar de forma bastante completa quais as balizas da discricionariedade administrativa no Brasil, cumpre examinar o abuso de poder, excesso de poder ou ainda para Celso Antônio Bandeira de Mello desvio de poder ou desvio de finalidade. Esse desvio “compreende a atuação do agente administrativo, sem previsão legal ou fora dos limites legais ou ainda contrário aos fins previstos na lei” (FARIA, 2011, p. 180).

Celso Antônio Bandeira faz uma ressalva de que “só há de se falar em desvio de poder quando a autoridade possui, em tese, competência para prover sobre a matéria objeto do ato”. O autor afirma que “Se mesmo abstratamente lhe falecessem poderes para decidir do modo como o fez, o vício no qual teria incorrido seria outro: pura incompetência *formal*, quando sequer desfrutasse do plexo de poderes para dispor sobre a questão versada ou simples transgressão da lei”, caso dispondo dos poderes em pauta houvesse infringido competência vinculada por decidir de modo contrário o que a lei impunha (2004, p. 58).

Os atos praticados com abuso de poder “são considerados viciados por terem sido editados em desconformidade com os limites da discricionariedade. Ressalta-se, desde logo, que a possibilidade de o agente atuar com abuso de poder verifica-se, com frequência, no exercício do poder discricionário”. O abuso se manifesta no momento em que se verifica a transgressão dos limites estabelecidos na regra de Direito, para o exercício do poder discricionário (FARIA, 2011, p. 180).

Para Cretella Júnior (1976, p. 79)

Desvio de poder é o uso indevido que o administrador faz do poder discricionário de que é detentor para atingir fins diversos do que a lei assinalara. Ou é o uso indevido que a autoridade administrativa faz do poder que lhe é conferido para atingir finalidade diversa daquela que a li preceituara.

Celso Antônio Bandeira de Mello ainda observa que existem duas modalidades de desvio de poder. Em uma delas, “o agente administrativo, servindo-se de uma competência em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público”. Neste caso, atua para alcançar um fim pessoal, que tanto pode ser de perseguição a alguém como de favoritismo ou mesmo para atender um interesse individual do próprio agente (2004, p. 59).

Ainda sob a luz da doutrina de Celso Antônio Bandeira de Mello, a outra modalidade de desvio de poder, o agente manejando também uma competência que em abstrato possui, “busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada. Aí ter-se-á valido de uma competência inadequada, de direito, para o atingimento da finalidade almejada” (2004, p. 59).

O autor esclarece que nesta segunda hipótese “poderá suceder que a autoridade não tenha agido de má fé: isto é, poderá ocorrer que haja equivocadamente suposto que a competência utilizada fosse prestante, de direito, para alcançar a finalidade visada, quando, em rigor de verdade, não o era” (MELLO, 2004, p. 59). Disso se extrai que mesmo que a autoridade haja incidido em erro de Direito, ao imaginar cabível o manejo da competência para um fim só obejetivável por outra competência, quer que a autoridade tenha agido deliberadamente se servido de uma competência impropria, pretendendo com isto se eximir de embaraços e dificuldades ou demoras que o estorvavam ou retardariam – se fosse usado a competência pertinente – ainda assim haverá incorrido desvio de poder.

Cumprido ressaltar que os limites da discricionariedade administrativa estudados até o presente momento sejam eles – a finalidade da lei, a finalidade do ato administrativo, os motivos determinantes e motivos do ato e o abuso e desvio de poder – não são únicos. Como o objetivo do trabalho tem como viés a abordagem principiológica desse limite à discricionariedade, no próximo tópico será abordado quais princípios e de que forma eles servem de baliza para a discricionariedade administrativa.

Por fim cabe destacar o que acontece quando fica caracterizado que a Administração Pública age fora desses limites antes vistos. Diante da comprovação de uma conduta realizada pela Administração Pública fora desses limites, configura-se, “de acordo com o entendimento da doutrina e da jurisprudência administrativa e judiciária, arbitrariedade” (FARIA, 2011, p. 183).

Salienta-se que a arbitrariedade significa um comportamento sem lei ou fora da lei, por isso o atuar do agente público fora dos limites da discricionariedade se traduz em

arbitrariedade e, conseqüentemente, a produção de um ato que eiva de ilegalidade. Tem-se, por fim, que a arbitrariedade se opõe a discricionariedade.

Nesse momento, passar-se-á a abordagem principiológica à limitação da discricionariedade administrativa.

3.2 OS PRINCÍPIOS COMO BALIZAS À DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Os princípios como balizas à discricionariedade administrativa denotam um pressuposto de insuficiência da lei, em seu sentido estrito. A abordagem desses princípios é feita a partir da ideia inicial de utilização desses princípios como instrumentos de proteção e implementação dos direitos fundamentais, bem como de que forma se configuram e como operam na limitação da atuação da atividade discricionária.

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, os princípios passaram da função hermenêutica das normas programáticas onde tinham uma função supletiva nos casos de “lacunas na lei” para uma exercerem uma função propriamente normativa. Assim deixaram “o papel secundário de suprir o vazio da lei e se consolidaram como normas plenamente operantes na Constituição, obedecendo ao processo gradual” (CADEMARTORI, 2007, p. 87).

Luiz Henrique Cademartori destaca que “os princípios a serem reconhecidos como normas na Lei Suprema, o fizeram como prescrições de primeiro grau, de suma importância e de imediato, as mais qualificadas entre as normas constitucionais, ou seja, tornou-se patente a sua supremacia¹⁰ dentro do ordenamento jurídico” (CADEMARTORI, 2007, p. 87).

Para melhor entendimento, pode-se dizer que, segundo ensinamento de Luiz Henrique Cademartori (2007, p. 87):

Os princípios, dentro do ordenamento jurídico possuem duas funções: sistêmica e normogenética. A primeira estabelece que os princípios são as balizas do ordenamento jurídico, ou seja, servem como diretivas de organização do sistema. A segunda, por sua vez, deriva do fato de os princípios, por serem o fundamento do ordenamento jurídico, a partir deles, podem ser produzidas novas normas jurídicas.

Observa-se que os princípios, dentro do ordenamento jurídico, revelam-se de crescente importância não só como dinamizadores de muitos direitos fundamentais, mas também como decisivos na esfera específica do Direito Público, no qual “atuam geralmente como salvaguarda da pessoa, social ou individualmente considerada, contra eventuais extrapolções

¹⁰ Supremacia não no sentido de grau hierárquico, mas no sentido de função preponderante dentro do sistema.

por parte do Poder Público das prerrogativas que o Direito lhe confere” (CADEMARTORI, 2007, p. 113).

Isto posto, Luiz Henrique Cademartori ensina que é necessário que se faça uma nova interpretação do princípio constitucional-administrativo da legalidade.

Para ele, a interpretação tradicional desse princípio, de caráter reducionista, ao vincular, em caráter exclusivo, a atuação da Administração Pública ao que estava previamente disposto em lei, em sentido estrito, consequentemente entendia que a forma de proteção dos administrados frente ao Poder Público também se daria, basicamente em função dela (2007, p. 113)

Luiz Henrique Cademartori explica que, “a lei por não possuir em regra um caráter de generalidade abstração tão amplo quanto os princípios, acaba por tornar-se insuficiente para reger todo um espectro social de complexidade crescente, fenômeno este que atinge de forma diversa cada subsistema social” (2007, p. 114).

O autor ainda explica que, “em virtude dessa complexidade, os diversos grupos organizados exigem, constantemente, alguma forma de providencia estatal, cuja parcela maior de atuação, ou seja, execução das demandas sociais, está confiada à Administração Pública” (2007, p. 114).

Nesse sentido, Maria Sylvia de Pietro, “ao comentar o princípio da legalidade ao qual se vincula a Administração Pública brasileira, por força do art. 37, *caput*, da Constituição, afirmam que este não pode ser visto em moldes idênticos ao formalismo exacerbado do positivismo do século XIX” (1991, p. 33).

Extraí-se da análise de Maria Sylvia Di Pietro que a mesma Constituição que consagrou os valores supremos inspirados no pensamento iluminista do século XVIII (e que, no caso da Constituição brasileira, encontram-se plasmados no seu preambulo), decorrem outros princípios que afirmam a emergência de um Estado de Direito em substituição ao Estado Liberal.

Luiz Henrique Cademartori elucida que, em termos garantistas, trata-se do Estado Constitucional suplantando o Estado legislativo, onde o princípio da legalidade é, antes de mais nada, princípio da sujeição ao Direito. Assim, sob a ótica da teoria garantista, Luiz Henrique explica que:

A primazia constitucional, correlata do Estado Constitucional de Direito, demanda que todo ordenamento jurídico se origina na Constituição e esta, por seu turno, exerce função normativa de orientação valorativa com respeito a todos os desenvolvimentos posteriores que devem ser a execução daquilo que por ela é

previsto e isto, evidentemente, também vale para atividade administrativa. Além disso, a execução da Constituição, que também deve ser levada adiante pelo Legislativo, incluindo diretrizes políticas nas leis, compatíveis com os valores constitucionais, deve ser entendida, considerando que a pluralidade axiológica é um dado essencial nos ordenamentos jurídicos. Mas a medida destes será determinada pela garantia da centralidade da pessoa que dá sentido a toda dinâmica do Estado Constitucional, ou seja, a máxima expressão da centralidade do social frente ao poder estatal e sob o império do Direito (CADEMARTORI, 2007, p. 114).

Com isso, tem-se que estas ponderações terminam por justificar o desenvolvimento de princípios específicos ligado ao Direito Público e esses atuam como salvaguardas do cidadão frente ao Estado. De acordo com Cassagne, “os princípios assumem a missão de não somente compensar a desigualdade que deriva da posição jurídica do praticar frente ao Estado, mas também são formas de proteção tendentes a impedir as arbitrariedades dos poderes públicos que ocorrem com certa frequência” (1995, p. 08).

Luiz Henrique Cademartori, ao analisar o jurista argentino supracitado, ensina que “quando se trata de princípios de direito, a sua vigência não depende da sua recepção formal pelo ordenamento positivo, já que eles se constituem em fundamento das demais fontes de Direito. Portanto, estes princípios, mesmo os não legislados, assumem primazia, tanto sobre as normas legais como também sobre a jurisprudência e o costume” (1997, p. 116).

O autor ao citar Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que, ao adentrar no âmbito doutrinário do Direito Administrativo brasileiro, “chama atenção ao fato de que mesmo os princípios não elencados na Constituição, como é o caso de vários princípios de direito administrativo que por ele são desenvolvidos, guardam eles uma pertinência lógica com os princípios constitucionalmente consagrados”. (1998, p. 118).

Isto posto, se verifica, segundo Luiz Henrique Cademartori, seja em virtude de serem os princípios constitucionais implícitos uma consequência irrefratável dos princípios constitucionais explícitos, ou então por serem implicações evidentes do próprio Estado de Direito e, pois, do sistema constitucional como um todo (2007, p. 118)

Dessa forma, “os princípios como os da supremacia do interesse público sobre o privado; ou ainda princípios tais como os da finalidade, motivação, razoabilidade e proporcionalidade, dentre outros” são trazidos à tona por Celso Antônio Bandeira de Mello como “autênticas normas que, embora não estejam textualmente elencadas na Lei Maior, operam com a mesma eficácia que os outros princípios constitucionais” (2007, p. 118)

Diante do que foi estudado até o momento, percebe-se que os princípios implícitos assumem importância fundamental na esfera de atuação do Direito Administrativo. Com isso, deve-se precisar melhor algumas destas normas, “que se revelam decisivas e cada vez mais

utilizadas como instrumentos de controle jurisdicional da atividade discricionária estatal. São estes, fundamentalmente, os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade” (CADEMARTORI, 2007, p. 119).

Luiz Henrique Cademartori ensina que, os princípios que operam, em última análise, como “balizadores do controle jurisdicional sobre a atuação discricionária estatal, são basicamente, o da razoabilidade e a máxima da proporcionalidade”. Estes instrumentos, para o autor, “embora invocados para tal fim, ainda encerram alto grau de ambiguidade¹¹ na sua determinação, o que acarreta muitas polemicas quanto à sua correta incidência” (2007, p. 119).

A partir das considerações apresentadas até o momento faz-se necessário esclarecer cada principio separadamente. Inicialmente será abordado o principio da razoabilidade, para melhor entender tal principio é importante situá-lo historicamente no contexto da common law do inglês, e a seguir, no âmbito processual constitucional.

Luiz Henrique Cademartori elucida que a concepção que seja razoável (*reasonableness*) numa determinada decisão de autoridade pública “caracteriza-se como aquilo que contraria certos conceitos que, embora específicos, nem sempre a doutrina britânica determina. São eles, por exemplo, *wrong motive* (motivos errados), *improper purpose* (equivalente ao conceito de desvio de poder) além dá má fé ou intenção dolosa ou ainda abuso de poder, entre outros” (2007, p. 120).

O autor explica que tais conceitos e seu entendimento de que refletem atos irrazoáveis “vêm sendo deduzidos, paulatinamente, da jurisprudência desde começos do século XX. Até então, entendia-se que certas matérias eram discricionárias e este conceito era sinônimo de imunidade de controle jurisdicional” (2007, p. 120).

Numa análise mais atual do principio da razoabilidade, “Edimur Ferreira de Faria esclarece que a razoabilidade inclui-se entre os chamados conceitos jurídicos indeterminados; o que de certa forma dificulta-lhe a aplicação”. O autor salienta, contudo, que “há no termo razoabilidade, campo que qualquer cidadão reconhece, núcleo que se pode considerar objetivo, por estar fora da valoração subjetiva”. É justamente essa noção objetiva que interessa ao trabalho (2011, p. 173).

Edimur Ferreira de Faria acredita que “a razoabilidade, no campo jurídico, está intimamente conectada à finalidade da lei ou do Direito”. Para ele, “aquele que aplica ou

¹¹ Entende-se que o símbolo é ambíguo quando é possível usá-lo para um campo de referencia com diferente intenção, ou seja, quando manifesta qualidades diversas. Portanto, os termos que apresentam um sentido indefinido apresentando várias significações são termos ambíguos (FERRAZ JR., 1994, p. 258).

executa a lei deve ter a noção clara do que seja razoável, para saber dosar seus atos em conformidade com a vontade da lei, isto é, atender à finalidade nela contida. Principalmente quando se trata da atuação discricionária” (2011, p. 173).

Faria, ao citar Carmén Lúcia Antunes da Rocha (1994), ensina que para autora a “razoabilidade administrativa se há de entender, pois, a existência na conduta administrativa, de uma razão suficiente, justa e adequada, fundada em norma jurídica e amparada em uma necessidade social específica, que identifique a validade de determinada pratica estatal” (2011, p. 173).

Edimur Ferreira de Faria, também cita o ensinamento do autor Gordillo a proposito da razoabilidade o qual diz que:

A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de o fato ou direito qu a sustentam, ou; b) não leve em conta fatos públicos e notórios, ou se funde em fatos ou provas inexistentes, ou; c) não guarde uma proposição adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar (FARIA, 2011, p. 175).

A partir do que foi estudado, pode-se verificar que “as decisões administrativas que inobservam o principio da razoabilidade extrapolam, por conseguinte, os limites da discricionariedade”. O rompimento desses limites é percebido em face de atos praticados com abuso de poder, ou com desvio de finalidade; atos lesivos à pessoas ou patrimônio público; e atos de má fé. “O ato de má-fé ainda que não produza lesão ou não configure desvio ou ‘abuso de poder, ultrapassa os limites da razoabilidade e da discricionariedade” (FARIA, 2011, p. 176).

Ao adentrar no campo da proporcionalidade convém examinar seu conteúdo histórico, Cademartori elucida que, no continente europeu, “Laurenz tratou de uma categoria jurídica que veio a se tornar, no âmbito brasileiro, um “principio” complementar ao da razoabilidade”.

Para Luiz Henrique Cademartori, a proporcionalidade ou a proibição do excesso, o qual, nas suas diferentes manifestações, configura-se como: “exigência de adequação entre meio e fim, do meio mais idôneo ou da menor restrição possível do direito ou bem constitucionalmente protegido” (2007, p. 123).

O autor esclarece que para Laurenz, “a proposição fundamental da proporcionalidade diz que a utilização de determinado instrumento para alcançar determinado fim não deve ser inadequado a este” Cademartori elucida que “a proposição fundamental do meio menos lesivo

afirma que dentre vários instrumentos possível, todos adequados à obtenção de um fim, só é válido escolher aquele que produza consequências menos gravosas” (2007, p. 124).

Isso posto, extrai-se que, dentro da atuação do Estado, sempre que este precisar agir, invadindo a esfera dos direitos dos cidadãos, estes terão direito à menos desvantagem possível. Há de se ressaltar, que embora os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possam ser concebidos numa relação complementar ou de reciprocidade, eles não se confundem.

Como visto anteriormente, o princípio da razoabilidade tem origem no direito anglo-saxônico. Já a ideia de “proporcionalidade originou-se da Alemanha, desenvolvendo-se, inicialmente, na esfera do direito administrativo, mais especificamente nas disposições sobre o exercício do poder de polícia e seus limites, desde o século XIX” (CADEMARTORI, 2007, p. 124).

Ao trazer a proporcionalidade para o âmbito doutrinário brasileiro, Luiz Henrique Cademartori (2007, p. 125) cita autores como Celso Antônio Bandeira de Mello e Odete Medauar, e ensina que esses deram singular enfoque a esse princípio como um desdobramento ou faceta da razoabilidade.

Luiz Henrique Cademartori ainda explica que Celso Antônio Bandeira de Mello traz à tona uma concepção que “enquadra a proporcionalidade dentro da obediência a critérios aceitáveis racionalmente pela autoridade pública e que devem estar em sintonia com o senso moral das pessoas equilibradas e respeitosa das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida” (2007, p. 125).

Edimur Ferreira de Faria aborda o princípio da proporcionalidade como sendo distinto e complementar ao da razoabilidade. Como já fora antes analisado, o princípio da razoabilidade é meio limitador do poder discricionário da Administração Pública; “o princípio da proporcionalidade, segundo o autor, igualmente se utiliza como meio inibidor da liberdade do agente público no exercício da competência discricionária” (2011, p. 177).

Edimur Ferreira de Faria esclarece que, “o princípio da proporcionalidade resulta do ponto de equilíbrio entre o meio e o fim que se pretende alcançar com determinada conduto da Administração Pública. Quer-se com isso dizer que os meios utilizados para se obter determinado fim devem ser proporcionais ao resultado desejado” (2011, p. 177).

O autor ainda esclarece que:

O administrador público, ao atuar, deverá sempre sopesar o gravame que pretende impor ao administrador e o fim que almeja com a medida. Caso a autoridade adote

sacrifício maior do que o fim almejado para o destinatário do ato, dir-se-á ter havido arbitrariedade por parte do autor da medida. Nesse caso o ato resultante da conduta aparentemente legal sujeitar-se-á ao controle do Poder Judiciário, podendo se anulado se constada a desproporcionalidade a atuação do agente, caso a Administração Pública não reveja, em tempo hábil o seu ato danoso (FARIA, 2011, p. 178).

Salienta-se ainda que, para o autor, “os direitos individuais e coletivos, garantidos na Constituição, estão sujeitos a restrições quanto ao exercício dos mesmos, inclusive o de liberdade e o de propriedade. Essas restrições, entretanto, não devem trazer ao titular do direito gravame maior do que o fim desejado” (FARIA, 2011, p. 178).

Edimur Ferreira de Faria esclarece que as restrições ao direito individual operam-se em benefício da sociedade, interesse comum ou interesse coletivo. “O indivíduo, todavia, não deve se sacrificar sozinho em favor da coletividade. Esta deve suportar, financeiramente, o sacrifício imposto ao indivíduo. Daí, o dever do Estado nos casos de desapropriação, por exemplo” (FARIA, 2011, p. 178).

Por fim, cabe ainda destacar o entendimento de Humberto Ávila (2008, p. 162) sobre o princípio da proporcionalidade:

O exame da proporcionalidade aplica-se sempre que houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade. Nesse caso devem ser analisadas as possibilidades de a medida levar à realização da finalidade (exame de adequação), de a medida se a menos restritiva aos direitos envolvidos dentre aqueles que poderiam ter sido utilizados para atingir a finalidade (exame de necessidade) e de a finalidade pública ser tão valorosa que justifique tamanha restrição (exame da proporcionalidade em sentido estrito).

Viu-se, no presente trabalho, que o princípio da razoabilidade conecta-se também com outros princípios, tais como os da igualdade, proporcionalidade, motivação e impessoalidade, sendo fundamental a sua ponderação no momento de equacionar a legalidade substancial, não somente das medidas punitivas a serem adotadas, mas com respeito a quaisquer providências derivadas do Poder Público.

Tanto a razoabilidade como a proporcionalidade são padrões não somente limitadores, como também de modulação das liberdades individuais e direitos coletivos ou ainda difusos, enfim, os direitos fundamentais em toda a sua diversidade.

Por fim, cabe aqui salientar a análise de Luiz Henrique Cademartori sobre as digressões de Celso Antônio Bandeira de Mello, pois para Celso Antônio Bandeira de Mello o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade estão vinculados ao da legalidade, aqui

não considerada em sentido estrito (CF Art, 5º, II; 37 e 87) e da finalidade (CF, Art. 5º, LXIX) (CADEMARTORI, 2007, p. 127).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, resulta equivocado estabelecer-se que um exame corretivo judicial, baseado no princípio da proporcionalidade, ou em qualquer outro princípio de direito administrativo, seja ele explícito ou não, estaria invadindo a seara da discricionariedade administrativa (2007, p. 127).

O autor Edimur Ferreira, conclui acerca da proporcionalidade que:

o agente público entre o meio e o fim que deseja alcançar, não deve levar em consideração apenas a norma contida na lei de regência, mas, sobretudo, a situação fática, tendo sempre em mente o direito individual, o coletivo, o custo/benefício, os princípios jurídicos e os limites do poder discricionário. A conduta do agente público, pautada nessas condicionantes, será, em princípio, juridicamente correta e insuscetível de contrariedade pelo Judiciário (2011, p. 180).

É necessário ainda, expor a visão de Ferrajoli, Streck e Trindade (2012) sobre o tema, já que para ele a utilização em grande escala de princípios configura como “um crescimento “criativo” de um conjunto de álibis teóricos que vem recebendo “convenientemente” o nome de “princípios””. Os atores reconhece que esses

podem ser importantes nas soluções jurídicas na cotidianidade das praticas judiciais, mas que, em sua maior parte, *possuem nítidas pretensões de meta-regras, além de, em muitos casos, sofrerem de tautologia*. E isso pode representar uma fragilização do direito, ao invés de reforçar (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 67).

Para Ferrajoli, Streck e Trindade “está-se diante de um fenômeno que pode ser chamado de “pan-principlismo”, caminho perigoso para um retorno à completude” que caracterizou o velho positivismo novecentista, mas que adentrou ao século XX a partir de uma “adaptação darwiniana”: na “ausência” de “leis apropriada” (a aferição desse nível de adequação é feita, evidentemente, pelo protagonismo judicial), o interprete “deve” lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um “princípio” aplicável, o próprio interprete pode cria-lo (2012, p. 67).

Os autores explicam que a multiplicação/proliferação dos aludidos “princípios” se deve “à errônea compreensão da tese – lamentavelmente dominante – de que os princípios proporcionam uma abertura interpretativa”. Para eles,

os princípios constitucionais instituem de modo pratico no direito e essa institucionalização representa um ganho qualitativo para o direito, na medida em

que, a partir dessa revolução paradigmática o juiz tem um dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta (no caso adequada à Constituição) que o autor defende (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE, 2012, p. 68).

Para encerrar essa visão crítica de Ferrajoli, Streck e Trindade tem-se que o que dever ficar claro, segundo esse autor, é que “a legitimidade de uma decisão será auferida no momento em que se demonstra que a regra por ela concretizada é instituída por um princípio”. Desse modo, tem-se o seguinte: “não há regra sem um princípio instituidor. Sem um princípio instituinte, a regra não poder ser aplicada, posto que não será portadora do caráter de legitimidade democrática” (2012, p. 68).

Diante do que foi abordado até o momento, passar-se-á a análise do controle exercido pelo Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa no Brasil.

3.3 CONTROLE JUDICIAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL

Viu-se no ponto anterior do trabalho de que forma os princípios limitam a atividade discricionária da Administração Pública, bem como podem servir de norte para o controle judicial dos atos emanados por essa Administração. Analisar-se-á, nesse momento, como deve se dar de fato o controle exercido pelo judiciário frente aos atos decorrentes do poder discricionário da Administração Pública no Brasil.

De acordo com o autor Edimur Ferreira de Faria, é pacífico o entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que os

atos administrativos resultantes do poder vinculado são sujeitos ao controle jurisdicional, sem restrição. Havendo vício ou suspeita de vício de qualquer ato expedido nos casos vinculados, se a Administração Pública não ceder face à impugnação pelo interessado ou cidadão nos casos previstos em lei, o Judiciário poderá ser acionado para dirimir o conflito estabelecido (FARIA, 2011, p. 214).

Contudo, quando se trata dos atos praticados pela autoridade administrativa no exercício do poder discricionário Edimur Ferreira de Faria ensina que o entendimento não é o mesmo¹².

¹² Edimur Ferreira de Faria (2011) explica que desde a implantação do Estado de Direito até meados do século XX, prevaleceu o entendimento de que o Poder Judiciário não teria competência para controlar atos decorrentes do poder discricionário, sob o argumento de que a liberdade conferida pela lei ao agente público para, diante do

Edimur Ferreira de Faria elucida que “a lei, em princípio, não distingue os atos administrativos para efeito de controle. Ressalta-se que doutrina e a jurisprudência têm cuidado amplamente da matéria”. Durante a pesquisa realizada para elaboração do presente trabalho, constatou-se que o tema vem passando por profunda evolução no curso do tempo, procurando compatibilizar-se com os princípios e as garantias do Estado Democrático de Direito. Verifica-se, então, nítida ampliação da competência do Poder Judiciário no exercício do controle dos atos administrativos editados em virtude do poder Discricionário (2011, p. 215).

Como visto anteriormente, no início não se admitia a revisão de atos dessa natureza, pelo Judiciário, por se entender que a liberdade discricionária do Poder Executivo não poderia se submeter ao crivo daquele Poder, pois configuraria hipótese de o Juiz assumir o lugar do administrador público.

Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 215) ensina, contudo, “que com a evolução do Direito e dos mecanismos de sua aplicação, verificou-se que a discricionariedade é o poder e não o ato dele decorrente”. Há de se ressaltar também que os atos administrativos, independente de sua classificação, deve vincular-se aos seus elementos, pois diante da inobservância de algum desses, o ato nasce viciado. A partir disso, a jurisprudência evoluiu para admitir o controle jurisdicional mesmo dos atos chamados de discricionários, desde que não se adentrasse o mérito, pois é nele que reside a essência da discricionariedade.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles (1976, p. 92) escreveu:

O bem comum, identificado com o interesse social ou interesse coletivo, impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deva procurar. Se o administrador se desviar desse roteiro, praticando ato que, embora discricionário, busque outro objetivo, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

Nesse momento, passar-se-á a análise das justificativas favoráveis a possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Edimur Ferreira de Faria ao citar Seabra Fagundes (1946, p. 122) elucida que entre as justificativas para a viabilidade do controle da discricionariedade pelo Judiciário, “destaca-se o fato de ser este poder melhor aparelhado, ou em melhores condições do que a

caso concreto, escolher a opção que julgasse melhor, se opunha à sindicabilidade do ato pelo judiciário, sob pena de invasão de competência privativa do Poder Executivo

Administração, para a finalidade de controle. Ressalta, contudo, que o mérito, que consiste no elemento político do ato administrativo, está fora do controle judiciário” (2011, p. 221).

Edimur Ferreira de Faria expõe também os ensinamentos de Verano Caetano da Fonseca (1976), o qual assevera que os atos decorrentes do poder discricionário devem sujeitar-se ao controle do Judiciário para se verificar a validade dos mesmos, levando-se em consideração a moralidade e a probidade administrativa. Verano Caetano da Fonseca exclui, entretanto, o reexame do mérito do ato (conveniência e oportunidade).

Nas palavras de Verano Caetano da Fonseca, tem-se que “assim sendo, é logo uma afirmativa apressada a proclamação de que o poder discricionário do administrador está excluído da apreciação do poder judiciário, regente tradicional da harmonia dos poderes e, especialmente, quando houver lesão ao direito individual” (2011, p. 221).

Edimur Ferreira de Faria acrescenta ainda o entendimento de Caio Tácito (1954) que, “como a maioria dos autores, acredita que a oportunidade do ato pode ser examinada somente pela própria Administração. Sendo vedado ao Poder Judiciário semelhante processo”. Caio Tácito explica que “o equilíbrio jurídico exige que o juiz e o administrador se coloquem em seu território próprio, a que estão destinados tanto pela competência legal, como pela especialização profissional” (2011, p. 221).

Edimur Ferreira de Faria expõe ainda a visão de Cretella Júnior (1998), a qual é categórica ao colocar-se contra o controle do poder discricionário pelo Judiciário. Nesse sentido o autor afirma:

O ato discricionário é totalmente imune ao controle jurisdicional porque se encontra na esfera flexível do Poder Executivo que, para praticá-lo, consulta apenas a oportunidade e a conveniência da medida. Por isso mesmo, o ato discricionário pode dispensar motivação. No entanto, se a autoridade resolve motivá-lo e a motivação resvalar para a ilegalidade ou para abuso de poder, o ato pode ser impugnado pelo Poder Judiciário. O controle, principalmente, inicia assim, sobre o motivo do ato discricionário sempre que a justificativa configurar ilegalidade (FARIA, 2011, p. 222).

Edimur Ferreira de Faria, todavia, faz uma ressalva sobre a afirmação de Cretella “de que o ato discricionário não se submete ao controle judiciário, e que não está sujeito a motivação, está superada. A doutrina contemporânea do Direito Administrativo é no sentido de que, quanto à legalidade e à moralidade, o ato deve ser reexaminado pelo Judiciário”. Edimur Ferreira de Faria sustenta ainda que “a falta de motivação, mesmo no ato decorrente da discricionariedade, constitui ilegalidade ou vício que o inquine de nulidade” (2011, p. 222).

Edimur Ferreira de Faria ao citar Odete Medauar ensina que a autora emite opinião no sentido “de que a essência do ode discricionário é a livre escolha da conveniência e oportunidade na pratica do ato, com vistas a atender o interesse público”. Edimur Ferreira de Faria explica que para aquela autora, que está ao lado da maioria dos autores, “a conveniência e a oportunidade não podem ser submetidas ao controle do Judiciário. De outro modo, haveria a substituição do administrador pelo juiz, afirma Odete Medauar” (2011, p. 222).

Odete Medauar (apud FARIA, 2011, p. 222-225) sustenta que, como há limites à discricionariedade, ao Judiciário compete verificar se a ação discricionária os ultrapassou, tendo como parâmetros o motivo do ato e o fim público. Edimur Ferreira de Faria traz uma ressalva no que tange a tese da autora supracitada. Para Edimur Ferreira de Faria a autora se excede, ao afirmar que o detentor do poder discricionário tem a livre escolha da conveniência e oportunidade. Para ele, essa afirmação, na atualidade, não é absoluta.

Edimur Ferreira de Faria elucida que não se deve negar a faculdade do administrador na verificação da oportunidade ou conveniência da medida a ser adotada. Essa faculdade, contudo, não traduz plena liberdade. O agente, nessas condições, sujeita-se a condicionamentos que o tornam limitado. O fim, por exemplo, constitui limite externo à discricionariedade.

Percebe-se até o momento, que todos os autores apresentados nesse ponto do trabalho, sustentam a tese de que o controle irrestrito da discricionariedade administrativa invade área de competência do Poder Executivo. Quanta mais ampla for a liberdade deste, mais restrito seria o poder de controle jurisdicional.

Nesse momento, passar-se-á a análise do ponto de vista doutrinário que se engaja em sustentar a possibilidade de maior controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, contudo, essa intervenção jurisdicional ainda aparece de forma muito branda e contempla apenas o controle jurisdicional pautado nos limites da legalidade que agora aparecerá mais alargada, estendendo-se também para os princípios do direito.

Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 230) ensina que:

o governo ou o administrador público é o perito do interesse público. Logo, se a lei cogita de interesse, oportunidade, conveniência, além de outros, a discricionariedade está limitada a essas condições determinadas pela lei. O administrador, no exercício do poder discricionário, há de praticar o ato de acordo com a finalidade contida na lei.

Assim, percebe-se que a discricionariedade é limitada à vontade da lei.

Edimur Ferreira de Faria ao citar Cavalcanti ensina que para esse autor, no direito brasileiro, todo poder discricionário tem medida legal; se não quanto à conveniência e oportunidade o é pelo menos quanto ao fundamento legal da ação do poder público, quando o ato é restritivo do direito de terceiros. Edimur Ferreira de Faria complementa com a lição de Gordillo, a qual sugere que “não se deve, nessa fase da evolução do direito, admitir a atuação da faculdade discricionária além dos limites jurídicos. Ela é legal; logo o seu exercício deve ser segundo a lei. Nunca de outra forma. Para esse autor, os principais limites são a razoabilidade, o desvio de poder, a boa-fé e a lesividade”.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello ensina que “o poder discricionário é legal, a escolha da oportunidade e de conveniência deve ser feita segundo os fundamentos da lei. Fora disso é arbítrio, portanto, contrário ao direito” (1974, p. 423).

Edimur Ferreira de Faria expõe a linha de Bartolomeu Fiorini, a qual pontifica que, ante a ilegalidade do ato decorrente da discricionariedade. O juiz não julga o mérito, por ser esse de exclusiva competência do poder administrativo. Julga, contudo, a ilegalidade do processo de discricionariedade. Edimur Ferreira de Faria ao explicar a tese de Onofre Mendes Júnior, elucida que para esse autor, a conveniência e a oportunidade são o mérito do ato administrativo discricionário. Afirma ele que o mérito, tomado nessa acepção não deve em princípio, sofrer qualquer controle, principalmente pelo Judiciário, pois se trata do elemento político conferido ao administrador.

Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 231) complementa que, no entanto,

pode ocorrer vício de mérito porque a Administração Pública não pode agir com propósito de divertimento nem às cegas, sem uma orientação segura, que encaixe a sua atividade nos superiores objetivos do bem comum, cuja realização é, sem qualquer dúvida, o principal fim da ação administrativa.

Assim, se a oportunidade e conveniência não guardassem sintonia com a finalidade da lei, o ato não atenderia ao interesse protegido. Assim, haverá vício de mérito e o ato será ineficaz para a satisfação do objeto visado.

Edimur Ferreira de Faria salienta que para Floriano Quadro M. de Oliveira o controle do mérito do ato administrativo pode ser realizado pelo Judiciário, quando o vício for evidente (2011, p. 231).

Por fim, seguindo a linha dos autores que defender a maior intervenção do Poder Judiciário tem-se os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (1989) que assim dispõe:

Nem mesmo os atos discricionários refogem do controle judicial porque quanto à competência, à finalidade, à forma e os próprios limites do discricionarismo constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro de ato vinculado [...]

Daí por que o Judiciário terá que examinar o arguido de discricionário primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio. O que o Judiciário não pode é ir além do exame de legalidade para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração.

Edimur Ferreira de Faria esclarece a lição de Hely Lopes Meirelles, ele verifica que aquele autor “admite o controle do ato decorrente da discricionariiedade, pelo Judiciário”. Hely Lopes Meirelles “concorda, mesmo, que o juiz ao examinar o ato quanto ao aspecto da legalidade, lhe identifique o mérito, para apurar a lisura do ato. Não aceita, entretanto, que esse mérito seja valorado ou impugnado pelo juiz” (2011, p. 232).

Percebe-se que na opinião de Hely Lopes Meirelles e na da maioria dos autores consultados, a interferência do Judiciário no mérito administrativo implicaria inversão de funções, com invasão de área de competência do Executivo pelo Judiciário.

No entanto, percebe-se que em matéria de controle da Administração pelo Judiciário. Hely Lopes Meirelles evoluiu. Nas primeiras edições do seu Direito administrativo brasileiro não admitia que os atos chamados políticos ou de governo se submetessem ao controle jurisdicional comum. Em edições posteriores, entretanto, concorda plenamente com esse controle, quando o ato, embora, político, seja arguido de lesivo a direito individual ou patrimônio público.

Esse posicionamento encontra respaldo no art. 5, inciso XXXV,º da Constituição Federal de 1988, que veda excluir-se do exame do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo. Infere-se daí que todo ato da autoridade pública se submete ao Judiciário, quando tido eivado de inconstitucionalidade, ilegalidade, imoralidade ou lesividade, em prejuízo de direitos individuais ou interesses coletivos.

Hely Lopes Meirelles é claro ao afirmar que o que se nega ao Poder Judiciário é, depois de ver verificada a natureza e os fundamentos políticos do ato, adentrar o seu conteúdo e valorar os seus motivos.

Nesse momento, verifica-se que o controle dos atos decorrentes da discricionariiedade administrativa é admitido pela maioria dos administrativistas. Há, contudo, alguns que ainda resistem. A doutrina e a jurisprudência caminham em passos largos na ampliação da competência do Judiciário para controlar os atos praticados pela Administração Pública no exercício do Poder discricionário.

Entretanto, o que continua tormentosa é a questão relacionada com o exame do mérito do ato administrativo. Os autores, na maioria, não aceitam a interferência do Judiciário no mérito do ato administrativo. O que aparentemente, pode parecer intromissão do Poder Judiciário na seara do Poder Executivo. Mas, na visão de Edimur Ferreira de Faria essa aparência é falsa.

Edimur Ferreira de Faria questiona “como agirá o Judiciário, na investigação da legalidade do ato, quanto à finalidade e ao motivo, por exemplo, sem examinar o mérito?”

Edimur Ferreira de Faria explica que

a doutrina e a jurisprudência, sempre procurando compatibilizar os anseios sociais com o direito posto, desenvolveram teorias justificando a interferência do Judiciário nos atos da Administração, editados no exercício da discricionariedade, visando a coibir os abusos que os administradores praticavam escudados na liberdade conferida pela lei (2011, p. 236).

Edimur Ferreira de Faria, ensina que entre as teorias desenvolvidas destacam-se as dos princípios do abuso ou excesso de poder; dos motivos determinantes; da razoabilidade; da proporcionalidade; e o da arbitrariedade (2011, p. 236).

Como se viu no ponto anterior do presente trabalho, a inobservância de qualquer dos mencionados princípios, pelo agente público, resulta na ilegalidade do ato decorrente. Vale dizer que a ampla e livre faixa de atuação discricionária, antes defendida, passou a sujeitar-se ao contingenciamento determinado pelos motivos, meios limitadores da atuação do administrador nas situações não vinculadas.

Edimur Ferreira de Faria sustenta que “essa reflexão evolutiva doutrinária e jurisprudencial demonstra que os atos oriundos do poder discricionário, são vinculados aos motivos determinantes, à razoabilidade, à proporcionalidade, à finalidade e à capacidade” (2011, p. 236).

Edimur Ferreira de Faria conclui que todos os atos administrativos sujeitam-se ao controle do Judiciário, ressalvado, pela maioria dos aplicadores do Direito, o mérito do ato. Esse núcleo, zona de escolha ou valoração, seria livre e, por conseguinte, não sindicável pelo Poder Judiciário. Edimur Ferreira de Faria complementa sua tese principiologica ao comentar que é inadmissível conceber o Judiciário apegado ao texto frio da lei, somente. Para fazer justiça, sobretudo no exame da discricionariedade administrativa, terá de considerar os aspectos políticos, administrativos, econômicos, moral, ético e da eficiência e também, o custo/benefício.

Edimur Ferreira de Faria ainda sustenta que “para essa avaliação, o juiz terá inexoravelmente de examinar o mérito do ato, pois pode ocorrer que a conveniência alegada pela autoridade pública se contraponha a um ou mais desses requisitos, situação em que se impõe a decretação de nulidade do ato” (2011, p. 250).

Percebe-se que a pesquisa demonstra até o momento, que o controle do poder discricionário evoluiu satisfatoriamente. A discricionariedade remotamente incontrolável pelo Judiciário passou gradativamente a submeter-se ao controle jurisdicional, mantendo, entretanto, fora da apreciação o núcleo do ato administrativo dela decorrente.

Edimur Ferreira de Faria ressalta ainda que respeitadas doutrinas, entendem que, entre várias opções dispostas ao agente público somente uma delas atende à vontade da lei. Assim, admitindo, e para ele esta é a melhor exegese, forçoso se torna entender que a rigos a discricionariedade está vinculada à melhor opção.

Por esse motivo, Edimur Ferreira de Faria (2011, p. 253), sustenta, por fim que,

se há de conceber a possibilidade de o Judiciário examinar o mérito do ato administrativo para verificar quanto ao acerto da escolha. O juiz, ao examinar o ato, constatando que a escolha não foi a melhor, aquela única que atende a vontade da lei e consulta o interesse público, poderá declarar sua nulidade.

Entretanto, Edimur Ferreira de Faria ainda aponta que, o juiz não poderia, em princípio, fazer a escolha considerada correta. O agente público teria de editar novo ato adotando a opção correta, se a medida for realmente necessária (2011, p. 253).

Há de se ressaltar, contudo, que a implicação da análise do Poder Judiciário sobre o mérito do ato administrativo traz uma série de considerações que devem ser examinadas pelos operadores do direito. Desse modo, serão apresentadas no próximo ponto do trabalho, questões pertinentes ao tema, tais como a separação dos poderes, a autonomia e competências do Poder Judiciário e por fim o princípio da inafastabilidade da apreciação judicial frente à discricionariedade administrativa.

4 A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E O PRINCIPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

4.1 A TEORIA DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para melhor compreensão dos obstáculos que são impostos frente ao controle que o Poder Judiciário poderia exercer sobre o mérito dos atos administrativos, é necessário que fique demonstrado de que forma se dá a separação dos poderes, tendo em vista que a usurpação do Poder Executivo pelo Judiciário é um dos argumentos utilizados contra a intervenção da tutela jurisdicional à discricionariedade administrativa.

João Paulo Pirôpo de Abreu “elucida que o critério da separação dos poderes tem sido observado, desde a Revolução Francesa, pela maioria dos Estados, atendendo o princípio consagrado pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão” que, no art. 16, disciplina que a sociedade na qual não se assegura a garantia dos direitos, nem se determina a separação dos poderes, considera-se desprovida de Constituição (2013, p. 72).

João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 72) esclarece que os três pensadores mais importantes que se ocuparam com o estudo do tema foram Aristóteles (385 a.C – 322 a.C), John Locke (1632-1704) e Montesquieu (1689 – 1755).

Segundo João Paulo Pirôpo de Abreu, para esses pensadores, “existiriam poderes essenciais que deveriam ser assim entendidos: um poder que fosse capaz de deliberar sobre os negócios do Estado; um poder que compreendesse todas as magistraturas ou poderes constituídos; um poder que abrangesse os cargos de jurisdição” (2013, p. 72).

João Paulo Pirôpo de Abreu esclarece que John Locke tratou da existência de quatro poderes: Legislativo, Executivo, Federativo e Prerrogativo, não obstante, defendia que o Poder Legislativo fosse superior aos demais.

João Paulo Pirôpo de Abreu ao analisar a tese de Montesquieu, expõe que esse autor notabilizou-se por ter sistematizado o funcionamento dos poderes estatais, sendo que tais lições foram incorporadas ao Direito brasileiro na Constituição de 1824.

Zulmar Fachin (2008, p. 183) entende que:

Cada poder exerce a função típica e, também, funções atípicas. São funções típicas legislar (Poder Legislativo), governar (Poder Executivo) e julgar (Poder Judiciário). Todavia, cada poder pratica atos que não são típicos de sua tarefa primordial. O Legislativo julga processo de impeachment; o Executivo legisla medidas provisórias e leis delegadas; o Judiciário administra norma e servidor público, por exemplo.

Joao Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 72) afirma que,

embora os doutrinadores em geral e, inclusive, a própria Constituição usem o vocábulo “poderes”, melhor seria falar em funções: função legislativa, função executiva e função judiciária. A terminologia função em lugar de poder encontra consonância na ideia segundo a qual o poder é uno e indivisível

Segundo, Joao Paulo Pirôpo de Abreu é lugar comum na doutrina afirmar que Montesquieu foi o ideólogo do sistema de distribuição de funções, mas quando se fala em separação dos poderes do Estado, é imprescindível mencionar destacados nomes do pensamento da Humanidade: Aristóteles (385 a. C – 322 a.C) foi A Política (2013, p. 73).

Veja-se o que aduz Zulmar Fachin:

Em seguida, o pensador grego explicitou quais deveriam ser os três poderes essenciais; um poder que fosse capaz de deliberar sobre os negócios do Estado; um poder que compreendesse todas as magistraturas ou poderes constituídos; um poder que abrangesse os cargos de jurisdição (2008, p. 145).

Joao Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 74) elucida que:

O primeiro destes três poderes era o que deliberava sobre os negócios do Estado, chamando-se poder deliberativo, constituindo-se no que hoje se denomina Poder Legislativo. O segundo era o que compreendia todas as magistraturas ou poderes constituídos, constituindo-se no poder do qual o Estado necessitava para agir de acordo com as deliberações da Assembleia, referindo-se Aristóteles a ele como as magistraturas governamentais, o governo propriamente dito, constituindo-se no Poder Executivo.

Ainda na concepção Aristotélica, Joao Paulo Pirôpo de Abreu esclarece que, o terceiro destes poderes essenciais abrangia os cargos da jurisdição, tratando-se de um órgão conhecido como Poder Judiciário.

Joao Paulo Pirôpo de Abreu aponta também a teoria de John Locke (1632 – 1704), segundo a qual, para John Locke existiam “os Poderes Legislativo, Executivo, Federativo e Prerrogativo, sendo importante mencionar que embora tenha concebido a existência de vários poderes estatais como forma de evitar o absolutismo. Locke sustentava a supremacia do Poder Legislativo” (2013, p. 74).

Dessa forma, explica João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 74),

o Legislativo era o verdadeiro poder da sociedade, política e, portanto, deveria desfrutar de supremacia em relação aos demais, sendo que, quando o Legislativo,

após elaborar a lei, confia sua execução a outras mãos, não transfere o poder de retirá-lo dessas mãos se encontrar motivos para isso.

João Paulo Pirôpo de Abreu explica que, é nítido que John Locke não concebeu os poderes convivendo de modo independente e harmônico, ao contrário, sustentava a supremacia do Poder Legislativo sobre os demais. Por fim, João Paulo Pirôpo de Abreu ensina a tese de Montesquieu (1689 -1755), segundo a qual Montesquieu “preocupou-se fundamentalmente com a liberdade do indivíduo em face do arbítrio do poder do governante. Para garantir certo grau de liberdade às pessoas, tornava-se imperioso regular o poder do Estado, concebendo, então, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário” (2013, p. 74).

Afirma, João Paulo Pirôpo de Abreu que Montesquieu, sem ignorar o que haviam falado Aristóteles e Locke, advertiu para o risco de concentrar-se todo o poder estatal nas mãos da mesma pessoa, o que levaria inevitavelmente ao arbítrio e precisava ser evitado. Ressalta que é preciso lembrar que Montesquieu não pretendia dividir os poderes, muito pelo contrário, seu objetivo era estabelecer um critério democrático na distribuição das funções estatais.

No que tange ao Judiciário, João Paulo Pirôpo de Abreu afirma que, é conhecida a concepção montesquiana: trata-se de um poder nulo, que deve se limitar a reproduzir nos casos concretos a norma expressa pelo legislador. Com efeito, João Paulo Pirôpo de Abreu esclarece que, os partidários da existência de dois Poderes apontaram apenas o que elabora a lei e o que a executa, indicando, portanto, tão só o Legislativo e o Executivo, enquanto o Judiciário, sem as características do Poder, seria um ramo do Executivo.

Consideraram, assim, como participantes da vida da lei apenas dois momentos e duas fases distintas: a formação e a execução, o ato que cria a norma e o ato que lhe dá concretude. João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 75) analisa que, por sua vez, a atividade judiciária seria, em última análise, atividade executiva, representando simples incidente na aplicação dos preceitos legais.

Estas afirmações, apesar de muitos lhe atribuírem hoje apenas valor histórico, esclarece João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 75) que, tiveram ressonância e expressividade, mas não mereceu prosperar porque a atuação dos magistrados, interpretando e aplicando a norma jurídica, escapa aos limites de incidente em sua execução.

A um primeiro golpe de vista, observa-se que, realmente, a legislação declara o Direito, e este vai ser aplicado pela administração e pelo órgão judiciário. Não obstante, ensina João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 75) que, em sua dinâmica, distinguem-se, com

características próprias o Poder Executivo e o Poder Judiciário, sendo que a função jurisdicional só é exercida quando há conflito sobre a aplicação das normas de Direito; tem por finalidade específica remoer esse conflito; atinge seu objetivo quando estabelece a exegese definitiva.

Até mesmo porque, para a segurança da democracia, para a manutenção do Estado de Direito, enfim, para a tutela das prerrogativas inerentes à personalidade humana, mister se torna realmente que se desenvolva um controle real, eficiente, extenso e profundo, sobre a ação governamental, configurada esta “*lato sensu*”. Veja-se o que aduz Rosah Russomano (1976, p. 38):

Há, pois, necessidade de verificar-se, através de uma análise crítica e, mais do que isto, através de uma atividade funcional onde, por definição, repontem equilíbrio e ponderação, se as opções tomadas se ajustem ao bem comum, se estas opções não lesam ou ameaçam lesar os direitos básicos do indivíduo.

Desse modo, assegura João Paulo Pirôpo de Abreu que, desta necessidade provêm duas variantes de controle, quais sejam, o controle político e o controle formal, sendo que caberia o primeiro, naturalmente, ao órgão Legislativo, enquanto que competiria o segundo, também naturalmente, ao órgão judiciário (2013, p. 75).

João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 75) ainda salienta que é oportuno dizer que “a doutrina de separação dos poderes teve repercussão imediata no Brasil, uma vez que, em 31 de maio de 1823, o imperador D. Pedro I, ao discursar perante os primeiros constituintes na abertura da sessão de instalação da Assembleia Constituinte, defendeu “a necessidade de uma Constituição digna do Brasil e que contemplasse as ideias do momento”.

João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 75) conclui sua explanação lembrando que “aquela Constituição, por influencia do pensamento de Benjamin Constant, consagrava também o Poder Moderador, confiado ao próprio imperador, que dominava a política do Estado”. Por sua vez, “a Constituição de 1891, a primeira da República, preservou apenas os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, deixando de existir o Poder Moderador”.

Atualmente, o principio da separação dos poderes encontra-se previsto na Constituição brasileira de 1988, quando ela prevê em seu art. 2º que *são poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*.

Explica José Afonso da Silva (2015) que “Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário são expressões com duplo sentido”. Isso porque, o termo Poder exprime, a um

tempo, as funções legislativa, executiva e jurisdicional e indicam os respectivos órgãos, conforme descrição e discriminação estabelecidas no título da *organização dos poderes*¹³.

José Afonso da Silva destaca que cumpre, em primeiro lugar, “não confundir distinção de funções do poder com divisão ou separação de poderes, embora entre ambas haja uma conexão necessária”. Ele explica que,

a distinção de funções constitui especialização de tarefas governamentais à vista de sua natureza, sem considerar os órgãos que as exercem; que dizer que existe sempre a distinção de funções, quer haja órgãos especializados para cumprir cada uma delas, quer estejam concentradas num órgão apenas (SILVA, 2015, p. 110).

José Afonso da Silva (2015, p. 110) esclarece que a

divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções, menos o judiciário (órgão ou poder Legislativo, órgão ou Poder Executivo, órgão ou Poder Judiciário). Se as funções forem exercidas por um órgão apenas, tem-se concentração de poderes.

A divisão de poderes, esclarecer José Afonso da Silva (2015, p. 111), fundamenta-se, pois, em dois elementos:

(a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembleias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional;

(b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica de manifestação do Poder.

Como se viu anteriormente, o princípio da separação dos poderes já se encontrava sugerido em Aristóteles, John Locke e Rousseau que também concebera a doutrina da separação dos poderes, que, afinal, em termos diversos, veio a ser definida e divulgada por Montesquieu. Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação dos poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário.

¹³ Previsto na Constituição Federal de 1988, Título IV, art. 44 e seguintes.

José Afonso da Silva afirma que “hoje em dia, se prefere falar em colaboração de poderes, que é característica do parlamentarismo, em que o governo depende da confiança do Parlamento (Câmara de Deputados), enquanto, no presidencialismo, desenvolveram-se as técnicas da independência e harmonia dos poderes” (2015, p. 111).

José Afonso da Silva (2015, p. 112) é claro em dizer que a independência dos poderes significa:

(a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependam da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais; assim é que cabe ao Presidente da República prover e extinguir cargos públicos da Administração federal, bem como exonerar ou demitir seus ocupantes, enquanto é da competência do Congresso Nacional ou dos Tribunais prover os cargos dos serviços administrativos, exonerar ou demitir seus ocupantes; às Câmaras do Congresso e aos Tribunais compete elaborar os respectivos regimentos internos, em que se consubstanciam as regras de seu funcionamento, sua organização, direção e polícia, ao passo que ao Chefe do Executivo incube a organização da Administração pública, estabelecer seus regimentos e regulamentos.

Agora, a independência e autonomia do Poder Judiciário se tornaram ainda mais pronunciadas, pois passou para sua competência também a nomeação de juízes e tomar outras providências referentes à sua estrutura e funcionamento, inclusive em matéria orçamentária¹⁴.

Assevera José Afonso da Silva que “a harmonia entre os poderes verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutualmente todos têm direito”. De outro lado, cabe assinalar que nem a divisão de funções entre os órgãos do poder nem sua independência são absolutas. Há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, à busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade é indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um em detrimento do outro e especialmente dos governados (2015, p. 112).

José Afonso da Silva ensina que “se ao legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto”. José Afonso da Silva ainda explica que, “a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificar-lhe o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo” (2015, p. 112).

¹⁴ Vide artigos 95, 96 e 99 da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, esclarece José Afonso da Silva, “o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa”. Em compensação, o Congresso pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto¹⁵ (2015, p. 112).

Se o Presidente da República não pode interferir nos trabalhos legislativos, para obter aprovação rápida de seus projetos, é-lhe, porém, facultado marcar prazo para sua apreciação, nos termos dos parágrafos do art.64 da Constituição Federal de 1988.

Se aos Tribunais não podem influir no Legislativo, são autorizados a declarar a inconstitucionalidade das leis, não aplicando neste caso. O Presidente da República não interfere na função jurisdicional, em compensação os ministros dos tribunais superiores são por ele nomeados, sob controle do Senado Federal, a que cabe aprovar o nome escolhido.

Na visão de José Afonso da Silva, são esses alguns exemplos apenas dos mecanismos dos freios e contrapesos, caracterizador da harmonia entre os poderes. Afonso da Silva pondera que “tudo isso demonstra que os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo, se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia” (2015, p. 113).

De acordo com Afonso da Silva, o princípio da harmonia “não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos”. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento do outro (2015, p. 113).

Viu-se que as constituições anteriores estabeleciam o princípio da divisão de poderes, especificando que era vedado a qualquer dos poderes delegar atribuições, e quem fosse investido na função de um deles não poderia exercer a de outro, salvo as exceções nelas previstas.

Atualmente, contudo, verifica-se que não é incomum ouvir-se referências à violação do princípio da divisão ou da separação dos poderes no Estado quando uma decisão judicial interfere em decisões administrativas ou legislativas, especialmente naquelas ligadas ao controle jurisdicional no mérito do ato administrativo.

¹⁵ Vide art. 66 da Constituição Federal de 1988.

Alceu Mauricio Júnior assevera que “o controle jurisdicional da legalidade dos atos administrativos não é um assunto que desperta tantas controvérsias, pois já é admitido pacificamente, e de longa data, pela doutrina e pela jurisprudência”. Alceu Mauricio Júnior esclarece que

afirmar que o Judiciário tem competência para rever os atos do Legislativo e do Executivo quando contrários ao Direito não é tão simples assim, pois isto esbarra na definição da própria abrangência do espaço jurídico e da liberdade de conformação daqueles Poderes, ou seja, na discricionariedade atribuída ao titular da competência (MAURICIO JÚNIOR, 2009, p. 157).

Importante verificar se a divisão dos poderes é um argumento favorável ou desfavorável à intervenção judicial nos atos administrativos. Observa-se que Hans Kelsen (2000, p. 401) também observou

haver deficiências na teoria da separação dos poderes, assinalando que este princípio parece exigir que nenhum dos três poderes seja controlado por qualquer um dos outros dois, porém invoca-se o princípio da separação dos poderes para justificar o mais estrito controle da administração pelos tribunais.

Alceu Mauricio Junior (2009, p. 174) busca solucionar a problemática da separação dos poderes e a intervenção judicial nos atos administrativos sob a análise de que,

o princípio da divisão dos poderes visa a garantir a liberdade dos cidadãos, de maneira a impedir que um dos Poderes do Estado se torne um tirano, promovendo a adequada distribuição de competências estatais entre os órgãos da soberania criados na Constituição, e o estabelecimento de controles recíprocos.

Alceu Mauricio Junior (2009, p. 174) elucida que

o que viola esse princípio é a atuação de um órgão em tarefa para qual não possui competências. Portanto, não se pode afirmar que, ao exercer o controle de legalidade dos atos administrativos ou de constitucionalidade das leis, o Judiciário esteja ofendendo a esse princípio, desde que o faça no âmbito de sua competência, aí incluída a solução de controvérsias a respeito da lesão a direitos.

Alceu Mauricio Junior termina sua análise ao esclarecer que, “ao atribuir ao Judiciário competência para a solução de quais quer controvérsias sobre lesão ou ameaça a direitos, a Constituição lhe outorgou, implicitamente, os poderes necessários para executar tal função. Não lhe outorgou, entretanto, poderes absolutos” (2009, p. 174).

Por fim, Alceu Mauricio Junior elucida que, “o juiz não pode transpor a fronteira entre o Direito e a política, para substituir a discricionariedade do administrador ou legislador pela sua, sem que relevantes razões sustentem essa decisão. Da mesma forma, o juiz não pode desconsiderar as limitações inerentes ao processo judicial” (2009, p. 174).

Isso posto, para melhor compreensão do tema, faz-se necessária uma análise mais profunda sobre o controle jurisdicional da Administração Pública para que, ao final do trabalho se pondere, sob à luz da doutrina atual, como se soluciona a intervenção judicial na discricionariedade administrativa e o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

4.2 O CONTROLE JURISDICIONAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O ATIVISMO JUDICIAL

Como visto anteriormente, durante muitos anos sustentou-se na doutrina e na jurisprudência brasileira que o Poder Judiciário deveria limitar-se ao exame da legalidade do ato administrativo, circunscrevendo-se à verificação das formalidades extrínsecas, sendo-lhe destarte vedado ao ingresso no mérito do ato administrativo. Passar-se-á, nesse momento, à análise mais atual do tema.

Miguel Seabra Fagundes explica que quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, “tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas. Os conflitos tomam, então, a forma de pleitos judiciais, estabelecendo-se o debate em torno da situação jurídica, de modo que seja possível esclarecer, definir e precisar com quem se acha a razão” (2010, p. 133).

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 133) ressalta que esse pleito pode se dar quando o Estado, nega direitos ao administrado ou dele exigindo prestações, ou com o próprio administrado, quando pede o reconhecimento de direitos, ou se revela insubmisso, alegando ilegalidade no procedimento administrativo.

O controle jurisdicional se exerce por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito, Os fenômenos executórios saem da alçada do Poder Executivo, devolvendo-se ao órgão jurisdicional. Miguel Seabra Fagundes diz que Goodnow denomina “execução da vontade do Estado por via judiciária” (2010, p. 134).

A Administração não é mais órgão ativo do Estado. A demanda vem situá-la, diante do indivíduo, como parte em condição de igualdade com ele. Miguel Seabra Fagundes explica

que “o Judiciário resolve o conflito pela operação interpretativa e pratica também os atos consequentemente necessários a ultimar o processo executório” (2010, p. 135).

Na lição de Miguel Seabra Fagundes, há, portanto, duas fases, na operação executiva, realizada pelo Judiciário. “Uma tipicamente jurisdicional, em que se constata e decide a contenda entre a Administração e o indivíduo, outra formalmente jurisdicional, mas materialmente administrativa, que é a execução da sentença pela força” (2010, p. 15).

A finalidade essencial e característica do controle jurisdicional é a proteção do indivíduo em face da Administração Pública. Esta, como órgão ativo do Estado, tem frequentes oportunidades de contato com o indivíduo, nas quais lhe pode violar direitos, por abuso ou erro na aplicação da lei. Tal sistema de controle é o meio prático de contê-la na ordem jurídica, de modo a assegurar ao indivíduo o pelo exercício dos seus direitos.

Miguel Seabra Fagundes diz que “o controle jurisdicional se apresenta com menor relevância nos Estados sob regime parlamentar do que nos de sistema presidencial. O controle direto do Parlamento sobre a Administração, revestindo um caráter absorvente, vincula toda a atividade desta rigorosa inspeção política” (2010, p. 136).

Essa vinculação pode ser dar, de acordo com Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 136),

pela tradição nacional de cada Estado (como na Inglaterra), pela expressão positiva dos textos constitucionais, ou ainda, por ambos os motivos (como na França), as atividades administrativas se exercem sob o sistema parlamentar, segundo a orientação do Poder Legislativo e debaixo do seu minucioso controle.

Não há um ponderável elemento de equilíbrio funcional dos poderes públicos e de limitação ao Poder Executivo, embora não chegue a excluir a necessidade de controle jurisdicional. Nos países de regime presidencial, como o Brasil, ficando o Executivo, praticamente, acima das intervenções do Parlamento, que só de modo indireto e remoto influi na sua ação e a fiscaliza, cresce de importância a interferência jurisdicional, no exame da atividade administrativa.

Miguel Seabra Fagundes esclarece que torna-se indispensável dar-lhe estrutura e desenvolvimento correspondentes ao seu relevante papel no vinculamento da função administrativa à ordem jurídica. “Na realidade, é só por ele que se confina, dentro da Constituição e das leis, o exercício do Poder Executivo, que, colocando acima do controle eficiente do Parlamento, só na atuação do Poder Judiciário pode encontrar limitação eficaz do ponto de vista jurídico” (2010, p. 137).

No Estado brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas.

Miguel Seabra Fagundes ensina que o Poder Judiciário aprecia a atividade administrativa em dois sentidos, do ponto de vista das suas consequências: na ordem civil (empregada esta palavra em significação lata) e na ordem penal.

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 138) exemplifica a informação supracitada da seguinte maneira:

Quando a Administração, exigindo prestação patrimonial, ou outra nela conversível, encontra oposição por parte do administrado e não tem meios imediatos de removê-la, promove a via jurisdicional de execução, ou, quando o indivíduo a demanda para obter o reconhecimento de qualquer direito seu, o controle se exerce do ponto de vista civil, perante o juízo civil. Também à jurisdição civil se submete o procedimento do Poder Executivo contra o agente seu, que lesou diretamente, defraudando o patrimônio público, ou indiretamente, por ato ilícito, atingindo direito de terceiro, a cuja reparação tenha sido camada a Fazenda Pública. Na ordem civil, o controle incide diretamente sobre a atividade administrativa.

Por outro lado, Miguel Seabra Fagundes elucida que nos casos em que a Administração se abstém de pedir o pronunciamento jurisdicional, que por ser dado sumariamente o indivíduo à obediência (execução de ofício ou administrativa), quer pela impossibilidade de demandar com objetivo patrimonial “o controle do Poder Judiciário sobre a atividade administrativa se exerce mediante a penalidade imposta a quem viola o preceito legislativo. É provocado perante o juízo criminal por iniciativa da própria autoridade administrativa ou indivíduo” (2010, p. 139).

Desse modo, explica Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 139):

A Administração o suscita, pedindo a imposição de pena ao infrator. Na ação penal se constatará a legitimidade ou não do seu procedimento para concluir pela condenação ou absolvição do condenado. O indivíduo, promovendo ação penal contra funcionário prevaricador, enseja o exame indireto do ato administrativo, pois o processo crime conduz à apreciação da legitimidade do procedimento funcional em relação ao administrado. Se era competente e não excedeu os limites legais na prática do ato, não tem lugar a imposição da penalidade. Esta se acha na dependência do exercício da função, e, por essa via, é levado o Judiciário ao exame da validade do ato administrativo.

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 140) analisa o controle jurisdicional dos atos administrativos sob o ponto de vista dois sistemas; um o controle pela jurisdição comum e outro pela jurisdição especial.

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 142) ensina que pelo primeiro sistema,

tem lugar a apreciação das atividades administrativas do Estado seja no âmbito do direito privado, seja no do direito público, por meio do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional.

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 142) complementa ao assinalar que é por isso que é denominado, também, sistema de jurisdição única. Mas, embora excepcionalmente, algumas relações jurídicas, em que um dos participantes seja a Administração Pública, escaparão ao exame do Judiciário, pelo que se prefere não usar esta denominação.

Ao partir para análise do outro sistema (chamado jurisdição dúplice, por oposição ao primeiro), Miguel Seabra Fagundes esclarecer que esse “implica um controle exercido mediante tribunais especialmente instituídos para as situações contenciosas em que seja parte a Administração” (2010, p. 142).

Os atos administrativos não se submetem de modo algum, ou se submetem em número reduzido, ao Poder Judiciário. Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 142) salienta que

para o controle do ato existe, ao lado da jurisdição comum, uma outra, a administrativa, que nela participa absorventemente. Tanto num, como noutro sistema, há pleno controle jurídico do exercício do Poder Executivo. O que neles difere é a organização dos tribunais incumbidos de exercê-lo.

De início, seja remotamente no Estado romano, seja mais de perto na organização política das nações, que se organizaram e sobreviveram na Europa, como, por exemplo, a França e a Inglaterra, todo o poder está no soberano. O direito se confunde com a sua vontade. Dele nasce e por ele é realizado. Contra as suas instruções não se conhece apelo. Só a reconsideração, que é, por si mesma, um reafirmamento de autoridade única, existe como meio de reforma dos atos lesivos ao indivíduo.

Miguel Seabra Fagundes analisa que “acompanhando a evolução geral do processo de separação dos órgãos e funções do Estado, encontra-se, inicialmente, a aparição do Poder Legislativo por meio do Parlamento. O soberano começa a decair do seu absolutismo sob a pressão dos nobres e do povo”. Miguel Seabra Fagundes explica que “o Parlamento passa a exercer certo controle sobre os atos da Coroa. Fiscaliza a Administração e principalmente do

ponto de vista do interesse coletivo, mediante a votação de créditos e a tomada de contas” (2010, p. 143).

Todavia, ressalta Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 143),

pelo feito estritamente político, o Legislativo, tende sempre a apreciações parciais, não se revelando capaz de amparar eficazmente o indivíduo. A sua ação nada tem de jurídica. É puramente política, Vai-se fazendo sentir a necessidade doutros métodos de imitação ao exercício do poder real.

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 144) salienta que

o direito do indivíduo em face do Poder Público continua nenhum. O soberano permanece poderoso e infalível, no que respeita ao súdito. Muito arda, ainda, a se admitir a proteção efetiva do indivíduo contra o excesso de Administração. Mas, o absolutismo vai declinando, lentamente, ao sopro das revoluções.

Na prática do direito público inglês é que melhor se pode acompanhar o ciclo evolutivo desse controle jurisdicional sobre a Administração Pública. Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 145) explica que de lá se origina esse controle, tem-se que:

Guilherme, o Conquistador, quando se afastava do país, deixava ao justiciar a regência do reino e o encargo de administrar a justiça em seu nome, sendo esse o primeiro fato de delegação da missão julgadora. Posteriormente já aparece a Corte do Banco do Rei como corporação incumbida de atender, em nome da Coroa, às reclamações contra funcionários do próprio rei. Emite writs, que os servos da Coroa acatam obrigatoriamente. A princípio faz com o selo do rei e, depois, diretamente. Firma de tal forma o sentido de sua competência que, sob Jaques I, quando Bancroft, arcebispo de Cantuária, pretende reviver o uso de entregar ao soberano as causas do conhecimento da Corte do Banco, se depara com decisiva oposição.

A Câmara Estrelada é outro órgão que aparece como elemento de amparo do súdito contra os funcionários do Estado. Extinta ela, surgem, mais tarde, corporações nos condados, com largo poder sobre os Atos da Administração. Mas, acima permanece o soberano, com amplo poder de demitir ao seu talante os membros desses colégios. Bem como de lhes alterar a competência.

Até que, em 1701, com o Act of settement, se veda a demissão livre dos funcionários da Justiça e também se lhes estabiliza a competência funcional. Assegurada a independência dos funcionários da Justiça, é aí que começa a existir, praticamente, o controle do Poder Administrativo por um órgão autônomo, mais tarde individualizando na estrutura política de todos os Estados com o nome de Poder Judiciário.

Por isso se pode dizer que esboçar a história do controle jurisdicional da Administração Pública, por intermédio da jurisdição ordinária, é acompanhar a gradativa formação do Poder Judiciário como órgão autônomo na estrutura política do Estado, porque é exatamente por meio desse fenômeno que se efetiva, com nitidez, a sua aparição no mecanismo estatal.

Miguel Seabra Fagundes cita que “o sistema de exame do contencioso dos atos da Administração Pública pelos órgãos do Poder Judiciário é ainda hoje adotado na Grã-Bretanha, onde teve suas raízes históricas, como dito antes. Sob a influência do direito inglês, adotou-se também a Constituição Federal dos Estados Unidos da América do Norte”. Miguel Seabra Fagundes cita ainda que “em 1831, a Constituição belga o acolheu, sendo um acontecimento relevante para sua difusão, pois que veio a ser dotado, alguns anos depois, por inspiração do direito belga, na Itália, com a Lei nº2;248. De 20 de março de 1.865, e, na Romênia, em 1866” (2010, p. 147).

A Constituição irlandesa de 1922 deu ao Judiciário o controle exclusivo da Administração Pública. Igualmente no México, este é o sistema acolhido. Na França, complementa Miguel Seabra Fagundes, “por muito tempo, os parlamentos, corpos judiciários, se puseram em luta com o poder real e os intendentos (órgãos locais da Administração), embaraçando certas reformas administrativas que foram tentadas” (2010, p. 150).

Miguel Seabra Fagundes esclarecer que “a Revolução de 1789 veio encontrar a opinião pública prevenida, em consequência desses fatos, contra a ingerência dos corpos judiciários nos negócios administrativos”. Sob essas influências, excluiu a legislação revolucionária qualquer possibilidade de contato entre os Poderes Executivo e Judiciário com a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, que estatuiu: “As funções judiciárias são distintas e ficarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de prevaricação, perturbar, por qualquer forma, as operações dos corpos administrativos” (2010, p. 150).

Viu-se daí o intuito de vedar aos órgãos judicantes não somente a interferência direta nos negócios da Administração. Como também a apreciação de questões que deles nascessem.

Ao adentrar no campo do direito administrativo brasileiro, Miguel Seabra Fagundes ressalta que “pela necessidade de subtrair a Administração Pública a uma prevalência do Poder Judiciário, capaz de diminuí-la, ou até mesmo de anulá-la em sua atividade peculiar, põem-se restrições à apreciação jurisdicional dos atos administrativos, no que respeita à extensão e consequências” (2010, p. 179).

Quanto à extensão, Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 179) afirma que

restringe-se o pronunciamento jurisdicional à apreciação do ato, no que se refere a conformidade com a lei. Relativamente às consequências, limita-se a lhe negar efeito em cada caso especial. Por isso, o pronunciamento do órgão jurisdicional nem analisa o ato do Poder Executivo, em todos os seus aspectos, nem o invalida totalmente.

Na opinião de Miguel Seabra Fagundes “ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los tão somente, sob o prisma da legalidade. Este é o limite do controle, quanto à extensão. O mérito está no sentido político do ato administrativo” (2010, p. 180).

Miguel Seabra Fagundes (2010, p. 180) ressalta que

é o sentido dele em função das normas da boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público, e, ao mesmo tempo, o ajusta a interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta. Por isso, exprime um juízo comparativo.

Miguel Seabra Fagundes diz que “compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, á justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo”. Esses aspectos, muitos autores, revela Miguel Seabra Fagundes, “os resumem no binômio: oportunidade e conveniência. Envolvem eles interesses e não direitos” (2010, p. 181).

Assim, de acordo com Miguel Seabra Fagundes, “ao judiciário não se submetem os interesses que o ato administrativo contrarie, mas apenas os direitos individuais, acaso feridos por ele”. Para Miguel Seabra Fagundes “o mérito é de atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra de administrador, violando, destarte, o principio de separação e independência dos poderes” (2010, p. 181).

Assim, como visto no ponto anterior do trabalho, Miguel Seabra Fagundes faz parte da doutrina a qual entende que os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente, jurídico, da apreciação jurisdicional.

Contudo, há de se ressaltar que, nos últimos anos, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, isso porque, explica João Paulo Pirôpo de Abreu, “a centralidade da Corte – e, de certa forma, do Judiciário como um todo –

na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais tem gerado aplauso e crítica, e exige uma reflexão cuidadosa” (2013, p. 139).

Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas e decisões envolvendo questões de longo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controversos na sociedade.

Desse modo, João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 139) explica que pode se dizer que

a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração em geral.

De acordo com Luís Roberto Barroso (1996, p. 3):

A primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país, que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com outros Poderes. No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante os juízes e tribunais. Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil. Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira.

A segunda causa, cita João Paulo Pirôpo de Abreu “foi a constitucionalização abrangentes, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária” (2013, p. 140).

A terceira causa da judicialização, segundo João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 140), é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo, ele combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu, sendo, por esse motivo, chamado de híbrido ou eclético.

João Paulo Pirôpo de Abreu afirma que “o ativismo judicial, que está intimamente ligado ao fenômeno da judicialização, é uma atitude, ou seja, a escolha de um modo

específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance” (2013, p. 140).

João Paulo Pirôpo de Abreu explica que normalmente o ativismo judicial se instala em situações de retratação do Poder Legislativo de certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

A ideia do ativismo judicial, elucida João Paulo Pirôpo de Abreu, está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.

A postura ativista, explica João Paulo Pirôpo de Abreu (2013, p. 141) se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem:

A aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislado ordinário; a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação a Constituição, a imposição de condutas ou de abstenção o Poder Público, notadamente e matéria de políticas públicas.

Como visto, ativismo judicial pode ser designado como uma postura proativa do Poder Judiciário que interfere de maneira regular e significativa nas opções políticas dos demais poderes. O ativismo judicial faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, decorrente do modelo constitucional adotado com a Constituição de 1988, portanto, não é um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política, mas que acompanha inúmeras mudanças do Direito Constitucional, as quais ocasionaram uma transformação no modo de pensar e praticar o Direito.

Há de se ressaltar, contudo, que a atuação judicial ainda é um importante elemento no desenvolvimento dos direitos fundamentais no Brasil, mas tal atividade deve estar balizada em critérios que compatibilizem com o princípio da divisão dos poderes, com as normas constitucionais e com o princípio democrático.

Passar-se-á, nesse momento, à análise da possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na discricionariedade administrativa, tendo como fundamento o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. Ver-se-á de que forma é possível a harmonização entre esses dois preceitos para que os direitos fundamentais sejam garantidos aos indivíduos.

4.3 A PACIFICAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Nesse momento, será apresentado de que forma se faz a harmonização entre o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e a discricionariedade administrativa. Partir-se-á da análise do princípio da inafastabilidade, bem como suas especificidades e uma pequena comparação do entendimento desse princípio no ordenamento brasileiro com de outros países. Após essa análise, será demonstrado de que forma a inafastabilidade é limitada pela discricionariedade administrativa e de que maneira esses dois conceitos convivem no ordenamento jurídico brasileiro.

José Antônio Pancotti (2007, p. 59) em sua dissertação de mestrado explica que:

o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional propugna em a Constituição não permitir que o legislador ordinário vá erigir qualquer obstáculo, instituir entrave, erguer barreira, criar impedimento ou dificuldade para a pessoa física ou jurídica, pública ou privada, obter um pronunciamento judicial sobre uma suposta lesão ou ameaça a direito individual ou coletivo.

José Antônio Pancotti (2007) elucida que assim, encontra-se sob o controle do Poder Judiciário todo e qualquer ato jurídico ou conduta humana capaz de ofender a ordem jurídica estabelecida, envolvendo pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, capazes ou incapazes, sem distinção de sexo, idade, raça, condição social, estado civil, profissão religiosa, investido ou não em cargo público que tenham domicílio ou esteja de passagem pelo território brasileiro, exceto os casos de imunidade de jurisdição.

O controle jurisdicional, analisa José Antônio Pancotti, é forma de expressão da soberania do poder de alterar, anular, convalidar, corrigir, invalidar, nulificar, negar ou reconhecer efeitos aos atos, fatos e negócios jurídicos em geral, de origem pública ou particular e, no caso de ilicitude, impor sanção de recomposição patrimonial ou moral ao ofendido, ou de privação de direitos e das liberdades.

Ressalta-se que tal princípio encontra-se insculpido no inciso XXXV, art. 5º da Constituição Federal de 1988, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, ou seja tem-se de modo expreso, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no direito brasileiro.

José Antônio Pancotti (2007, p. 61) ensina que “a norma do art. 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 é de absoluta clareza”. José Antônio Pancotti (2007, p. 61) explica que aliando-se

a norma acima com a dicção do art. 5º, II da Constituição (ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;), chega-se aos dois princípios constitucionais fundamentais: a) inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Poder Judiciário; b) da plenitude lógica do ordenamento jurídico.

Isto porque, nas palavras de José Antônio Pancotti (2007, p. 61):

Qualquer lesão ou ameaça a direito não será excluída de apreciação do Poder Judiciário, sendo que a atuação deste deverá pautar-se inteiramente dentro da mais estrita ordem jurídica. Pelo princípio da plenitude lógica do ordenamento jurídico, inerente ao sistema romano-germânico, quer significar que todas as condutas lícitas ou ilícitas estão previstas, de forma exauriente, no ordenamento jurídico, só se admitindo caráter muito excepcional que o juiz recorra aos costumes, à analogia, aos princípios gerais de direito e, se a lei autorizar, à equidade, conforme o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil e o art. 127 do Código de Processo Civil. E mais, o ordenamento jurídico além de definir as condutas lícitas e ilícitas, preconiza a sanção para quem tiver condutas, por ele, reprováveis. O exercício do poder jurisdicional é, portanto, de controle de legalidade, porque através dele o juiz procurará resolver os litígios à luz do direito posto, ou seja, a partir de condutas tidas como legítimas pelo Direito.

José Antônio Pancotti complementa que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional manda que as pretensões sejam aceitas em juízo, sejam processadas e julgadas, que a tutela seja oferecida por ato do juiz àquele que tiver direito a ela – e sobretudo, que ela seja efetiva como resultado prático” (2007, p. 61).

José Antônio Pancotti ressalta que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no direito brasileiro “é aparentemente singelo, porém, de singelo nada tem, pois vem provocando meditação dos juristas brasileiros que dele procuram extrair os efeitos mais amplos possíveis e, à medida que se aprofunda nas suas cogitações, procuram imprimir-lhe a maior amplitude possível” (2007, p. 63).

José Antônio Pancotti faz menção a Seabra Fagundes (1950, p. 173-179):

Se tornam intoleráveis as vias oblíquas, de que se queira valer o Congresso para subtrair certas controvérsias à análise e dirimção judicial. Onde se possa identificar um expediente para impedir, ou adiar indefinidamente, a formulação de pretensão jurídica perante a Justiça, aí haverá, não apenas um atentado ao espírito do regime, senão a violação flagrante e frontal do art. 141, § 4º da Lei Suprema (a referência à Constituição de 1946 que correspondente ao atual inciso XXXV, art. 5º). O dispositivo constitucional obriga o Estado a prestar a tutela jurisdicional a todo

aquele que afirma ter sofrido uma lesão ou ameaça de direito individual ou coletivo (PANCOTTI, 2007, p. 63).

José Antônio Pancotti (2007, p. 63) assim esclarece “desde que a pessoa (física ou jurídica, privada ou pública) sustente ter sofrido lesão a direito individual ou coletivo, o Judiciário não se pode furtar de prestar os serviços jurisdicionais, se provocado”. Além disso, a atuação jurisdicional não prescinde de instrumento técnico e perfeitamente adequado para amplo e cabal conhecimento dos meandros do litígio, e para declarar o direito aplicável; ou, se instituída a obrigação em um título, realize no mundo dos fatos o que o preceito concreto estabelece.

Feita a análise geral do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, passar-se-á à abordagem desse princípio frente à discricionariedade administrativa. José Antônio Pancotti (2007, p. 172) entende que

no Estado Democrático de Direito, ante o princípio da legalidade ampla (art. 5º, II CRFB/88), o exercício do poder discricionário está igualmente subordinado e dependente do respaldo do Direito para a sua validade, não se admitindo atuação administrativa que não esteja previamente autorizada pelo Direito.

José Antônio Pancotti (2007, p. 172) explica que “se não consagrado pelo Direito, o ato administrativo discricionário será arbitrário e ilegal, jamais discricionário. Nada fácil, porém, estabelecer ou identificar a fronteira entre a atividade administrativa discricionária e o âmbito do seu controle jurisdicional”. Como visto no ponto anterior do trabalho é sempre difícil responder à questão: qual o limite do controle pelo Poder Judiciário, em face da lei que confere ao administrador uma margem de liberdade, ou reconhece ao administrador o poder de adotar mais de uma solução para o caso concreto?

Como visto anteriormente no presente trabalho, um dos fundamentos para a limitação do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa é a separação dos poderes, segundo o qual não pode o juiz se sobrepor ou impor o seu próprio juízo de conveniência e oportunidade, de modo a substituir o administrador. O controle jurisdicional é de legalidade no seio da qual se insere também o controle de finalidade pública e da justeza da decisão.

Conforme amplamente difundida neste trabalho, a ideia da discricionariedade liga-se sempre ao poder de valoração dos interesses em relação aos quais a ação administrativa deverá ser exercida ou a faculdade que a lei confere à administração para apreciar o caso concreto segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolhe dentre duas ou mais soluções, todas válidas perante o direito.

José Antônio Pancotti elucidada que “em uma posição bastante tradicional, se a lei contemplar duas ou mais soluções, para um caso concreto, sendo todas válidas para a prática do ato, depara-se sempre com elementos palpáveis, podendo o judiciário verificar se o administrador pautou-se dentro da legalidade” (2007, p. 174).

José Antônio Pancotti (2007, p. 174) complementa ainda que,

ao regular as várias situações possíveis de ocorrerem no mundo real, a lei pode disciplinar a conduta do agente público, em termos estritamente objetivos, aferíveis objetivamente, quais as situações de fato que ensejarão o exercício de uma dada conduta. Assim, não parece haver dificuldade do exercício de controle pelo judiciário.

Na visão de José Antônio Pancotti (2007, p. 175)

a harmonização na aplicação dos princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes será obtida sempre que da administração pública pautar sua conduta de modo a não acarretar lesão ou ameaça a direito insuscetíveis de apreciação judicial e, de outro lado, sem que haja intromissão indevida do Poder Judiciário na atuação administrativa.

Deve-se buscar, portanto, um ponto de equilíbrio com vistas a uma atuação harmônica. Fica evidente a limitação do controle jurisdicional, ante a denominada área de livre decisão, em atividade administrativa discricionária, ante as consequências decorrentes do controle, isto é, no mais das vezes limita-se a invalidar o ato do administrador, sem substituí-lo por ato do juiz. Invariavelmente, limita-se o judiciário a declarar a sua nulidade, devolvendo ao administrador a substituição do ato viciado, quando for possível.

José Antônio Pancotti (2007, p. 175), todavia, salienta que:

A harmonização na aplicação destes dois princípios, torna-os compatíveis, quando a atividade não vinculada da administração pública desdobrável em discricionariedade e valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados resultar em lesão ou ameaça a direito é sempre possível o controle jurisdicional, tanto pelo princípio da legalidade, como pela decorrência da aplicação dos demais princípios constitucionais específicos da administração pública como a publicidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência, bem como o princípio constitucional da igualdade, além dos princípios gerais de direito implícitos que decorrem do espectro constitucional (CF/88, art. 5º, § 2º - Os direitos e garantias expressos nestas Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte) destacando-se a probidade administrativa, a boa-fé, a razoabilidade e o a proporcionalidade, para o fim de invalidar o ato lesivo ou ameaçador do Direito. Não se pode esquecer que os princípios constitucionais da administração pública, dentre os quais o da legalidade, e as normas constitucionais protetoras de direitos fundamentais, propiciam ao Poder Judiciário apreciar qualquer lesão ou ameaça a

direito, potencializando, inclusive, o reconhecimento e a garantia do exercício dos direitos lesionados ou ameaçados.

José Antônio Pancotti (2007, p. 175) ainda esclarece que

não é pacífico, porém, quanto à inviabilidade de substituição do teor da decisão administrativa pelo Poder Judiciário, já que não absoluto o argumento de que a função jurisdicional não pode ser substitutiva da atividade administrativa, porque atentaria contra a independência dos poderes e a autonomia administrativa.

Não se preconiza, explica José Antônio Pancotti, que o Poder Judiciário depois de invalidar o ato administrativo, em qualquer situação ou de forma genérica possa sempre praticar ato que entenda correto, substituindo o ato ou a decisão administrativa.

O que a doutrina sustenta, frente à indispensabilidade de harmonizar os princípios da inafastabilidade da tutela jurisdicional e da separação dos poderes, depois da invalidação do ato, é a devolução à administração pública a prática de novo ato, em substituição ao viciado, sempre que isto seja juridicamente viável (PANCOTTI 2007, p. 176).

O que se observa é um grande esforço doutrinário para avançar em matéria de controle jurisdicional da atividade administrativa não vinculada, com vistas a uma arrojada meta de construção teórica da chamada redução da discricionariedade a zero. A par disso, há a valoração administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados, sempre na tentativa de construção de um critério teórico de delimitação dos casos em que a atribuição de discricionariedade com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, em que o legislador confere a liberdade de decisão ao administrador, o que reduz a reapreciação judicial.

José Antônio Pancotti salienta que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional não se confunde nem engloba o princípio da indeclinabilidade da jurisdição, como invariavelmente se afirma”. Complementa: “Enquanto aquele destina a evitar e afastar qualquer obstáculo ou empecilho ao direito do cidadão de provocar o Poder Judiciário com vistas a obter um provimento jurisdicional acerca de uma lide, este proíbe o juiz de declinar do seu dever-poder de julgar” (2007, p. 187).

Sob a ótica de José Antônio Pancotti (2007, p. 188), no princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional

condensa-se 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.

Isto porque, complementa José Antônio Pancotti (2007, p. 188),

a Constituição confere ao Poder Judiciário, qualificado por sua independência, pela exigência de elevado grau de preparo técnico jurídico dos seus membros e da imparcialidade de sua atuação, um sistema de controle de atuação de todos os Poderes da República (legislativo, executivo e judiciário).

Por outro lado, ou do ponto de vista do indivíduo ou da própria sociedade: ressalta José Antônio Pancotti, “o princípio da inafastabilidade tem estreita relação com o princípio do acesso à Justiça”, porque garante genericamente o direito de ação e de defesa, indistintamente a todas as pessoas jurídicas ou físicas, quanto a estas independente da condição social, raça, cor, idade, nacionalidade e sexo o direito de obter do Estado um provimento sobre um lesão ou ameaça a direito de que supõe seja titular (2007, p. 188).

É indispensável ressaltar que o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, como destaca José Antônio Pancotti, “surgiu do desejo de defender o indivíduo contra o Estado”. Em nome desta proteção judicial, adverte José Antônio Pancotti, “não se pode cometer exageros, em que juízes acabam por substituir professores na aprovação ou reprovação de alunos, ou de candidatos em concursos públicos; definir competições esportivas, apontando campeões e suspender jogos” (2007, p. 190).

As questões relativas à intromissão do Judiciário nas Comissões Parlamentares de Inquérito CPI's, pelo noticiário dos meios de comunicação, tem se limitado ao controle de legalidade e para impedir que se cometam arbitrariedades, como no caso de “quebra de sigilo” bancário e fiscal, ou de se exigir auto acusação de pessoas que comparecem para depor, mas que são suspeitas de cometerem ilícitos administrativos e penais.

Não se pode perder de vista, porém, que a atual Carta Magna ao enfatizar o princípio da inafastabilidade, complementado por outros princípios constitucionais já ressaltados, ensina José Antônio Pancotti, “destaca como uma filosofia libertária, aberta para o social e para a realidade, que busca, imperativa e ingentemente, métodos idôneos de fazer atuar os direitos sociais e uma justiça mais humana, simples e acessível” (2007, p. 190).

O controle jurisdicional dos atos administrativos se coloca numa visão particular do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Não há dúvida que, em relação aos atos administrativos vinculados, a possibilidade de controle é ampla, inclusive sobre o mérito. Para

José Antônio Pancotti (2007, p. 192) a real dificuldade de identificação dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos

prende-se ao avanço doutrinário que vem acenando para um panorama que faz distinção entre conceito vago e discricionariedade, legitimando que o magistrado, quando provocado adequadamente, possa aquilatar igualmente em atos discricionários a finalidade pública, se o bem comum e a utilidade social foram ou não alcançados.

José Antônio Pancotti complementa, “desde que esta finalidade pública não seja efetivamente atingida como deseja o ordenamento jurídico, o Poder Judiciário pode declarar nulo o ato. Inexiste, nessa situação, qualquer imunização dos atos administrativos ao controle jurisdicional”. As naturais dificuldades do juiz para verificar se o ato amoldou-se ou não adequadamente aos limites da lei não pode se constituir em empecilho ou obstáculo intransponíveis para que o juiz exerça pleno controle dos atos administrativos discricionários pois o controle de legalidade sempre haverá (2007, p. 192).

O rótulo de ato discricionário, por si só, não pode imunizá-lo ao controle jurisdicional. José Antônio Pancotti (2007, p. 192) explica que

é necessário verificar a fundo se o ato realmente é ou não passível de controle jurisdicional ou se encontra na “moldura legal”. Não pode a discricionariedade servir de escudo para afastar do ato o controle jurisdicional. Não se pode, porém, simplesmente repugnar a discricionariedade administrativa.

José Antônio Pancotti ressalta que “conquanto a discricionariedade administrativa tenha a sua origem no Estado liberal, apogeu do princípio da legalidade, não se pode negar a sua indispensabilidade como instrumento jurídico para a eficiência do Estado Democrático de Direito, qualquer que seja a orientação política dominante”. Isto porque, no Estado Democrático e Social, um elevado número de tarefas são atribuídas aos órgãos públicos (2007, p. 193).

A situação agiganta-se porque são tarefas com enorme grau de complexidade funcional e técnica, na medida em que se destinam a atender as necessidades básicas do cidadão, tais como segurança, educação, saneamento, moradia; assistência à saúde; proteção à infância, à adolescência, à pessoa portadora de deficiência, ao idoso etc.

Assim, assegura José Antônio Pancotti que “a discricionariedade é um instrumento com o qual o direito deve contar sempre, não como um mal inevitável, mas como necessidade institucional, para o bom funcionamento da administração pública” (2007, p. 194).

A discricionariedade, entretanto, comporta a necessidade de levar em conta noções não estritamente jurídicas para adotar a melhor decisão, na medida em que, por vezes, terá que se socorrer de critérios políticos, técnicos, ou de mera oportunidade ou conveniência econômica e social.

Isto porque, o exercício do poder discricionário não é mero processo intelectual de aplicação da lei, ou de um processo lógico inteiramente guiado ou dominado pelo raciocínio jurídico puro, a partir exclusivamente dos métodos de interpretação e aplicação da lei, porque é ao mesmo tempo um processo volitivo de decisão que deve contar com esses outros elementos.

O uso do poder discricionário pela administração pública, porém, tem limites que o próprio direito impõe, porque a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade. Ademais, é uma atividade pública que não está infensa a regras do direito. José Antônio Pancotti ressalta que é necessário preestabelecer “se é a hipótese de uso da discricionariedade ou não, considerando o caso concreto, ou seja, o exame do: quando, onde, o quê e como, submetendo-se, portanto, aos parâmetros jurídicos que tanto podem inviabilizar, limitar ou restringir o seu uso” (2007, p. 195).

José Antônio Pancotti assegura que “não fica ao livre arbítrio da autoridade qualificar de discricionário ou não, o ato administrativo”. Eis aí a razão pela qual, hodiernamente há consenso na doutrina hoje de que o ato discricionário não dispensa motivação. José Antônio Pancotti deixa claro quão importante é “a definição da conduta que se deve pautar a administração, se o caso concreto exige ou admite o uso do poder discricionário e, se positiva a resposta, cumpre examinar, ainda, em que extensão e profundidade. É o controle jurisdicional da “prerrogativa de discricionariedade” da administração pública” (2007, p. 195).

José Antônio Pancotti destaca a questão relativa ao controle da “prerrogativa de discricionariedade” da administração pública, pelo Poder Judiciário. José Antônio Pancotti explica que, “se a administração pública invocar tal prerrogativa quando a mesma não existir, porque a lei preconiza uma única conduta possível para o administrador, expressamente estabelece o conteúdo e determina as conseqüências do ato, isto é, o controle judicial revela-se pleno” (2007, p. 196).

Superado a questão da “prerrogativa de discricionariedade”, José Antônio Pancotti aduz, “porque o juiz ou tribunal concluiu que o uso da discricionariedade é possível, cumpre

examinar, se o ato atende aos pressupostos ou requisitos de validade e existência que o direito impõe e, sobretudo, perquirir se o interesse público será alcançado” (2007, p. 196).

Assim, é essencial que se submeta à estrita legalidade, quanto aos seus elementos formais: a autoridade competente, inequivocamente atenda a finalidade pública e observe as formas ou procedimentos conforme a lei. No que se refere ao mérito do ato, ou seja, sobre conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça, cumpre examinar, se não irá incidir em desvio ou excesso de poder, se desatenderá aos princípios de moralidade, impessoalidade, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade, bem como aos demais princípios jurídicos expressos e implícitos da Constituição (CF/88, art. 5º § 2º).

Neste contexto, José Antônio Pancotti salienta que “deve haver a substituição da noção de legalidade estrita dos atos administrativos pelo princípio da sua juridicidade, ou seja, a atividade discricionária para legitimar-se”. Complementa que essa atividade “deve atender a esta concepção principiológica do direito, pois, além de submeter os seus atos à conformidade das regras, exige-se para a sua produção que não contrarie os princípios constitucionais” (2007, p. 118).

Como visto no primeiro capítulo do presente trabalho, os princípios constitucionais se constituem em mandamentos nucleares do sistema jurídico no Estado Democrático de Direito que penetram e interferem em todo o ordenamento jurídico, porque se caracterizam pela qualidade de serem originários. Em razão desta especial qualidade, deles derivam os demais princípios que permeiam as normas infraconstitucionais.

José Antônio Pancotti destaca a importante função dos princípios “como instrumentos que o operador do direito deve lançar mão para a interpretação contextual e atualizada da lei, com maior razão na esfera administrativa”. No exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos em geral, inclusive aqueles fundamentados na discricionariedade, o Poder Judiciário deve, portanto, perquirir se o ato se submeteu, não só ao princípio da legalidade, mas também da juridicidade.

A partir desta premissa, o campo de atuação jurisdicional no exercício do controle da discricionariedade se amplia, se torna mais extenso, permitindo um aprofundamento maior, para ir muito além da mera revisão dos elementos vinculados do ato discricionário. Assim, deverá perquirir também, se no processo de concepção do ato, o administrador avaliou e valorou criteriosamente os pressupostos de fato e de direito e se na motivação guiou-se pelos parâmetros ditados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade (sob as vertentes da

igualdade e da imparcialidade), da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência, e conteúdo do ato.

A conclusão do juiz ou tribunal pode ser no sentido de que o ato administrativo está conforme o direito, porque se submeteu a uma orientação segundo os critérios dos princípios gerais de direito e não ofendeu nenhum princípio expresso ou implícito da Constituição. Ao contrário, o juiz ou tribunal podem apontar lesão grave a algum ou alguns princípios constitucionais capazes de ensejarem a invalidação do ato.

Neste caso, abre-se a possibilidade de decretar a sua nulidade e determinar à administração que edite ato novo, corrigindo o vício ou, depois de declarar a nulidade, preestabelecer o conteúdo do novo ato, em substituição à administração. Sob o ponto de vista de José Antônio Pancotti “sempre existirá a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar o ato administrativo vinculado ou discricionário” (2007, p. 198).

O debate acirrado, em sede sindicabilidade do ato da administração, é quanto à possibilidade de substituição do conteúdo da decisão administrativa pela decisão do Poder Judiciário, em caso de discricionariedade administrativa. Isto nem sempre é viável. José Antônio Pancotti (2007, p. 198) cita alguns exemplos:

1 - Se o Supremo Tribunal Federal declara a inconstitucionalidade de medida provisória com fundamento em ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, porque ausentes os pressupostos de relevância e urgência, a Excelsa Corte não tem determinado que o Chefe do Executivo transforme a medida provisória projeto de lei e o envie ao Congresso Nacional.

2 - não se concebe que o Poder Judiciário possa substituir a administração pública, quando se discute o local por onde deve passar uma rodovia a ser construída. Na hipótese de reconhecer que, pelo traçado do projeto, a obra ofende ou lesiona o meio ambiente, o juiz pode acolher o pedido de sujeitos legitimados (órgão público ou de ONG específica), para determinar o cancelamento do projeto, ou interrupção das obras, mas não terá respaldo técnico, nem jurídico para determinar o novo traçado da futura rodovia.

Em caso da chamada “discricionariedade de decisão”, porém, em que compete à administração decidir se deve agir ou não, quando concluir pela negativa (não agir) e, sendo questionada em juízo, a decisão judicial que declara a nulidade acaba por determinar a prática do ato, em verdadeira substituição a uma conduta que só deveria ser objeto de deliberação pela administração.

Isto posto, diante dos ensinamentos de José Antônio Pancotti, é possível concluir que “sempre terá cabimento o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, quanto à sua juridicidade, isto é, a fim de que o tribunal examine, num primeiro plano, se a

administração detinha “prerrogativa de discricionariedade”. Complementa ainda que, “num segundo plano, se o administrador público optou pela decisão que melhor atenda ao interesse da coletividade, conforme os padrões de excelência da atividade administrativa” (2007, p. 202).

Dessa forma, conclui-se, em última análise que a harmonização entre o princípio da inafastabilidade jurisdicional e a discricionariedade administrativa se dá sempre que o ato editado pela Administração observou não apenas aspectos de legalidade estrita, mas considerou os princípios constitucionais expressos e implícitos, pertinentes ao caso concreto. E, na sua motivação deixar explícito, com clareza e objetividade, que todas as questões pertinentes que o caso comportar foram consideradas, na medida em que, por vezes, terá que se socorrer de critérios técnicos, ou de oportunidade ou conveniência econômica e social. Feito de outro modo, o Poder Judiciário, desde que provocado, poderá interferir para que qualquer lesão ou ameaça a direitos sejam evitados.

5 CONCLUSÃO

Como se viu, a problemática do controle jurisdicional sobre o mérito do ato administrativo discricionário está longe de ser resolvida. No entanto, percebe-se que as mudanças que vem acontecendo ao longo dos anos, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, propiciam cada vez mais uma maior intervenção judicial na Administração Pública.

Como foi demonstrada a noção de discricionariedade administrativa deixou de ser entendida como poder ilimitado do administrador público e passou a ser balizada por alguns requisitos, quais sejam o princípio da legalidade, que de acordo com que foi apresentado pode ser considerado no seu sentido mais amplo, abarcando assim, as leis e os princípios.

Outros requisitos limitantes à discricionariedade administrativa são colocados no trabalho; a finalidade do ato, finalidade da lei, assim como a motivação. Ressalta-se, que ainda há divergências na doutrina quanto a essas balizas da Administração Pública, pois há autores que ainda sustentam uma menor intervenção judicial e que por isso o Administrador deve observar apenas a lei em sentido amplo na edição do ato. Por outro lado, a finalidade e a motivação do ato, passaram a ser requisitos de validade do ato.

Importante frisar que as críticas que se tentou levantar no presente trabalho demonstram num primeiro momento quais as consequências da diminuição dos limites da discricionariedade administrativa. Percebe-se que, quando o administrador faz uso da conveniência e da oportunidade e não observa os princípios e as demais balizas apresentadas no trabalho, a discricionariedade passa a ser entendida como arbitrariedade.

No que tange o controle jurisdicional da discricionariedade, percebe-se que a intervenção do Poder Judiciário na Administração Pública vem sofrendo profundas mudanças ao longo dos anos. Como visto, num primeiro momento a discricionariedade administrativa era campo impenetrável pelo Judiciário. À medida que a Administração Pública passou a tomar decisões que nem sempre estavam de acordo com o interesse público e que, muitas vezes, causavam lesão ou ameaça a direitos dos administrados, o Judiciário passou a ser provocado para dirimir tais demandas.

Todavia, como se viu no trabalho, poucos eram os argumentos que sustentavam a possibilidade de maior intervenção do Judiciário no mérito dos atos administrativos. Com passar dos anos a doutrina e a jurisprudência caminharam para uma maior intervenção. Para

isso, usaram diversas teorias e uma delas foi a principiológica, a qual foi abordada no trabalho.

Salienta-se ainda que a maior intervenção judicial na Administração Pública também tem levantado alguns problemas, um deles é a Pan-Principiologia, outro é o Ativismo Judicial e há autores que ainda levantam Judicialização da Política. Tais fenômenos vem acontecendo na sociedade brasileira e tanto a doutrina quanto a jurisprudência se demonstram bastante divididas, de um lado se tem a lesão e a ameaça a direitos por parte da Administração Pública perante os administrados, de outro se tem a inafastabilidade da tutela jurisdicional. Há ainda autores que defendem que o mérito do ato administrativo seria exceção ao princípio da inafastabilidade jurisdicional.

A teoria da pan-principiologia apresentada no trabalho sob a luz do entendimento de Lenio Streck de que a principiologia foi erroneamente difundida no Brasil, pois os princípios aqui ganharam uma abertura interpretativa o que abre muitas possibilidades de se fundamentar uma decisão em cima de princípios e assim conferir poder ilimitado aos juízes.

Por fim, aponta-se o caminho que a Administração Pública deve seguir para que não haja a necessidade de controle por parte do Poder Judiciário em suas decisões. Dessa forma, conclui-se, em última análise que a harmonização entre o princípio da inafastabilidade jurisdicional e a discricionariedade administrativa se dá sempre que o ato editado pela Administração observou não apenas aspectos de legalidade estrita, mas considerou os princípios constitucionais expressos e implícitos, pertinentes ao caso concreto. E, na sua motivação deixar explícito, com clareza e objetividade, que todas as questões pertinentes que o caso comportar foram consideradas, na medida em que, por vezes, terá que se socorrer de critérios técnicos, ou de oportunidade ou conveniência econômica e social. Feito de outro modo, o Poder Judiciário, desde que provocado, poderá interferir para que qualquer lesão ou ameaça a direitos sejam evitados.

REFERÊNCIAS

- ABREU, João Paulo Pirôpo. **A autonomia financeira do Poder Judiciário: limites traçados pelo princípio da independência e harmonia dos Poderes**. Brasília: CEJ, 2013.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. **Revista de Direito Administrativo**, v. 215, p. 151-179, 1999.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- CALSAMIGLIA, Albert. **Ensaio sobre Dworkin**. Tradução: Patrícia Sampaio. Barcelona: Ariel, 1984. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/patdwork.html>. Acesso em: 20 jul. 2015
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28.ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.
- CASSAGNE, Juan Carlos. **Estudio de Derecho Público**. Buenos Aires: Depalma, 1995.
- CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3. ed. 3. Tir. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Sintomas denunciadores do desvio de poder. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, São Paulo, v. 71, 1976.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMFmartinsfontes, 2011.

FACHIN, Zulmar. As funções do estado no processamento de Aristoteles, John Locke e Montesquieu: breve resgate histórico. **Revista do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania**, Londrina, v. I, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Da proteção do individuo contra ato administrativo ilegal ou injusto. **Arquivo do Ministério da Justiça e Negócios Interiores**, v. 5, n. 18, jun. 1946.

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

FARIA, Edimur Ferreira de. **O controle do mérito do ato administrativo pelo judiciário**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio; TRINDADE, André (Orgs.). **Garantismo, Hermeneutica e (neo) Constitucionalismo um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução do Estudo do Direito: Técnica, Decisão e Dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FONSECA, Verano Caetano. Controle jurisdicional do desvio de poder. **Revista Brasileira de Direito Processual**, v. 5, p. 135-139, 1976.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. São Paulo: Fontes, 2000.

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

MAURÍCIO JR., Alceu. **A Revisão judicial das escolhas orçamentárias: a intervenção judicial em políticas públicas**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos editor, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

PANCOTTI, José Antônio. **Princípio da inafastabilidade da jurisdição e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro Universitário Toledo, Araçatuba, 2007. Disponível em: <www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=88255>. Acesso em: 2 set. 2013.

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RUSSOMANO, Rosah. **Dos poderes legislativo e executivo**. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos, 1976.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, n. 1, 2003.

TÁCITO, Caio. Administração e controle de legalidade. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 37, p. 3, jul./set. 1954.