

# DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: uma análise sobre os seus fundamentos, controle judicial sobre atos administrativos e a problemática da intervenção sobre as políticas públicas

Bianca Vieira de Sousa Melo

## Mestrado em Direito Especialização em Ciências Jurídico-Políticas

**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: uma análise sobre os seus fundamentos, controle judicial sobre atos administrativos e a problemática da intervenção sobre as políticas públicas**

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Doutora Daniela Serra Castilhos

09 de fevereiro de 2023





**DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA:  
uma análise sobre os seus fundamentos,  
controle judicial sobre atos administrativos  
e a problemática da intervenção sobre as  
políticas públicas**

**Bianca Vieira de Sousa Melo**

**Mestrado em Direito Especialização em  
Ciências Jurídico- Políticas**

**Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Daniela Serra Castilhos**

**Fevereiro, 2023**



Dedico este trabalho aos meu filhos, Ana Beatriz e Arthur Vitor, vocês são a razão do meu existir. Tudo que eu consegui devo primeiramente a Deus, em seguida a vocês. Amo os dois infinitamente.

# RESUMO

## **DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA: uma análise sobre os seus fundamentos, controle judicial sobre atos administrativos e a problemática da intervenção sobre as políticas públicas**

Esta dissertação de Mestrado trata da questão pertinente as atividades exercidas pelos poderes do Estado, leva em consideração a repartição fundamental desses poderes e a necessidade de atingir os fins constitucionais de perseguição ao interesse público. Os princípios fundamentais e os objetivos da República se fazem presentes no cotidiano da Administração, que através das políticas públicas, introduzem os fins sociais almejados pela Constituição à vida social. Mesmo diante da finalidade de perseguir o interesse público a atividade do administrador é fundamentada na legalidade e no controle dos seus atos pelos demais poderes, neste ponto se faz pertinente este trabalho de dissertação que vem realizar uma análise sobre importância do poder discricionário, identificando seus fundamentos, e a problemática do controle judicial em tais atos, fazendo um recorte sobre o controle judicial das políticas públicas. Tratar de controle judicial sobre as políticas públicas abre um leque de questionamentos pertinentes ao tema, tais como: poder discricionário, mérito do ato administrativo, ativismo judicial e reserva do possível. Todos os temas ligados a um tema tão instigante e válido ao contexto em que estamos inseridos. A realização de políticas públicas insere-se no contexto constitucional de adequação das atividades governamentais para a melhoria da qualidade de vida da sociedade. O desafio é identificar que existe e deve existir um controle dos demais poderes sobre os atos sem os esvaziar em sua essência, sem substituir um poder pelo outro.

**Palavras-chaves:** Poderes do Estado; Interesse Público; Controle; Fiscalização; Políticas Públicas;

# ABSTRACT

## **ADMINISTRATIVE DISCRETION: an analysis of its foundations, judicial control over administrative acts and the problem of intervention in public policies**

This Master's thesis deals with the issue relevant to the activities carried out by the powers of the State, takes into account the fundamental division of these powers and the need to achieve the constitutional ends of pursuit of the public interest. The fundamental principles and objectives of the Republic are present in the daily life of the Administration, which, through public policies, introduce the social ends desired by the constitution to social life. Even in the face of the purpose of pursuing the public interest, the administrator's activity is based on the legality and control of his acts by the other powers, at this point this dissertation work is relevant, which describes the possibilities of judicial control of public policies, its limits and their consequences. Dealing with judicial control over public policies opens a range of questions relevant to the topic, such as: discretionary power, merits of the administrative act, judicial activism and reservation of the possible. All themes linked to a theme so thought-provoking and valid for the context in which we are inserted. The implementation of public policies is part of the constitutional context of adequacy of governmental activities to improve society's quality of life. The challenge is to identify that there is and must exist a control of the other powers over the acts without emptying them in their essence, without substituting one power for the other.

**Keywords:** State Powers; Public Interest, Control; Oversight; Public policy;

# ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	vii	
<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2</b>	<b>UM BREVE HISTÓRICO DO PODER DISCRICIONÁRIO.....</b>	<b>11</b>
2.1	Administração Pública no Estado de Polícia.....	11
2.2	A administração Pública no Estado de Direito.....	12
2.2.1	O período do Estado Liberal de Direito.....	13
2.2.2	O período do Estado Social de Direito.....	17
2.2.3	O período do Estado Democrático de Direito.....	20
<b>3</b>	<b>DA DISCRICIONARIEDADE.....</b>	<b>24</b>
3.1	Fundamentos da Discricionariedade.....	27
3.2	Discricionariedade e interpretação.....	31
3.3	Discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos Indeterminados.....	33
<b>4</b>	<b>DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ESCOLHA DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>39</b>
4.1	Políticas Públicas e Separação dos Poderes.....	42
4.2	A Juridicidade dos princípios como forma de limitação da Discricionariedade.....	46
<b>5</b>	<b>O CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL.....</b>	<b>51</b>
5.1	Judicialização da política.....	51
5.2	Controle judicial de Políticas Públicas no Brasil sob a perspectiva do STF.....	56
<b>6</b>	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>65</b>
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....		69

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

art. – Artigo

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADPF – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental

CF – Constituição Federal

RE – Recurso Extraordinário

Resp – Recurso Especial

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

# 1 INTRODUÇÃO

A separação entre a função judicial, legislativa e executiva pensada por Montesquieu, visava enfraquecer o Estado e fortalecer as garantias individuais, próprias do momento histórico da formação do constitucionalismo liberal. A proteção ao indivíduo era a essência e a finalidade de toda a alteração no modo de pensar do Estado.

A Revolução Industrial e a formação de uma massa de operários fizeram surgir outras necessidades ao momento, qual seja, a proteção do trabalhador frente ao poder econômico das Empresas. O Estado de Direito faz surgir um novo modelo de Estado, o Estado Social, este pensado para atender o bem comum, para garantir bem-estar à sua população, busca satisfazer direitos fundamentais, bem como a igualdade material.

Assim, ampliasse os direitos usufruídos pelos cidadãos, os direitos fundamentais a liberdade (atuação negativa do Estado) e os direitos sociais (atuação positiva do Estado).

Na construção de estados constitucionais passou pela formação de regimes democráticos, implementando o Estado Democrático de Direito, fortalecendo as bases legais para a operacionalização do Direito em cada um desses países, que superaram os regimes ditatoriais.

O Judiciário fortalecido e aplicando o Direito fez surgir muitos debates acerca do controle judicial sobre os atos administrativos, bem como o controle sobre as políticas públicas implementadas. Diante de tantas Constituições garantistas e da crescente demanda pela concretização dos direitos fundamentais e sociais na vida da população. O Poder Judiciário passou a ser constantemente alvo de demandas que envolvem desde o direito à liberdade (liberdade de expressão, liberdade religiosa, direito ao sossego) a questões relacionadas ao meio ambiente, aborto, educação, saúde.

Os papéis dos poderes foram redesenhados e o controle sobre os atos administrativos passou a ter nova versão. Por muitos anos a independência dos poderes foi o viés norteador das atividades e pouco se ouviu falar, pelo menos no Brasil, que o Judiciário (antes da Constituição de 1988) adentrasse ao mérito administrativo.

Assim, este trabalho de dissertação de mestrado tem como objetivo fazer uma análise sobre o poder discricionário, sobre seus fundamentos e a problemática do controle judicial sobre os atos administrativos e sobre as políticas públicas.

Antes de adentrar no texto dissertativo, se faz necessário fazer uma abordagem sobre a temática escolhida, sua distribuição nesse trabalho e sua grande relevância

para o direito na atualidade diante da maior participação judicial no controle dos atos administrativos, em especial das políticas públicas.

Iniciaremos com um breve histórico sobre o surgimento do Poder Discricionário na ordem jurídica mundial, como ao longo das mudanças nos fundamentos do Estado de Direito o poder discricionário foi alargando seus limites e crescendo para viabilizar a consecução dos objetivos do Estado.

No capítulo posterior seguiremos conceituando o poder discricionário, analisando seus fundamentos, a sua forma de interpretação, bem como seu viés interpretativo para os conceitos jurídicos indeterminados, justamente por serem os conceitos jurídicos indeterminados a maior valoração pertinente ao administrador.

O capítulo seguinte trata da temática da discricionariedade ligada a definição de políticas públicas, este é o caminho que percorremos para formar o pensamento sobre o processo de formação das políticas públicas no âmbito da discricionariedade administrativa, e como a separação de poderes é de real importância para a compreensão das formas de controle judicial sobre as políticas públicas.

Debater essa temática dentro do Estado de Direito e dentro da formação de separação dos poderes, se faz sempre pertinente. Assim, por meio de uma revisão bibliográfica e comparativa entre o direito administrativo brasileiro e o direito administrativo português, o presente trabalho toma a sua importância nessa temática à medida que avança sobre a possibilidade do controle judicial sobre políticas públicas, descrevendo seus limites e suas consequências.

## 2 UM BREVE HITÓRICO DO DIREITO DISCRICIONÁRIO

### 2.1 Administração Pública no Estado de Polícia

A Administração Pública como conhecemos hoje em sentido subjetivo e objetivo foi estruturada a partir da formação do Estado de Direito que, identificou e separou os poderes, tornando distintas as três funções do Estado, limitando o exercício do poder e garantindo direitos fundamentais do homem, como a igualdade e a liberdade.

Luiz Nunes Pegoraro<sup>1</sup> descreve esta fase inicial do Estado nos seguintes termos: “o primeiro período de vida da organização estatal apresenta como marcante a concentração de poderes nas mãos do Rei, configurando o Estado de Polícia, onde predominava a vontade dos monarcas”. Apontando a concentração de poder unicamente nas mãos dos reis, o referido autor conclui dizendo que “o rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se encontravam acima de qualquer ordenamento jurídico”.

Antes desse momento histórico de formação do Estado Moderno na Europa também se podia identificar as funções administrativas, mas não havia a ideia de submissão da Administração Pública à lei, o que tornava as garantias de liberdade e outros direitos do cidadão muito mais difíceis de serem efetivados.

O Estado Moderno conhecido como Estado de Polícia tomou forma de Monarquia Absolutista, cuja “administração se achava legalmente incondicionada”<sup>2</sup>, neste período da história em que o direito público ficou na penumbra, o Estado foi estruturado sob princípios como o da *regis voluntas suprema lex* (a vontade do rei é a vontade suprema), do *quod principi placuit legis habet vigorem* (aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei), *the king can do wrong* (o rei não pode errar)<sup>3</sup>.

Fundado nestes princípios o Estado Moderno caracterizava-se pela soberania e pela polícia centralizadas no déspota esclarecido, o que tornava todos os súditos sujeitos a autoridade dos reis e sem qualquer possibilidade de dispor de medidas judiciais a eles oponíveis.

A soberania tornou-se o elemento identificador deste período, sem ela seria impossível à constituição deste Estado, que se apresentou “sob uma sólida doutrina de

---

<sup>1</sup> PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos atos Administrativos Discricionários*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

<sup>2</sup> PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas. 2009. p. 6.

<sup>3</sup> PIETRO, ref. 2, p. 6.

um poder inabalável, inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”<sup>4</sup>.

Mais que uma figura de representação do poder, o Monarca era o poder, o soberano titular do império, o rei absoluto de onde emanavam todas as competências e atribuições governativas, o que minimizava o Estado e elevava a pessoa do soberano, apresentado como divino.

Neste período histórico, “o Estado-Administração não pensava de forma coletiva e não procurava prestar serviços à população, que era relegada ao descaso”<sup>5</sup>.

A base do poder absoluto estava na tradição ligada diretamente à pessoa do soberano, que contava com um forte aparato administrativo direcionado à arrecadação de impostos e com força militar para defender seus territórios e intimidar os opositores.

Somente nessa forma de Estado se tem a dimensão exata do que vem a ser poder discricionário, abrangendo tanto os atos arbitrários como atos oportunos e justos. O que em termos, os conceitos de discricionariedade e arbitrariedade, poderiam até mesmo ser confundidos. “Não somente o soberano agia arbitrariamente, mas também os seus auxiliares e servidores, que atuavam baseados na forma de agir e nas ordens diretas recebidas de seu superior”<sup>6</sup>.

## **2.2 A Administração Pública no Estado de Direito**

Sucedendo o Estado de Polícia encontramos o Estado de Direito, que em apertada síntese o identificamos como um momento de submissão do Estado e dos reis à autoridade da lei, que agora se submetendo a esta ficava evidenciado que a lei deveria se colocar acima dos governantes e dos governados.

Liana Chaib afirma que

O Estado de Direito surge da confluência das ideias de Montesquieu e Rousseau, como reação aos governos absolutistas dos monarcas. Montesquieu, inspirado em Locke, montou seus postulados embasando-se na liberdade política que a rigor, não se traduzia em fazer tudo o que se quer, mas no direito de fazer o que as leis permitem. Para ele, a liberdade política era encontrada nos governos moderados e apenas e tão somente naqueles em que não houvesse abuso de poder, pois todo homem investido no poder tende a abusar deste, indo até onde encontre seus limites.<sup>7</sup>

Com os fundamentos apontados por Chaib<sup>8</sup>, se tornou evidente que o Estado surgido para conformar o poder através da lei tem como principal característica o princípio da legalidade como a matriz do sistema jurídico. A legalidade vista em sentido

---

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 41.

<sup>5</sup> PALUDO, Augustinho Vicente. *Administração pública: teorias e questões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 59.

<sup>6</sup> PALUDO, ref. 5.

<sup>7</sup> CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 2008. p. 17.

<sup>8</sup> CHAIB, ref. 7, p. 19.

formal e material como aponta Chaib, formal ou estrita se refere “à submissão do Estado à lei, a qual é a única fonte do Direito”, e material “voltado para a realização concreta e eficaz dos direitos fundamentais”<sup>9</sup>.

Corroborando tal entendimento as palavras de Luís Nunes Pegoraro que afirma que “esse novo Estado representou profunda revolução, apontando um Estado que cria, declara e submete-se ao direito”<sup>10</sup>.

O referido jurista destaca como essencial para o entendimento da evolução do Estado para o estágio de Estado Democrático o entendimento de três grandes movimentos políticos sociais. O primeiro deles é a Revolução Inglesa, com influência de Locke e a expressão mais significativa no *Bill of Rights* 1689, que nas palavras do autor “era o governo da maioria em que se podia assegurar a proteção dos direitos naturais dos indivíduos com a estipulação de limites ao poder absoluto do monarca e a influência do protestantismo”.

O segundo movimento apontado por Pegoraro<sup>11</sup> é a Revolução Americana que trouxe expresso diversos princípios como a garantia da supremacia da vontade do povo, a liberdade de associação e a possibilidade de manter um permanente controle sobre o governo na Declaração de Independência das Treze colônias americanas em 1776.

E por último cita o referido autor a Revolução Francesa e a influência de Rousseau na formação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento que evidenciou o caráter universal de princípios democráticos. Na lição de Dalmo Dallari de Abreu citado por Pegoraro:

Esse movimento evidencia a sociedade política que tem pôr fim a preservação da liberdade do homem e a inexistência de limites que não seja decorrente de lei (expressão da vontade geral), bem como o direito dos cidadãos de concorrer, pessoalmente ou através de seus representantes, na formação da vontade geral.<sup>12</sup>

Assim, o Estado de Direito surgido a partir de tais movimentos foi caracterizado de forma ampla como submissão do Estado ao império da lei, tal Estado também passa por algumas etapas que serão analisadas no decorrer deste capítulo.

### **2.2.1 O período do Estado Liberal de Direito**

O Absolutismo reinante até 1789 expirava-se para nunca mais erguer-se, o constitucionalismo francês fruto da Revolução Francesa deu início a um novo capítulo da história, ao capítulo da limitação do poder.

---

<sup>9</sup> CHAIB, ref. 7, p. 19.

<sup>10</sup> PAGORARO, ref. 1, p. 21.

<sup>11</sup> PAGORARO, ref. 1, p. 24.

<sup>12</sup> PAGORARO, ref. 1, pp. 148-150.

Paulo Bonavides aponta para esta nova etapa na formação do Estado nos seguintes termos:

Começa então o capítulo da limitação do poder; do Homem-povo, do Homem-cidadão, do Homem-político, do Homem que faz a lei, que governa, ou se deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído.<sup>13</sup>

Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias<sup>14</sup> apontam que “com as revoluções liberais, particularmente com a Revolução Francesa de 1789, o Estado vai passar a subordinar-se ao Direito, nascendo um conjunto de normas destinadas a defender os cidadãos em face das “arremetidas” da Administração”, a administração pública vista como a inimiga das liberdades e garantias dos indivíduos passa a sujeitar-se ao Direito.

Todas as mudanças ocorridas que dão origem ao Constitucionalismo, marcado pelos grandes fatos históricos, fizeram que o direito da força se, rendesse à força do direito, o que nas palavras de José Joaquim Gomes Canotilho<sup>15</sup> (1989, p.08), fez da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante estes poderes se tornasse o princípio básico do Estado de Direito.

O Estado agora se posicionava de forma negativa, não ofendendo direitos e liberdades inalienáveis do indivíduo, nem intervindo na ordem social e econômica. O Direito passa a ter papel de garantidor das liberdades individuais, que na lição de Manuel Gonçalves Ferreira Filho citado por Maria Silvia Zanella Di Pietro significou que:

(...) este Estado, na sua forma típica e original, caracteriza-se, primeiro, pelo reconhecimento de que o poder é limitado por um Direito superior, que está fora de seu alcance mudar. Tal Direito, natural porque inerente à natureza do homem, constitui a fronteira que sua atuação legítima não pode ultrapassar. Visto do ângulo dos sujeitos (passivos) do Poder, esse Direito é um feixe de liberdades, que preexistem à sua declaração solene, e recobrem o campo da autonomia da conduta individual.<sup>16</sup>

A fonte do Direito deixa neste período de ser a vontade do rei e a lei passa a ser fruto da vontade geral. Fundamental para a efetiva criação das leis é a adoção do princípio da separação dos poderes, que para de Hely Lopes Meireles<sup>17</sup>, foi “a tripartição das funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais que veio ensejar a

---

<sup>13</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 34.

<sup>14</sup> DIAS, José Figueiredo, OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2021. p. 110.

<sup>15</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva Produções, Ida, 1. ed., 1999. p. 08.

<sup>16</sup> PIETRO, ref. 2, p. 9.

<sup>17</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2009. p. 52.

especialização das atividades do governo e dar independência aos órgãos incumbidos de realiza-las”.

Para Bonavides<sup>18</sup> a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão fundou o Estado de Direito e para o referido autor:

não importa a qualificação ou adjetivo que se lhe acrescente- Liberal Democrático ou Social. Se não garantir nem concretizar a liberdade, se não limitar o poder dos governantes, se não fizer da moralidade administrativa artigo de fé pública, ou princípio de governo, se não elevar os direitos fundamentais ao patamar de conquista inviolável da cidadania não será Estado de Direito.

Com estas palavras, Bonavides caracterizou de forma singela o Estado de Direito, este Estado que antes de tudo deveria ser limitado e o arbítrio dos governantes disciplinado com vistas a garantir o sadio desenvolvimento do Estado, e para isso, contou-se com outro fundamento do Estado de Direito, a separação dos poderes.

Separando-se as funções do Estado, a lei criada pelos representantes da vontade geral, o Parlamento, passou a ser quem norteava todas as atividades do Estado, inclusive o Poder Executivo. Estava consagrado o princípio da legalidade.

Oportuno destacar a configuração do princípio da legalidade em suas vertentes, o que Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias<sup>19</sup> chamou de subprincípios: princípio do primado da lei e o princípio da reserva da lei. Enquanto o primeiro era entendido em seu sentido negativo, a Administração só faz o que não contraria as normas legais, a segunda tratava do fazer positivo, a administração atuando executando apenas o que as disposições legais aprovadas pelo parlamento preceituam.

O princípio da legalidade, segundo Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>20</sup>, tem duas ideias principais que lhe servem de base. A primeira, inspirada em Rousseau, é a de que o único poder legítimo é o que resulta da vontade geral do povo, manifestada pela lei, não se colocando acima desta vontade nem mesmo o Monarca. E a segunda, inspirada em Montesquieu, é que o princípio da separação dos poderes dar primazia ao Poder Legislativo, o que colocaria os dois outros sob a égide da lei.

Destacamos ainda, as palavras dos professores administrativistas Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias ao afirmar sobre o início do direito administrativo “o princípio da legalidade da administração foi, juntamente com o princípio da separação dos poderes, o grande responsável pelo nascimento do direito

---

<sup>18</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 39.

<sup>19</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 110.

<sup>20</sup> PIETRO, ref. 2, p. 9.

administrativo na sequência das revoluções liberais de finais do século XVIII e início do século XIX”<sup>21</sup>.

Com efeito, o princípio da legalidade trouxe consigo o princípio da igualdade. Estando sob o manto da legalidade não se podia mais admitir tratamento diferenciado entre os cidadãos, sendo vedado qualquer tipo de discriminação.

Embora a adoção do princípio da legalidade apresentar-se como uma restrição da atuação da Administração, que deveria agora agir em conformidade com a lei e submetendo-se ao controle judicial, deve-se destacar que se tratava de uma concepção mais restrita de legalidade, o que deixava uma margem significativa de discricionariedade, legado do Estado de Polícia.

A teoria da dupla personalidade do Estado, elaborada pelos doutrinadores alemães, fundamentava-se na ideia que havia no Estado atividades que se submetiam ao direito privado, como as atividades do fisco, tendo esta personalidade diversa da do Estado, e atividades desenvolvidas pelo Estado sob o regime público, atividades de império, o *jus politiae* (direito de polícia), em que o Estado continuava indemandável, isento de controle judicial.

Assim, ainda havia resquícios do período anterior, em que na atividade do Estado se reconhecia um campo de atuação Estatal fora do controle judicial, denominada de atividade discricionária. Identificando-se desta forma que o princípio da legalidade não se apresentava na forma que conhecemos hoje, que nas palavras da Di Pietro:

(...) ocorreu a necessidade de compatibilizar essa concepção discricionária com o princípio da legalidade administrativa. A consequência foi que este último era entendido de forma muito mais liberal do que atualmente concebida: a administração podia fazer não só o que a lei expressamente autorizava, como também tudo que a lei não proibisse.<sup>22</sup>

Assim, embora já se identificasse que o Estado estava submetido à lei, era garantido a ele um campo de atuação que cabia somente ao administrador decidir sobre a melhor forma de agir, sem que houvesse a descrição exata de sua forma pela lei, mas sem se desvincular dela, agido assim, no campo livre que a própria lei deixava.

Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias destaca que “o princípio da legalidade da Administração não pode ser completamente alcançado se não estiver em consideração a muito atualmente prolatada crise da legalidade estrita”<sup>23</sup>.

Percebe-se que os professores administrativistas tratam no decorrer deste capítulo em seu livro *Noções Fundamentais de Direito Administrativo* que existe uma “incapacidade da lei para abarcar todos os fenômenos que integram uma sociedade

---

<sup>21</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 110.

<sup>22</sup> PIETRO, ref. 2, p. 14.

<sup>23</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 114.

cada vez complexa”. E continua a pontuar que existe hoje uma multiplicidade de modos de regulação do direito.

A globalização e a mundialização trouxeram para o ordenamento jurídico diversas entidades geradoras de direito próprio. Assim, uma fragmentação e pluralidade de regulação do direito trouxeram o que Isa Antônio chama de “frouxidão” da regulação. O que permite a fixação de critérios para a Administração atuar apenas em parte.

Voltando para os aspectos históricos de mudanças no Estado para a compreensão da legalidade dentro do Estado Liberal. A definição e proteção dos direitos individuais que garantiam um não fazer do Estado começaram a definir os limites de atuação arbitrária da Administração.

Os direitos fundamentais concebidos para simplesmente limitar o poder estatal, na sua elaboração predem-se à concepção individualista da liberdade no Estado, característica da contraposição Estado-indivíduo.

Para João Alfredo Oliveira Baracho citando a lição de Pietro Viegas:

O Estado de Direito, em contraposição a outros tipos de Estado, como o absoluto, tem a necessidade de reconhecer aos cidadãos os direitos de liberdade ou direitos fundamentais, que constituem salvaguarda contra o abuso do poder estatal; esses direitos consubstanciam o primeiro núcleo do direito público subjetivo.<sup>24</sup>

Com efeito, deve-se identificar neste período a urgente necessidade de garantir a efetivação dos direitos individuais, e não havia outro caminho a não ser limitar o poder do Estado, garantindo que este assumisse uma postura negativa, para isso as primeiras constituições se apressaram em disciplinar a forma do exercício do poder. O que não poderia abrir mão da legalidade. Esta passa a ser conhecida como a doutrina da vinculação negativa da Administração, o que decorria da imposição de barreiras externas à autodeterminação da Administração Pública.

Salienta-se que dentro destes limites referidos, a Administração gozava de certa liberdade, havia ainda uma zona de atuação do poder que se encontrava imune ao controle judicial, uma espécie de resíduo do regime de polícia, fruto de tantos anos de sobreposição do poder do monarca sobre os demais.

## **2.2.2 O período do Estado Social de Direito**

O Estado Liberal de Direito já em meados do século XIX passava por contestações devido à constatação que sua abstenção no âmbito econômico e social houvera levado a sociedade a passar por profundas dificuldades. A proteção à liberdade e a igualdade

---

<sup>24</sup> BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 6.

do indivíduo já não bastavam para a sociedade que vivenciava muitas transformações sociais, como o surgimento da classe proletária.

Deslocada a preocupação da liberdade, neste segundo momento do Estado de Direito o foco foi à igualdade. Buscando essa finalidade o Estado passou a intervir na ordem econômica e social. Os acontecimentos históricos, como a Primeira e Segunda Guerra Mundial, a depressão de 1929 e outros, foram o estopim para a sociedade exigir muito mais dos governos.

Paulo Bonavides<sup>25</sup> caracterizando o Estado Social de Direito disse que “quando se analisa a matéria sujeita, ou a substância dessa segunda forma de Estado Constitucional, é de todo o ponto fácil averiguar que ele não gira ao redor do formalismo e abstenções; seu ponto de apoio e traço de identidade é o tecido social dos direitos fundamentais”.

De fato, o valor exagerado dado ao individualismo iniciado com a Revolução Francesa (1789) não poderia mais perdurar, o Estado agora, passa a atuar em áreas antes de domínio dos particulares, publicizando alguns ramos do direito civil, fazendo substituição da ideia do homem como fim único do direito pelo princípio da supremacia do interesse público como princípio norteador do Estado.

Com efeito, o Estado passou a intervir em vários setores da vida privada editando um grande número de normas jurídicas. “Pode-se dizer que duas das principais tendências verificadas a partir da instauração do chamado Estado Social foram a de socialização e a de fortalecimento do Poder executivo”<sup>26</sup>.

O Estado, ao se preocupar com o bem comum, com o interesse público, passou a editar normas, principalmente no âmbito do Direito Administrativo, disciplinadoras da atuação da Administração Pública, o que abrangia tanto normas garantidoras dos direitos individuais como também as normas relacionadas aos direitos sociais e econômicos.

Como apontado por Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>27</sup> o fortalecimento do poder executivo durante o Estado Social restou identificado a partir do grande número de serviços postos à disposição da sociedade, o que trouxe para o Estado a necessidade de agir sem depender de lei, que para ser produzida deveria passar por todo o processo legislativo caracterizado como complexo e demorado.

A necessidade estatal de agir na busca do interesse público legitimou que fossem conferidas ao Poder Executivo atribuições normativas, por meio de decretos – lei, leis

---

<sup>25</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 44.

<sup>26</sup> PIETRO, ref. 2, p. 17.

<sup>27</sup> PIETRO, ref. 2, p. 18.

delegadas, regulamentos autônomos. A Administração passou a editar normas. Dessa forma, o poder executivo deixou de ser apenas o executor de normas criadas pelo legislativo, o que demonstrou uma clara violação ao princípio da separação dos poderes.

Assim, há se se identificar que o Estado Social se materializou sobre fundamentos específicos, que para José Joaquim Gomes Canotilho, tem as seguintes características:

O equilíbrio das clivagens sociais, estímulos regulativos e materiais do Estado a favor da justiça social, regulamento das condições reais prévias à aquisição de bens materiais e imateriais ao próprio exercício de direitos, liberdades e garantias pessoais, estabelecimento de regras jurídicas em prol do emprego e dos direitos dos trabalhadores.<sup>28</sup>

Noutro giro, deve-se destacar que o crescente aumento das atividades estatais consolidou um tipo de administração burocrática fundada na “especialização, autoridade hierarquizada, sistemas de regras e impessoalidade”<sup>29</sup>.

Agostinho Paludo analisando a administração pública no Estado Social de Direito afirmou que:

(...) era preciso reestruturar e fortalecer a Administração Pública para que pudesse cumprir suas novas funções. O surgimento das organizações de grande porte, a pressão pelo atendimento de demandas sociais, o crescimento da burguesia comercial e industrial indicavam que o Estado liberal devia ceder seu espaço a um Estado mais organizado e de cunho econômico.<sup>30</sup>

O Estado apontado por Paludo era o Estado Social com seu sistema burocraticamente organizado, o poder racional-legal, com princípios orientadores bem estabelecidos como a ideia de carreira, a hierarquia funcional, a impessoalidade e o formalismo, que para Max Weber citado por Paludo<sup>31</sup> representava um tipo de poder ou dominação baseada na lei, uma organização cujas consequências desejadas são completamente previsíveis.

Não há dúvida que a especialização e burocratização do Estado, passando o Executivo a exercer mais funções, ocasionaram uma superposição deste poder sobre os demais. Com o Poder Executivo fortalecido e editando atos normativos o direito administrativo foi produzido quebrando o equilíbrio entre os direitos individuais e as prerrogativas públicas, em uma clara demonstração de predomínio desta última<sup>32</sup>.

Deve-se ressaltar que o Estado Social é também um Estado de Direito no qual a legalidade norteia a sua atuação. Neste entendimento a discricionariedade administrativa não deve fugir a esta premissa de limitação. A anterior ideia que a administração pode fazer tudo quanto não estiver proibido não mais poderia subsistir

---

<sup>28</sup> CANOTILHO, ref. 15, p. 38.

<sup>29</sup> PIETRO, ref. 2, p. 18.

<sup>30</sup> PALUDO, ref. 5, p. 52.

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> PIETRO, ref. 2.

visto ser claro o aumento da abrangência do domínio da lei sob os atos da administração.

A discricionariedade antes vista como uma esfera da atuação administrativa sem limitação legal, ou seja, a Administração fazia tudo àquilo que não fosse proibida foi substituída pelo princípio de que a Administração só pode fazer o que a lei permite. A concepção de legalidade foi ampliada no fazer administrativo, ocorrendo uma evolução no conceito de legalidade o que abrangia também os atos normativos editados pela própria administração, desvinculado do Poder Legislativo e distante da ideia de justiça<sup>33</sup>.

### **2.2.3 O Período do Estado Democrático de Direito**

O formalismo positivista do Estado Liberal e o insucesso do Estado Social acabaram provocando reações no plano dos Estados para adoção de concepções mais aptas a produzir a justiça social que havia ficado tão distante nos modelos anteriores.

Todas as conquistas nos direitos fundamentais de primeira e segunda geração não se apresentaram suficiente para legitimar o poder, havia uma clara necessidade de introduzir a participação popular no processo político.

Neste ponto o Estado Democrático de Direito acrescentou à ordem constitucional vigente elementos novos como a participação popular e a justiça material, pretendendo-se neste último submeter o Estado às leis e também aos ideais de justiça.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro citando a lição magistral de José Afonso da Silva<sup>34</sup> aponta as características do Estado Democrático de Direito, como Estado de legitimidade justa ou Estado de justiça material fundante de uma sociedade democrática qual seja a que instaura um processo de efetiva incorporação de todo o povo nos mecanismos de controle das decisões, e de sua real participação nos rendimentos da produção.

Corroborar este entendimento o pensamento de Canotilho<sup>35</sup> conceituando o Estado Democrático de Direito como uma ordem de domínio legitimada pelo povo, articulando direito e poder no Estado Constitucional, o que significa que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. Aponta ainda o referido autor que no Estado de Direito concebe-se a liberdade como liberdade negativa, ou seja, uma liberdade de defesa ou de distanciação perante o Estado, ao Estado Democrático seria inerente à liberdade positiva, isto é, a liberdade assente no exercício democrático do poder. É a liberdade democrática que legitima o poder.

---

<sup>33</sup> PIETRO, ref. 2.

<sup>34</sup> PIETRO, ref. 2, p. 27.

<sup>35</sup> CANOTILHO, ref. 15, p. 26.

O elemento democrático introduzido para legitimar o poder impõe a participação efetiva e operante do povo na administração pública, objetivando assegurar os direitos fundamentais da pessoa humana. Nas palavras de Luiz Nunes Pegoraro<sup>36</sup> “o Estado constitucional brasileiro é um Estado Democrático de Direito, com legitimidade do domínio político e legitimação do exercício do poder emanados da soberania e vontade popular”.

Assim, a configuração de Estado Democrático de Direito não significa apenas unir os conceitos de Estado Democrático e de Estado de Direito, mas sim na criação de um conceito novo<sup>37</sup>, o artigo 1º da nossa Carta Magna nos dá indicativo que a adoção de um Estado Democrático de Direito, que tem como qualificativo o democrático, o que em outras palavras aponta para a irradiação de valores democráticos sobre todos os elementos constitutivos do Estado e da ordem jurídica.

Assim como o Brasil outros países adotaram o qualificativo democrático para identificar a forma do Estado, países como a Alemanha, Portugal e Espanha. Com efeito, existe em comum em todas elas a adoção de fundamentos como a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, o que torna claro que em sentido material estas Constituições tem o papel de realizar os valores consagrados na forma de princípios fundamentais.

O direito administrativo não poderia de forma alguma se esquivar dos enunciados expostos na Constituição. No Brasil o direito administrativo, assim como outros ramos do direito, após a Constituição de 1988 necessitou passar por uma nova roupagem à luz do Estado Democrático de Direito o que implicou a superação ou a reformulação de três paradigmas do Direito Administrativo, como explica Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>38</sup>:

1- A redefinição da ideia de supremacia do interesse público sobre o privado e a ascensão do princípio da ponderação de direitos fundamentais.

2- A superação da concepção do princípio da legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a consagração da vinculação direta à Constituição.

3- A possibilidade de controle judicial da discricionariedade a partir dos princípios constitucionais, deixando-se de lado o paradigma da insindicabilidade do mérito.

---

<sup>36</sup> PEGORARO, ref. 1, p. 29.

<sup>37</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>38</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legalidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 30.

Quanto ao princípio da legalidade, como dito, sofreu uma ampliação considerável com a constitucionalização do direito administrativo, o que nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>39</sup> tal ampliação pode ser vista em dois sentidos: o sentido restrito (ou princípio da reserva legal), que designa a exigência de que determinadas matérias sejam reservada à lei; e em sentido amplo para abranger a lei em sentido formal, os atos normativos do Poder Executivo além dos princípios e valores consagrados de forma expressa ou implícita na Constituição.

Deve-se ressaltar que com a ampliação do princípio da legalidade a consequência imediata foi à redução da discricionariedade administrativa, visto que se a discricionariedade se refere à margem de apreciação nos limites da lei e se esta teve seu conteúdo ampliado, o resultado imediato foi redução da discricionariedade administrativa e a ampliação do controle judicial sobre estes atos.

Para Isa Antônio o princípio da legalidade avançou para adoção de termo princípio da juridicidade, termo mais adequado ao cotidiano da administração pública, que nas palavras da administrativista,

O princípio da juridicidade é constituído pelo denominado “bloco normativo” de normas jurídicas, regras técnicas e de prudência, pelos princípios fundamentais de cariz constitucional e geral em matéria administrativa, assim como, pelos valores essenciais do Estado de Direito Democrático.<sup>40</sup>

Tal denominação apresenta-se mais adequada, tendo em vista a vinculação da Administração Pública ao acervo normativo amplo. Tornando ainda mais efetivo o princípio da legalidade exposto no ordenamento jurídico. “Toda a atividade administrativa é orientada e estribada dentro dos limites impostos pela lei, sob pena de tal atuação ser ilegal, inconstitucional e repudiada pelo Direito”<sup>41</sup>, segundo Isa Antônio.

O grau de discricionariedade continuou a depender da forma como o legislador atribuiu competência ao administrador, o que foi modificado foi à margem de competência atribuída já que conceito de legalidade foi ampliado, abrangendo agora princípios como a moralidade, a razoabilidade, o interesse público, o que restringiu o poder jurídico discricionário e ampliou o controle judicial sobre os atos discricionários da administração.

O Estado Democrático de Direito com a sua aproximação da população e com abertura para a participação desta, encontrou sua legitimidade e avança agora para seu aprimoramento com a efetivação dos direitos individuais e coletivos e com uma atuação administrativa pautada na lei e no direito. Com efeito, o Estado sob o império da Lei se

---

<sup>39</sup> PIETRO, ref. 2, p. 40.

<sup>40</sup> ANTÔNIO, Isa. *Manual teórico-prático de direito administrativo*. 3ª ed. - Coimbra: Almedina, 2021. p. 95.

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 96.

submete ao controle judicial e popular, “o controle da atividade administrativa depende de instrumentos jurídicos adequados e satisfatórios, embora nenhum instituto jurídico formal será satisfatório sem a participação popular”<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> PEGORARO, ref. 1, p. 30.

### 3 DA DISCRICIONARIEDADE

No desempenho das funções administrativas o Estado dispõe de poderes que lhe asseguram uma posição de supremacia sobre os particulares<sup>43</sup> o que lhe permite atingir sua finalidade na garantia do interesse público. O exercício destes poderes encontra limitação no princípio da legalidade, característica básica do Estado de Direito<sup>44</sup>, o que significa que os poderes exercidos pela administração pública são pautados pelo sistema jurídico vigente, qualquer ato que extrapole os limites definidos em lei torna-se ilegal e passível de anulação.

Importante destacar na obra da Professora Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias<sup>45</sup> capítulo que trata sobre o fundamento do poder discricionário: evolução histórica, que durante o século XIX “a discricionariedade correspondia a toda atividade administrativa que não interferisse com matérias jurídicas”.

Assim, considerava-se que a criação de normas jurídicas era apenas emanada do legislativo, a Administração atuava em matérias que não conflitavam com a lei, nas palavras de Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias,

Também por essa razão que a discricionariedade correspondia a um poder originário da Administração (originário porque não pré-ocupado pela lei, sendo algo de inato à própria Administração): era uma zona de inteira liberdade (correspondente a um verdadeiro livre arbítrio) onde a Administração tinha a possibilidade de escolher as soluções que julgasse convenientes.<sup>46</sup>

A evolução do entendimento sobre a discricionariedade ampliou o conceito, sendo hoje entendida como um poder próprio da Administração para tomar decisões no caso concreto, para que encontre a melhor solução, a mais correta a ser aplicada ao caso.

O regramento expresso pela lei pode atingir níveis diferenciados o que permite ao administrador expedir atos de natureza vinculada e atos de natureza discricionária. É pacífico na doutrina a distinção entre os atos expedidos no exercício da competência vinculada e os atos expedidos no exercício de competência discricionária.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) haveria uma atuação vinculada e, portanto, um poder vinculado, quando a norma a ser cumprida já predetermina e de modo completo qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante casos concretos cuja compostura esteja descrita pela lei.<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> PIETRO, ref. 2, p. 211.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> DIAS, José Figueiredo, OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2021. p. 122.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 123.

<sup>47</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2º ed, 11ª tiragem. São Paulo. Malheiros, 2012. p. 09.

Os atos expedidos no exercício da competência vinculada apresentam como característica fundamental o fato de não haver para o administrador dúvida quanto ao seu objetivo reconhecimento. Assim, o administrador ao expedir um ato administrativo vinculado identifica nele todos os preceitos apontados pelo legislador para o cumprimento da lei, o que não deixa para o executor da lei margem para análises subjetivas quanto ao seu conteúdo.

Hely Lopes Meirelles afirma que dificilmente encontraremos um ato administrativo inteiramente vinculado, para o referido autor haverá sempre aspectos sobre os quais a administração terá opções na sua realização, “mas o que caracteriza o ato vinculado é a predominância de especificações da lei sobre os elementos deixados livres para a Administração”<sup>48</sup>.

Opostamente a atuação vinculada à atuação discricionária surge em decorrência do modo pelo qual o direito regulou o exercício da atividade administrativa, o que “resulta para o administrador um campo de liberdade em cujo interior cabe interferência de uma apreciação subjetiva sua quanto à maneira de proceder nos casos concretos”<sup>49</sup>.

O que para muitos é denominado de poder discricionário para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>50</sup> pode ser considerado como um dever discricionário e fundamenta sua proposição no fato de haver no ordenamento uma série de finalidades a serem alcançadas, as quais se apresentam para os agentes estatais como obrigatórias. Assim, mais que um poder discricionário, a busca pelos fins sociais obriga o administrador a agir e o seu agir embasado em prerrogativas públicas torna este agir um dever.

Em suma, finaliza o referido autor, que o eixo metodológico do Direito Público não gira em torno da ideia de poder, mas gira em torno da ideia de dever, o que torna as funções administrativas simplesmente uma forma de cumprimento do dever de alcance da finalidade legal.

Não é essa a denominação adotada pela maioria dos doutrinadores que classificam os poderes administrativos quanto ao seu exercício em vinculado e discricionário, a exemplo de festejado Hely Lopes Meirelles que conceitua o poder discricionário como o poder “que o Direito concede de modo implícito ou explícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> MEIRELLES, ref. 17, p. 120.

<sup>49</sup> MELLO, ref. 47, p. 09.

<sup>50</sup> Ibidem, pp. 14-16.

<sup>51</sup> MEIRELES, ref. 17, p. 120.

Certo que a Administração tem o dever de cumprir estritamente a lei e a própria lei confere essa margem de discricionariedade ao administrador, indaga-se como o administrador pode e deve usar este poder sem violar a lei ou incorrer em arbítrio, condutas vedadas pelo ordenamento jurídico.

Na busca pelo equilíbrio entre o poder e a limitação a tendência tem sido restringir a discricionariedade, visto que por mais que se permita certa margem de análise subjetiva do agente público não há previsão para um agir administrativo totalmente livre, pois sempre se deve obedecer aos aspectos vinculados do ato como a competência, forma e a finalidade<sup>52</sup>.

Neste sentido esclarece Hely Lopes,

O que esclarece a doutrina é que o ato, embora resultante de poder discricionário da Administração, não pode prescindir de certos requisitos, tais como a *competência* legal de quem o pratica, a *forma* prescrita em lei ou regulamento e o *fim* indicado no texto legal em que o administrador se apoia.<sup>53</sup>

De fato, o poder discricionário tem se apresentado como uma necessidade para a administração pública desenvolver suas atividades com vistas ao interesse público. Assim, Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>54</sup> diz ser raro que a norma de Direito estabeleça com rigor qual o comportamento único que perante certa situação de fato tem que ser obrigatoriamente tomado pelo agente. O normal para o referido autor é que a norma se utilize de conceitos fluídos, vagos ou indeterminados, tais como: “situação urgente”, “notável saber”, “estado de pobreza”, “ordem pública”.

Para as situações que a norma apresenta um conceito vago ou indeterminado, ela mesma apontou para a necessidade de interpretação ou inteleccões variadas que permitem a interferência de um juízo subjetivo do administrador, que para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>55</sup> diz respeito às seguintes situações isolada ou cumulativamente:

1. a determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites – da situação fática.
2. no que concerne a não agir ou agir ou
3. no que atina à escolha da ocasião para fazê-lo ou
4. no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou
5. no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.

Sobre a discricionariedade administrativa na interpretação de conceitos vagos ou indeterminados trataremos mais adiante, o que nos importa neste momento é apontar algumas características deste poder discricionário.

---

<sup>52</sup> PIETRO, ref. 2, p. 216.

<sup>53</sup> MEIRELLES, ref. 17, p. 173.

<sup>54</sup> MELLO, ref. 47, p. 16.

<sup>55</sup> Ibidem, p. 17.

Convém lembrar que se costuma tratar do ato administrativo discricionário para se referir aos atos praticados no exercício da competência deixada pelo legislador para apreciação discricionária de alguns aspectos do ato administrativo. Assim discricionária é a competência do agente e o ato apenas o produto do exercício desta competência. “Então, discricião não está no ato, não é uma qualidade dele; logo, não é ele quem é discricionário, embora seja nele (ou em sua omissão) que ela haverá de se revelar”<sup>56</sup>.

A classificação dos atos administrativos em discricionários e vinculados facilita o entendimento relativamente a dois aspectos muito importantes para a caracterização do ato administrativo, quais sejam a legalidade e o mérito.

Quanto à legalidade se apresenta claro que se refere à conformidade do ato com a lei, que como sabido abrange tanto os atos discricionários quanto os atos vinculados. Não há possibilidade de manifestação da administração pública em desconformidade com a lei, visto estarmos tratando aqui de um Estado Democrático de Direito.

Quanto ao mérito, temos aqui uma peculiaridade do ato administrativo discricionário, que diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir. Maria Sylvia Zanella Di Pietro citando a lição de Seabra Fagundes explica de forma adequada o sentido em que o vocábulo é empregado.

O mérito se relaciona com a intimidade do ato administrativo, concerne ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos. Ao ângulo do merecimento, não se diz que o ato é ilegal ou legal, senão que é ou não é o que devia ser, que é bom ou mau, que é pior ou melhor do que outro. E por isto é que os administrativistas o conceituam, uniformemente, como o aspecto do ato administrativo, relativo à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnos genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal.<sup>57</sup>

Portanto mérito administrativo é conceituado em síntese como aspecto do ato administrativo que se refere à oportunidade e conveniência do ato, tal aspecto tem sua existência configurada a partir de uma análise subjetiva do administrador, o que nos permite afirmar que o mérito é característica intrínseca dos atos administrativos discricionários.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

O mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> MELLO, ref. 47, p. 18.

<sup>57</sup> PIETRO, ref. 2, p. 217.

<sup>58</sup> MELLO, ref. 47, p. 955.

O mérito administrativo compõe o ato administrativo discricionário, que como já mencionado se apresenta necessário para o exercício da atividade administrativa e sua persecução da finalidade pública, é o que justifica sua presença no ordenamento jurídico, sobre este tema discutiremos a seguir.

### 3.1 Fundamentos da Discricionariedade

A discricionariedade, como visto, decorre da lei e encontra delimitação nela mesma, apresentando margem para um agir motivado por razões diversas, mas que não podem contrariar princípios e normas do sistema jurídico vigente.

Identificar o fundamento da discricionariedade é sinônimo de apontar qual a justificativa de manutenção deste poder no ordenamento jurídico, é explicitar as diversas tendências que robustecem as discussões sobre o tema no âmbito doutrinário.

De forma simples e clara Hely Lopes Meirelles fundamenta e justifica a existência deste poder com as seguintes palavras:

a discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos a mais vantajosa para caso ocorrente.<sup>59</sup>

Outra justificativa é apresentada pela administrativista Maria Silvia Zanella Di Pietro<sup>60</sup> que a divide segundo critérios práticos e critérios jurídicos.

Do ponto de vista prático, é justificada a discricionariedade administrativa pela necessidade de se evitar que os agentes públicos tenham suas atividades automatizadas, já que se tal poder não existisse, a atividade administrativa seria apenas execução da lei, inviabilizando uma adequação da norma ao caso concreto. E continua a autora afirmando que:

(...) quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar isso sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender as infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas. A dinâmica do interesse público exige flexibilização de atuação com a qual pode revelar-se incompatível com o moroso procedimento de elaboração das leis.<sup>61</sup>

Conforme as palavras da autora a discricionariedade administrativa se justifica como uma necessidade para o desenvolvimento eficaz da gestão com finalidade de garantia do bem-estar coletivo. Assim o caráter prático apontado acima, segundo a autora “a discricionariedade é, então, a ferramenta jurídica que a ciência do direito

---

<sup>59</sup> MEIRELLES, ref. 17, p. 171.

<sup>60</sup> PIETRO, ref. 2, p. 62.

<sup>61</sup> PIETRO, ref. 2, p. 62.

entrega ao administrador para que a gestão dos interesses sociais se realize respondendo às necessidades de cada momento”.

Corroborando o entendimento da administrativista, quanto ao aspecto prático da manutenção do poder discricionário no ordenamento jurídico, os ensinamentos de Bandeira de Mello, para o citado autor a discricionariedade procede:

(...) do deliberado intento legal de conferir à Administração certa liberdade para decidir-se no caso concreto, tendo em conta sua posição mais favorável para reconhecer, diante da multiplicidade dos fatos administrativos, a melhor maneira de satisfazer a finalidade da lei nas situações empíricas emergentes.<sup>62</sup>

Do ponto de vista jurídico a discricionariedade é explicada através da teoria da formação do direito em degraus elaborada por Kelsen em seu livro *A teoria pura do direito*<sup>63</sup>. Kelsen parte da ideia que as normas jurídicas não se encontram na mesma ordem hierárquica dentro do ordenamento jurídico, sendo este uma ordem graduada de diferentes espécies de normas, cuja unidade resulta de uma produção normativa validada em outra norma de posição hierárquica superior. Com a validade fundada na norma jurídica anterior, o retorno acaba chegando à norma fundamental, regra hipotética que valida todo sistema e concede unidade ao ordenamento.

Seguindo no seu raciocínio o autor positivista afirma haver uma oposição relativa entre produção e aplicação do direito, descrevendo que “a maior parte dos atos jurídicos são ao mesmo tempo de produção jurídica e de execução jurídica”<sup>64</sup>, dividindo desta forma os atos jurídicos identifica-se que abaixo da norma fundamental as normas criadas são ao mesmo tempo de execução da norma fundamental e produção normativa, ou seja, ao mesmo tempo em que são criadas as normas também o legislador atua como executor dos comandos normativos apresentados nas normas que estão em grau hierárquico superior.

Nesta função de criar e executar os comandos normativos implícitos ou explícitos Kelsen<sup>65</sup> afirma que existe uma “indeterminação relativa do grau inferior em relação ao grau superior”, justifica tal afirmação apontando que não há uma determinação completa, pois, a norma superior não poderá vincular em toda direção ato pelo qual é executada, havendo sempre de ficar uma margem mais ou menos ampla de livre apreciação. A norma superior possuirá um caráter de marco a ser observado pelo criador e executor das leis inferiores.

---

<sup>62</sup> MELLO, ref. 47, p. 955.

<sup>63</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006. p. 108.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> KELSEN, ref. 63, p. 120.

Nesse diapasão é que Zanella Di Pietro afirma que o próprio ordenamento jurídico fundamenta a discricionariedade, vejamos:

Considerando-se que a ordem jurídica vigente no direito brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior - a Constituição - outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar-se ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicadas. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites opostos pela norma de grau superior. Assim é que a Administração Pública, ao praticar um ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá licitamente se respeitar os limites que nesta se contem”.<sup>66</sup>

Portanto não há como se proceder a um entendimento diferenciado que justifique o poder discricionário em outras bases. Como apontado acima é o próprio ordenamento que viabiliza sua manutenção, haja vista que a supressão deste poder ocasionaria uma total inexpressividade da atividade administrativa.

Juarez Freitas afirma que merece ser refutada toda e qualquer tese que defenda uma discricionariedade nula, afirmando que não se pode realizar em nenhuma província do Direito a subsunção automática da regra ao caso concreto e, continua afirmando que:

Implausível sustentar a única solução correta (sequer nos atos de plena vinculação). Irrenunciável, desse modo, sem unilateralismo excludente, a busca da melhor solução, historicamente condicionada, desfeita a quimera do dedutivismo formal. Somos o que interpretamos. Absurda qualquer vinculação escrava”.<sup>67</sup>

E vai além o referido autor ao apontar para premissas relevantes para a compreensão da manutenção da discricionariedade no ordenamento jurídico ao esclarecer dois equívocos comuns. O primeiro deles é a crença na discricionariedade ilimitada ou na existência de zona irrelevante, interdita à sindicabilidade, o que para Freitas<sup>68</sup> quer dizer que no Estado Constitucional é uma grave falha a permissão de esfera exclusivamente política imune ao controle negativo.

O segundo equívoco apontado por Freitas que é “de que em dadas circunstâncias, normativamente estabelecidas, o agente público operaria como um singelo vassalo da lei”, agindo basicamente preso à uma vinculação “robotizada”, em ações inevitáveis que acabariam por liberar o administrador de qualquer responsabilidade.

Por fim, finaliza o referido autor que superando os equívocos acima apontados, poder-se-ia concluir que a discricionariedade:

revaloriza o papel do probo, eficiente e eficaz agente público, notadamente das Carreiras de Estado. É dizer, valorizar aquele que, a despeito de incompreensões, executa, de

---

<sup>66</sup> PIETRO, ref. 2, p. 66.

<sup>67</sup> FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 13.

maneira séria, os deveres administrativos e, concomitantemente, assimila o controle como guardião benigno das escolhas legítimas”.<sup>69</sup>

Assim, torna-se evidente a importância da manutenção deste poder no ordenamento jurídico como forma de valorização da atividade administrativa que se bem conduzida permite uma real adequação da norma as políticas do Estado.

### 3.2 Discricionariedade e interpretação

É cediço o entendimento que a discricionariedade é poder concedido pela lei para apontar no caso concreto a melhor opção para a sua concretização em determinada situação. Assim, conclui-se que a discricionariedade decorre da lei e ela mesma quem define seus limites.

Neste sentido, Bandeira de Mello afirma que a discricionariedade pode ocorrer em algumas hipóteses e cita duas delas:

1. da hipótese da norma, isto é, do modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática (motivo), isto é, o acontecimento do mundo empírico que fará deflagrar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo.
2. do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de condutas, seja a) quando a expedir ou não expedir o ato, seja b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida mais satisfatória perante as circunstâncias.<sup>70</sup>

Das palavras Celso Antônio Bandeira de Mello é possível compreender que a discricionariedade permitida pela lei concede ao administrador a possibilidade de interpretar o comando legal quando este se mostra impreciso ou de valorar qual a ação administrativa para o caso concreto quando a lei prevê várias hipóteses de solução para as demandas da administração.

Assim, ao expedir um ato após a análise do caso concreto e indicar qual a norma legal cabível, o administrador realiza um trabalho de interpretação, que nas palavras de Pegoraro citando Figueiredo diz que:

a discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valor, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios standards ou ideologia, dos princípios e valores do ordenamento, no qual a melhor maneira de concretizar à utilidade pública postulada pela norma.<sup>71</sup>

Pegoraro ainda afirma que:

o exegeta ou aplicador da norma geral deverá preliminarmente interpretar e depois valorar qual a melhor maneira de atender à utilidade pública. Todavia esta interpretação não é livre, não pode o administrador preencher o conceito com seus próprios critérios”.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> FREITAS, ref. 67, p. 15.

<sup>70</sup> MELLO, ref. 47, pp. 18-19.

<sup>71</sup> PEGORARO, ref. 1, p. 124.

<sup>72</sup> PEGORARO, ref. 1, p. 59.

Assim, ressalta o referido autor que tal interpretação deve passar por uma análise dos princípios constitucionais que fundamentam o sistema normativo em vigor, não por um filtro pessoal que retiraria dos atos administrativos o caráter da impessoalidade.

Este entendimento é referendado pelo jurista Luciano Ferreira Leite que em seu livro “Interpretação e Discricionariedade” afirma que “o que é objeto de interpretação, ademais, é o ordenamento jurídico e não a norma legal isoladamente, até porque o direito é um conjunto de normas visto como um sistema”<sup>73</sup>.

Assim, interpretando a norma aplicável ao caso concreto, o administrador não poderá se distanciar do conjunto de normas e princípios que compõem o ordenamento jurídico, que nas palavras de Luciano Ferreira Leite a interpretação ocorre por etapas adequando-se o contexto à norma, vejamos:

Na realidade, a interpretação se desenvolve por etapas a partir da análise do ordenamento jurídico visto como um sistema, cumprindo ao órgão aplicador, ao determinar o sentido e o significado das normas, conferir-lhe certa qualificação. (...) A determinação do significado por parte do intérprete haverá, portanto, de levar em conta tanto o contexto com as situações que fundamentam e precedem a produção do ato infralegal, seja ele administrativo ou jurisdicional.<sup>74</sup>

Os métodos mais utilizados para a interpretação jurídica pelos órgãos aplicadores do direito são para Leite<sup>75</sup> aqueles que levam em conta a unidade do sistema jurídico e a finalidade da atividade administrativa, o que afasta possibilidade de aplicação da norma isolada do seu contexto e ainda diminui a aplicação de uma interpretação literal ou até mesmo lógico-dedutiva. E afirma ainda o referido autor “não se trata de interpretar-se determinado fato ou ato surgido na realidade fenomênica, mas sim, seu significado jurídico, o significado que possui sob o ângulo do direito”.

Neste momento é oportuno realizar a distinção entre a atividade administrativa discricionária e a atividade interpretativa, comum a todos os aplicadores do direito. É bem verdade que não há nada no ordenamento que não seja interpretável o que não quer dizer que sempre existirá atividade discricionária.

Para Maria Sylvania Zanella Di Pietro<sup>76</sup> “não é fácil fixar critérios para definir onde termina o trabalho de interpretação e começa a discricionariedade”, segundo a citada autora deve-se afastar as teorias extremadas que veem apenas atividade de interpretação sempre que a lei utilize conceitos indeterminados, porque existem conceitos de experiência ou técnicos em que “a discricionariedade administrativa é afastada por existir meios que permitem a administração transformar em determinados um conceito aparentemente determinado”.

---

<sup>73</sup> LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RSC Editora, 2006. p. 76.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 78-79.

<sup>76</sup> PIETRO, ref. 2, p. 125.

Por certo que existem conceitos que efetivamente implicam em certa margem de apreciação pela autoridade administrativa, Di Pietro<sup>77</sup> diferencia a atividade discricionária da interpretativa afirmando que “tanto a interpretação a quanto a discricionariedade exigem um momento subjetivo ou intelectual; todavia, a discricionariedade, além do momento intelectual, envolve um momento volitivo e uma capacidade criadora”.

Ferreira Leite também distingue a atividade discricionária da atividade interpretativa nos seguintes termos:

Caracteriza-se a interpretação, indubitavelmente, por uma atividade cognoscitiva – volitiva por parte do órgão aplicador que busca o significado das normas legais bem como seus propósitos; a discricionariedade, de sua parte, decorrente de atuação optativa, implica, à toda evidência, procedimento caracterizado por juízo subjetivo a cargo das autoridades administrativas; tem lugar, conforma visto, na específica hipótese de inexistir prefixação de modo e de fins imediatos na norma legal, indicadores do iter a ser adotado.<sup>78</sup>

Portanto o que diferencia estas atividades é o fato de haver na atividade discricionária além da interpretação a criação, ou seja, a atividade interpretativa é essencialmente intelectual e cognoscitiva e, muitas vezes integrativa do ordenamento jurídico, nas palavras de Di Pietro<sup>79</sup> significa que “a apreciação interpretativa permanece sempre vinculada e subordinada à linha de coerência lógica. A atividade interpretativa é explicativa de valorações já implícitas”.

Continua a citada autora afirmando que:

Já na atividade discricionária, há um poder de escolha entre soluções diversas, todas igualmente válidas para o ordenamento jurídico; somente pode exercer-se com base em uma norma legal que confira esse específico poder a determinado órgão público; esse poder implica a capacidade de criar situações jurídicas novas, e não somente o de integrar situações jurídicas já definidas.<sup>80</sup>

Compreendendo o raciocínio de Di Pietro e de Ferreira Leite, é possível dizer que a discricionariedade estaria englobando a atividade de interpretação e inovação de situações jurídicas enquanto que a atividade interpretativa estaria restrita a situações preexistentes realizando apenas o processo de integração de normas.

### **3.3 Discricionariedade administrativa nos conceitos jurídicos indeterminados**

Identificar precisamente a extensão de certos conceitos jurídicos estabelecidos pelo legislador não tem sido uma tarefa fácil para os aplicadores do direito, principalmente para a Administração Pública que tem o poder-dever de executar as

---

<sup>77</sup> Ibidem, p. 126.

<sup>78</sup> LEITE, ref. 73, pp. 84-85.

<sup>79</sup> PIETRO, ref. 2, p. 127.

<sup>80</sup> Ibidem.

normas para atingir a finalidade pública. Alguns destes conceitos são denominados pela doutrina como conceitos indeterminados, vagos, fluidos e deslizantes.

Para Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias “existirá poder discricionário sempre que a norma administrativa assume uma estrutura indeterminada. As indeterminações estruturais das normas são, assim, uma forma de concessão de poder discricionário”<sup>81</sup>.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello “os conceitos indeterminados ou fluídos só apresentam tal característica considerados em abstrato; não, porém diante dos casos concretos, isto é, por ocasião de sua aplicação”<sup>82</sup>. Assim, o citado autor afirma que só há conceito indeterminado enquanto não for feita sua aplicação ao caso concreto, neste momento dará o aplicador à devida consistência e univocidade ao conteúdo da norma, e cita como exemplos de conceitos indeterminados expressões como “pobreza”, “velhice”, “notável saber”, “boa ou má reputação”, “urgência”, “tranquilidade pública”.

A expressão conceito jurídico indeterminado, como afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>83</sup>, ficou consagrada na doutrina de vários países e no Brasil vem sendo empregada para “designar vocábulos ou expressões que não tem um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas regras jurídicas de vários ramos do direito”, e para a já citada autora “uma das características essenciais do conceito legal indeterminado está no fato de que ele não se refere a uma coisa certa mais uma significação”.

O entendimento destes conceitos ganha ainda mais importância quando nos referimos ao exercício do poder discricionário da administração, por justamente ser ela quem vai valorar a aplicação destes conceitos na vida da administração, tornando esta valoração significativa e conveniente ao termo impreciso empregado pela norma. E se torna problemático à medida que devemos responder se sempre que o legislador se utilizar de conceitos indeterminados a administração poderá utilizar seu poder discricionário;

Por certo que tal questionamento será respondido ao longo este capítulo, deve-se neste momento ressaltar a distinção dos conceitos indeterminados feita por Cyntia Trevilatto de Vasconcelos Mendes que em seu artigo “Aspectos do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil: Teorias ampliativas” observa a existência de duas modalidades de conceitos jurídicos indeterminados.

---

<sup>81</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 98.

<sup>82</sup> MELLO, ref. 47, p. 22.

<sup>83</sup> PIETRO, ref. 2, p. 90.

nestes lanços, de acordo com a doutrina autorizada, observa-se a existência de duas modalidades de conceitos jurídicos indeterminados, quais sejam, aqueles que ostentam conteúdo empírico ou de experiência e aqueles que apresentam conteúdo de valor.<sup>84</sup>

Quanto ao conceito indeterminado de conteúdo empírico, para a citada autora, é de fácil compreensão que estes são determináveis por interpretação fundada em mera aferição objetiva extraída da experiência, ou seja, basta uma mera interpretação da norma para se chegar ao conteúdo que o legislador quis que se atribuísse a norma, não havendo que se cogitar de discricionariedade administrativa<sup>85</sup>.

Já em relação aos conceitos de conteúdo valorativo, identifica-se que estes exigem da Administração Pública um juízo subjetivo na aferição de seu real conteúdo, nestes casos seria indiscutível a presença de uma margem oportuna para o exercício do poder discricionário.

Este entendimento é confirmado pelos ensinamentos de Zanella Di Pietro<sup>86</sup>, que citando a obra de Regina Helena Costa por título “conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa”, faz a distinção entre conceitos de experiência e conceitos de valor; no primeiro caso “o administrador, após socorrer-se de processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado”, e no segundo caso, tratando-se de conceito de valor caberá ao administrador “terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva que outra coisa não é que a própria discricionariedade”.

Neste momento vem à tona a discussão referente às diferenças entre interpretação e discricionariedade feita no momento anterior, mais uma vez se reafirma que a interpretação sempre haverá quer seja nos conceitos jurídicos valorativos, quer seja nos conceitos de conteúdo empírico. Assim afirma Luciano Ferreira Leite para quem entende que:

tanto conceitos jurídicos determinados como indeterminados, ambos extraído da realidade empírica bem como os valorativos estão sujeitos à interpretação por parte de agentes e órgãos no exercício da função administrativa quando, em cumprimento à lei, forem produzir comandos complementares.<sup>87</sup>

Assim, não resta dúvida que a interpretação da norma sempre se fará necessária para a sua aplicação ao caso concreto, mas o que possibilita a utilização do poder

---

<sup>84</sup> MENDES, Cynthia Trevilatto de Vasconcelos. Aspectos do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil: teorias ampliadas. In: *Direito Público – Perspectivas e atualidades*. In: Wilba Lúcia Maia Bernardes, Glenda Rose Gonçalves Chaves e Diogo Luna Moureira, Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 121.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

<sup>86</sup> PIETRO, ref. 2, p. 115.

<sup>87</sup> LEITE, ref. 72, p. 117.

discricionário ultrapassando a simples interpretação é o fato que ao final da interpretação restar para o exegeta mais de uma possibilidade todas possíveis perante o direito, como explica Bandeira de Mello:

Em despeito de fatores que concorrem para delimitar o âmbito de intelecção dos conceitos imprecisos, seja excessivo considerar que as expressões legais que os designam, ao serem confrontadas com o caso concreto, ganham, em todo e qualquer caso, densidade suficiente para autorizar a conclusão de que se dissipam por inteiro as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não de conceitos por elas recobertos. Algumas vezes isto ocorrerá. Outras não. Em inúmeras situações, mais de uma intelecção seria razoavelmente admissível, não se podendo afirmar, com vezos de senhoria da verdade, que um entendimento do que se tenha será necessariamente errado, isto é, objetivamente reputável como incorreto.<sup>88</sup>

Das palavras de Celso Antônio é possível a identificação que para lá da interpretação existirá a discricionariedade, justamente por se tratar de conceitos jurídicos fluídos ocasionando que em determinadas situações não seja possível se chegar a uma única solução, e mais adiante conclui o já citado autor que “é impossível contestar a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que com isto, uma delas tenha de ser havida como incorreta, desde que qualquer delas sejam igualmente razoáveis”.

Vale ressaltar ainda que é possível o controle do Poder Judiciário sobre os atos administrativos fundados nos conceitos vagos, é o que afirma Cyntia Trevilatto de Vasconcelos Mendes:

Nesse trilhar, se a lei, quanto ao motivo ou à finalidade do ato, valer-se de conceitos fluídos, vagos, imprecisos, indeterminados, caberá, diante do vasto campo de possibilidades valorativas, uma demarcação rigorosa e precisa, denotando a importância do Poder Judiciário em proceder à apreciação desses conceitos – até mesmo nos casos de conceitos indeterminados de conteúdo meramente valorativo – exercendo o controle de legitimidade do ato à luz da razoabilidade e da proporcionalidade empregadas quando da interpretação levadas a efeito pela administração.<sup>89</sup>

Este vem a ser também o entendimento do Supremo Tribunal Federal, afirmando que mesmo quando se trate de conceitos jurídicos indeterminados não há que se falar em afastamento do controle judicial aferindo se a solução adota foi a mais adequada ao caso *in concreto*. Vejamos a seguir:

A edição de medida provisória pelo Presidente da República, para legitimar-se juridicamente, depende, dentre outros requisitos, da estrita observância dos pressupostos constitucionais da urgência e da relevância (CF, art. 62, “caput”). – Os pressupostos de urgência e relevância, embora conceitos jurídicos relativamente indetermináveis e fluídos, mesmo expondo-se, inicialmente, à avaliação discricionária do Presidente da República, estão sujeitos, ainda que excepcionalmente, ao controle do Poder Judiciário, porque compõem a própria estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias, qualificando-se como requisitos legitimadores e juridicamente condicionantes do exercício, pelo Chefe do Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada,

---

<sup>88</sup> MELLO, ref. 47, p. 22.

<sup>89</sup> MENDES, ref. 84, p.122.

extraordinariamente, pela Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (Grifo nosso).<sup>90</sup>

Restou claro do julgado acima citado que se pode concluir que é possível sim, o controle dos atos administrativos praticados com fundamento em um conceito jurídico indeterminado, e conforme ensina Bandeira de Mello o Judiciário o faz em dois momentos interpretando a lei e verificando se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder.

Ressalte-se, afinal, sublinhadamente, que o Judiciário tanto interpreta a lei – para corrigir atos que desdobrem das possibilidades abertas pela moldura normativa - nos casos em que se verifica se os conceitos vagos ou imprecisos foram apreendidos pela Administração dentro da significação contextual que comportavam, como quando, para os mesmos fins, verifica se a opção de conveniência e oportunidade se fez sem desvio de poder, isto é, obsequiosa a vontade da lei.<sup>91</sup>

Importante destacar ainda que o âmbito do controle judicial sobre os atos fundados em um conceito jurídico indeterminado perpassa sobre a análise se ao conceito jurídico basta uma simples interpretação para se chegar ao seu conteúdo ou se fica configurado espaço discricionário para o administrador. Maria Sylvia faz a seguinte análise sobre o tema:

(...) com efeito, existem situações em que o exame da matéria de fato permite conclusão segura sobre qual seja a melhor solução. Figure-se a hipótese em que a Constituição exige notório saber jurídico para o provimento de determinados cargos. A análise do currículo pode levar o aplicador da norma a uma zona de certeza, positiva ou negativa, ou ao contrário, o deixará em uma zona cinzenta, em que reste certa margem de apreciação; neste caso, diante de uma decisão devidamente motivada em razão de razoabilidade ou aceitabilidade, haverá discricionariedade a ser respeitada pelo Poder Judiciário. São hipóteses em que é maior a dificuldade em definir onde termina a interpretação e começa a discricionariedade. Onde houver simples interpretação, caberá ao Poder Judiciário a palavra final; onde houver discricionariedade, a decisão administrativa será definitiva e não poderá ser invalidada judicialmente.<sup>92</sup>

Das palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro infere-se que é importante a identificação se o ato se trata realmente de um ato discricionário, posto que a decisão do administrador neste campo do direito deverá ser respeitada pelo Poder Judiciário observado a legalidade, ou de simples interpretação possibilitando um amplo controle judicial.

Não se pode deixar de mencionar a importância dos princípios constitucionais como norteadores da atividade administrativa. Mesmo quando se trate de poder discricionário exercido sob o fundamento de um conceito jurídico indeterminado em que haverá uma análise valorativa destes conceitos, é possível analisar se o ato atendeu

---

<sup>90</sup> BRASIL. STF – ADI-MC 2213/DF – Rel. Min. Celso de Melo – D.J.U. 04/04/2002. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>.

<sup>91</sup> MELLO, ref. 47, p. 27.

<sup>92</sup> PIETRO, ref. 2.

princípios como o da razoabilidade e da proporcionalidade, ao poder judiciário será permitido “apenas um controle de contornos, de limites, pois se assim não fosse, estar-se-ia substituindo a discricionariedade administrativa pela judicial, o que é vedado pelo ordenamento jurídico”<sup>93</sup>.

Sobre o tema controle judicial sobre os atos da administração discorreremos adiante, neste momento é oportuno responder à pergunta inicial deste tópico, se é possível dizer que sempre que se tratar de aplicação de um conceito jurídico indeterminado a administração estará a gozar de seu poder discricionário. Ante o exposto pode-se dizer que não. A discricionariedade estará configurada apenas quando após a interpretação do conceito ainda existir um “leque” de opções todas possíveis perante o direito, neste caso a atividade de escolha se dará levando em consideração os critérios de oportunidade e conveniência informados pelos princípios que definem a atividade administrativa.

---

<sup>93</sup> PIETRO, ref. 2, p. 115.

## 4 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E A ESCOLHA DE POLITICAS PUBLICAS

A discricionariedade administrativa vista hoje como uma competência concedida pelo legislativo à Administração, como poder próprio de decisão. Possibilitou que a Administração, com o olhar voltado para os objetivos do Estado, pudesse eleger quais as prioridades e finalidade a serem atingidas em seu fazer diário.

O que antes era visto como um livre arbítrio, como considera a Professora Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias<sup>94</sup> como uma zona inteira de liberdade, “onde a Administração tinha a possibilidade de escolher as soluções que julgasse conveniente”. Passou a ser considerado como um poder da Administração para encontrar a melhor solução para o caso concreto.

Definir os limites à discricionariedade administrativa implica necessariamente na definição do âmbito do controle judicial a estes atos e na delimitação da esfera dentro da qual a administração pode decidir livremente, segundo seus próprios critérios, inapreciáveis pelo Poder Judiciário.

Hoje é consenso entre os doutrinadores que vivemos em um momento em que o conceito da legalidade foi alargado, já que este se mostrou insuficiente para garantir a efetivação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais. Ressalte-se que para compreensão do alargamento do princípio da legalidade é necessária à identificação da evolução desta limitação, para isso vejamos em síntese os ensinamentos de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Inicia-se com uma fase de imunidade judicial da discricionariedade, que era considerada inerente aos *atos de império* da Administração Pública. No início do século XIX, o Conselho de Estado francês já admite o recurso por excesso de poder como uma exceção à regra da imunidade jurisdicional, primeiro nos casos de *vícios de incompetência*, depois com relação aos *vícios de forma*. Posteriormente, elaborou-se a *doutrina do desvio do poder*, que torna ilegal o ato quando a administração se afasta da finalidade legal. Chega-se, depois, a uma fase em que o Judiciário passa a examinar os fatos, pela construção da *teoria dos motivos determinantes*. Finalmente no momento atual, já tem plena aplicação da possibilidade de controle por meio do recurso aos *princípios gerais de direito*, como a boa-fé, o da proporcionalidade dos meios aos fins, o da igualdade, o do direito de defesa.<sup>95</sup>

Assim, das palavras da administrativista é possível inferir que o período pós-positivista, como é denominado pela doutrina, trouxe consigo uma ampliação do conceito de legalidade, o que abrange além da observância da letra da lei, a compatibilidade dos atos da administração com a norma legal e os princípios gerais do direito.

---

<sup>94</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 138.

<sup>95</sup> PIETRO, ref. 2, p. 149.

Alguns juristas adotam a expressão “bloco de legalidade” como é o caso de Rafael Carvalho Rezende Oliveira<sup>96</sup> que em seu livro “A Constitucionalização do Direito Administrativo, O Princípio da Juridicidade, a Releitura da Legalidade Administrativa e a Legitimidade das Agências Reguladoras” aponta para a evolução desta concepção afirmando que “a expressão bloco de legalidade, procura designar todas as normas (e não apenas as leis), inclusive as de origem jurisprudencial (princípios gerais de Direito) que são impostas a administração”.

Ressalta ainda Oliveira citando a lição de Alexandre Santos Aragão que se trata de uma concepção pós-positivista do princípio da legalidade, e afirma que:

Com efeito, evoluiu-se para se considerar a Administração Pública vinculada não apenas à lei, mas a todo um bloco de legalidade, que incorpora os valores, princípios e objetivos jurídicos maiores da sociedade, com diversas Constituições (por exemplo, a alemã e a espanhola) passando a submeter a Administração Pública expressamente à ‘lei e ao direito’, o que também se infere implicitamente da nossa Constituição e expressamente da Lei do Processo Administrativo Federal (art. 2º parágrafo único, I). A esta formulação dá-se o nome de Princípio da Juridicidade ou da legalidade em sentido amplo.<sup>97</sup>

Deve-se ressaltar que o fenômeno da Constitucionalização do Direito Administrativo possibilitou a submissão da Administração aos princípios constitucionais, passando a Carta Magna a assumir papel interpretativo o que tornou a Administração vinculada a tais princípios e ampliou o âmbito do controle judicial dos atos administrativos. “A atuação administrativa para ser considerada válida, deve compatibilizar-se com os princípios consagrados na Constituição da República (moralidade, eficiência, razoabilidade, etc.)”<sup>98</sup>.

Nesse passo, Liana Chaib, com exatidão, assegura que

(...) já não mais se pode falar em princípio da legalidade como um princípio apenas de legalidade estrita, obediência à lei. Com a constitucionalização da Administração, de onde toda a princiologia da relação administrativa, a adequação volta-se à própria Constituição e aos princípios, e não apenas à lei. A visão do direito torna-se mais abrangente, gerando o princípio da juridicidade.<sup>99</sup>

Assim, o feixe principiológico apresentado pela Constituição Federal de 1988 passou a pautar as ações da Administração Pública. Em outros termos, tanto no exercício da atividade discricionária como em qualquer atividade desenvolvida pelo Estado, deve a Administração observar os princípios constitucionais previstos no art. 37, *caput*, da CF/88, como também guardar respeito aos princípios implícitos na Carta Magna, dentre eles os da razoabilidade, proporcionalidade, finalidade, motivação,

---

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legalidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 75.

<sup>98</sup> *Ibidem*.

<sup>99</sup> CHAIB, ref. 7, p. 23.

interesse público, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e todos os valores que se encontram implícita ou explicitamente dispostos no ordenamento jurídico.

Além dos princípios acima elencados, identificamos na Carta de 88, uma lista gigantesca de direitos sociais a serem garantidos a toda sociedade, tais como saúde, moradia, educação, lazer dentre tantos outros que somente serão efetivados por meio das políticas públicas.

Neste ponto, é mister conceituar política pública. Para chegamos a uma resposta que demonstre o regime jurídico próprio e distinto em relação aos atos que implementam e as diretrizes normativas pelas quais se pautam.

Importante destacar o conceito de José Reinaldo Lopes<sup>100</sup> “as políticas públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico”, pois envolvem a discussão de diversos ramos do Direito, tais como as leis que tratam do regime de finanças públicas, leis que regem as concessões de serviços públicos, leis de zoneamento urbano etc.

Assim, a política pública caracteriza-se pela utilização de instrumentos jurídicos capazes de impor a intervenção do Estado na sociedade. O Estado providência se agiganta à medida que aumenta a sua intervenção na sociedade. Um projeto de Governo é implementado através das políticas públicas intervencionistas, ações voltadas a setores específicos da sociedade.

As políticas públicas são compreendidas como as responsabilidades submetidas ao Estado e a sua implementação passa por decisão tomada de forma conjunta entre órgãos públicos, diferentes organismos e agentes sociais interessados. Juntos constroem e implementam o plano de governo e concretizam os objetivos do Estado relacionado a determinada área de proteção do Estado.

Pode-se deduzir que o conceito de política pública está diretamente relacionado a metas coletivas, objetivos sociais que demandam programas de ação pelos Poder Público, comum num estado que se pretende social, nas palavras de Estefania Maria de Quiroz Barboza e Katya Kozicki “pode-se, então relacionar as políticas públicas aos programas de ações governamentais que buscam a realização de metas coletivas como um todo, especialmente na área social (pleno emprego, saúde pública, moradia e etc.)”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-134.

<sup>101</sup> BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Revista Direito GV, São Paulo. Jan-Jun, 2012. p. 72.

## 4.1 Políticas Públicas e Separação dos Poderes

No Brasil, diferente do que ocorre em muitos países Europeus, vigora um sistema denominado de sistema de jurisdição una, consistente na exclusividade de decisão de forma definitiva caber apenas ao Poder Judiciário, competente para apreciar com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos. A separação dos poderes vigente desde a formação do Estado liberal definiu como atividade política a atividade em que se assentou na vontade do legislador, o que este elencou como finalidade do Estado.

Para os administrativistas portugueses Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias<sup>102</sup> o princípio do Estado de Direito e o princípio da separação dos poderes são os princípios fundamentais para a compreensão da maior ou menor extensão do poder discricionário da Administração.

Afirmam ainda os autores que de acordo com o princípio do Estado de Direito

põe-se o assento tônico na proteção dos direitos subjetivos e interesses legítimos dos cidadãos em face da Administração pública: ligado ainda a uma pré-compreensão (hoje em larga medida afastada) de uma administração “inimiga” dos cidadãos, com possibilidade de constantemente se intrometer nas esferas jurídicas de forma arbitrária e injusta preconiza aquele princípio a necessidade de reduzir a um mínimo os espaços discricionários da administração.<sup>103</sup>

Resta evidenciado que a Administração Pública possui maior ou menor espaço para atuar discricionariamente ao passo que o legislador frente a lei deixa margem para o referido preenchimento pelo administrador.

O que para Fernanda Paula Oliveira e Jose Eduardo Figueiredo Dias “defende-se uma maior fiscalização judicial da atividade administrativa: aumentando-se simultaneamente a vinculação da administração à lei e aos Tribunais conseguindo-se uma mais ampla e eficaz defesa dos interesses dos cidadãos”<sup>104</sup>.

A adoção no Brasil do sistema de jurisdição una ficou evidenciado quando a Constituição Federal no seu art. 5º, inciso XXXV, passou a proibir que lei excluísse da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Que nas palavras do jurista Bandeira de Mello “este princípio, absolutamente capital, constitui-se em garantia insubstituível, reconhecida entre os povos civilizados, como expressão asseguradora da ordem, da paz social e da própria identidade dos regimes políticos contemporâneos”<sup>105</sup>.

E continua o jurista a afirmar que:

---

<sup>102</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 139.

<sup>103</sup> Ibidem.

<sup>104</sup> Ibidem.

<sup>105</sup> MELLO, ref. 47, p. 948.

Tendo-se em conta que a proteção judicial – a dicção do direito no caso concreto – é a forma pela qual se garante a legitimidade, a dizer, é o meio por cuja via se assegura a consonância dos comportamentos com os ditames normativos, resulta inconfundível assento de que o cânone do art. 5º, XXXV, da Carta Constitucional e não só um princípio, mas dentre eles, certamente dos mais assinalados, por se constituir em pedra de toque da ordenação normativa brasileira.<sup>106</sup>

Portanto, mesmo que seja a própria Administração Pública que pratique atos que lesem direitos ou ameassem a sua lesão, caberá exclusivamente ao Poder Judiciário julgar com definitividade a lide. Resta claro que está se tratando aqui de decisão definitiva, já que existe o controle efetuado pela própria administração sob seus atos, cujo âmbito se dá sob os atos administrativos vinculados e discricionários, sob fundamento da legalidade e da oportunidade e conveniência respectivamente.

Vale ressaltar que quando se trata de Estado Democrático de Direito é implícita a ideia de controle recíproco entre os Poderes no Estado, assim, pode-se dizer que a Administração Pública se sujeita, no exercício de suas funções, ao controle por parte do Poder Legislativo e Judiciário, este último será o objeto de nosso estudo.

No que diz respeito a separação dos poderes os administrativistas portugueses Fernanda Paula Oliveira e Jose Eduardo Figueiredo Dias,

proclama-se uma maior autonomia e uma responsabilidade própria da Administração (não se pode pretender que ela seja o que nunca foi: totalmente executiva) uma vez que o poder administrativo tem legitimidade e autonomias próprias em face dos outros dois tradicionais poderes do Estado: o legislativo e o judicial.<sup>107</sup>

Assim, existe uma necessidade gigantesca que o poder discricionário da administração subsista e seja fortalecido, posto estar o legislativo atuando de forma geral e abstrata, ao passo que a administração atua frente ao caso concreto, fazendo a lei acontecer na vida em sociedade. Os desafios ao administrador são maiores por atuar frente as demandas da vida.

Mais uma vez nas palavras dos portugueses Fernanda Paula Oliveira e Jose Eduardo Figueiredo Dias “o princípio da separação dos poderes acaba por ser o grande fundamento do poder discricionário: a Administração é responsável pela prossecução do interesse público, devendo fazer as escolhas e tomar decisões nesse sentido”<sup>108</sup>.

Ao Poder Judiciário o controle sobre das decisões significa mais um controle sobre a legalidade das mesmas, controle sobre a juridicidade das decisões. Nesse sentido a política pública analisada sobre o prisma judicial não significa ultrapassar a barreira da separação dos poderes.

---

<sup>106</sup> Ibidem.

<sup>107</sup> DIAS, OLIVEIRA, ref. 14, p. 140.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 139.

Analisar o controle sobre a administração é segundo Pegoraro “um processo de redução do poder, comportando um sentido de fiscalização, para indicar a tarefa de acompanhar e fiscalizar a conduta alheia, escolhendo os fins que o terceiro realizará e o modo pelo qual se desenvolverá”<sup>109</sup>.

A problemática se encontra justamente na compatibilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição com o exercício do poder discricionário, já que este último foi deferido pelo ordenamento para o desenvolvimento da atividade administrativa, que como visto, não significa arbitrariedade e nem deve se confundir com espaço da atividade administrativa que excede os limites legais. Esse poder deve ser concebido como “a adoção de uma ou outra solução segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador”<sup>110</sup>.

Neste ponto convém o enfrentamento desta problemática, a delimitação da zona que se faz possível o controle judicial dos atos da administração sem a interferência no poder discricionário deixado pela lei à Administração.

Em análise pragmática, percebemos a necessidade de delimitação da intervenção dos juízes na formulação e execução das políticas públicas, com enfoque na democracia vimos a crescente intervenção do Poder Judiciário garantindo a participação das minorias na definição das políticas públicas estatais. Mesmo de forma desordenada em seu protagonismo, muito se dá a intervenção motivada por eventos sociais e acontecimentos desordenados.

Ao certo que a intervenção judicial nas políticas públicas ocorre por vezes de forma preventiva, concomitante e sucessiva a implementação da política, levando a Administração pública constantemente reavaliar os critérios de aferição dos índices.

Para compreensão do controle judicial dos atos da Administração Pública deve-se partir da distinção entre atos vinculados e atos discricionários.

Quanto ao primeiro não há restrição ao controle, já que todos os elementos estão definidos pela lei, “cabera ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar sua nulidade se reconhecer que esta conformidade inexistiu”<sup>111</sup>.

Quanto aos atos discricionários, afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “que o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa

---

<sup>109</sup> PEGORARO, ref. 1.

<sup>110</sup> PIETRO, ref. 2, p. 212.

<sup>111</sup> Ibidem, p. 217.

nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei”<sup>112</sup>. E justifica sua afirmação com as seguintes palavras:

Isto ocorre precisamente pelo fato de ser a discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí por que não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela melhor que ninguém, pode decidir diante do caso concreto.<sup>113</sup>

Neste mesmo sentido Hely Lopes afirma com precisão que

Nem mesmo os atos discricionários refugem do controle judicial, porque, quanto à competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao confronto da Justiça como qualquer outro elemento do ato vinculado. Já acentuamos que a discricionariedade não se confunde com arbitrariedade: ato discricionário, permitido e emitido nos limites legais, é lícito e válido; o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí por que o Judiciário terá que examinar o ato arguido de discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo para apurar se a distinção não desdobrou para o arbítrio.<sup>114</sup>

De forma resumida, pode-se dizer que das palavras dos administrativistas é que é possível um controle judicial feito sobre os atos discricionários para verificação se estes estão em conformidade com a lei, se a administração não ultrapassou os limites da discricionariedade e feriu a legalidade.

Corroborando com o pensamento de Maria Sylvia e Hely Lopes o jurista Luiz Nunes Pegoraro ao afirmar que

A competência do Judiciário para revisão de atos administrativos inicialmente restringe-se ao controle de todos os aspectos da legalidade e da legitimidade do ato impugnado, para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontra e seja qual for o artifício que a encubra, lembrando que, por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege e a ideologia com a lei em sentido amplo, além do respeito aos princípios gerais do direito e por legitimidade a conformidade do ato com a moral administrativa e com o interesse coletivo.<sup>115</sup>

É oportuno destacar que ocorreu uma evolução das técnicas de controle da Administração Pública à medida em que ocorreu o desenvolvimento do direito administrativo, o tornou possível uma ampliação do controle, alcançando redutos antes insuscetíveis de investigação jurisdicional. Deve-se este alargamento ao esforço dos Tribunais, principalmente os europeus, na construção de teorias como a do desvio do poder, a teoria dos motivos determinantes e o da juridicidade dos princípios para viabilizar um controle efetivo dos atos sem comprometimento do princípio da separação dos poderes.

---

<sup>112</sup> PIETRO, ref. 2, p. 217.

<sup>113</sup> Ibidem.

<sup>114</sup> MEIRELLES, ref. 17, p. 717.

<sup>115</sup> PEGORARO, ref. 1, p. 98.

Neste sentido destacaremos estas teorias ampliadas do controle judicial da discricionariedade para construção do entendimento da extensão das possibilidades da apreciação do Poder Judiciário sobre os atos da Administração.

## 4.2 A Juridicidade dos princípios como forma de limitação da discricionariedade

Como já ressaltado em outros momentos deste trabalho, vivemos em um momento pós-positivista, em que os princípios ganharam força normativa e norte para a interpretação de regras de direito postas no ordenamento. Com a Constituição de 1988 o controle externo feito pelo Judiciário passou a abranger além dos aspectos normativos sua conformidade com os princípios que estão implícitos ou explícitos no ordenamento jurídico.

Bonavides<sup>116</sup> afirma que a fase do pós-positivismo que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX, tem por característica novas Constituições promulgadas que acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.

Neste contexto não mais se coloca em dúvida a afirmação que os princípios possuem caráter normativo, força cogente e não apenas pauta de recomendações, donde sua não observância é destituída de qualquer consequência, é o que afirma Chaib<sup>117</sup>.

Nesta mesma linha de pensamento, Dworkin aponta “para a necessidade de tratar-se os princípios como Direito”, reconhecendo a possibilidade de que “tanto uma constelação de princípios como quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”<sup>118</sup>.

Torna-se evidenciado que o sistema jurídico é composto de normas e estas podem ser subdivididas em normas regras e normas princípios, é o que conclui Paulo Bonavides<sup>119</sup> após asseverar que se coaduna com os ensinamentos de Alexy, Dworkin e Crisafilli. E continua:

Repartem-se os princípios, numa certa fase de elaboração doutrinária em duas categorias: a dos que assumem o caráter de ideias jurídicas norteadoras, postulando concretização na lei e na jurisprudência, e a dos que, não sendo apenas ratio legis, mas, também lex, se cristalizam desse modo, numa regra jurídica de aplicação imediata”.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 264.

<sup>117</sup> CHAIB, ref. 7, p. 27.

<sup>118</sup> DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio. Traduzido para o espanhol por Marta Guastavino*. 5. reimp. Barcelona: Editorial Ariel, 2002. In: BONAVIDES, ref. 4, p. 265.

<sup>119</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 271.

<sup>120</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 272.

Importante destacar que Zanella Di Pietro<sup>121</sup> citando os ensinamentos da Alexy diferencia princípios e regras sob o fundamento da lógica ou qualitativa como denomina a autora, o faz nos seguintes termos:

Segundo o pensamento de Alexy, enquanto as regras contemplam uma solução única que deve ser cumprida exatamente como prevista, os princípios seriam mandamentos de otimização, que podem ser aplicados de diferentes maneiras, conforme as circunstâncias de cada caso. Ocorrendo conflito entre princípios, deve ser aplicada a técnica da ponderação, pela qual se decidirá qual princípio deve ter peso maior.

A lógica do tudo ou nada é o que determina se estamos tratando de regras ou de princípios, as regras seguem essa lógica, já quanto aos princípios a lógica de otimização é o que vai determinar o grau de aplicabilidade do princípio no caso concreto. Liana Chaib também compreende a lição de Alexy enunciando que

(...)as regras ou são válidas e se aplicam, ou não são válidas e não se aplicam. Com os princípios, o processo é distinto, pois contêm deveres de otimização, mandados de otimização, aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas, não determinando de forma direta as consequências normativas, como no caso das regras. Há apenas no caso concreto, a prevalência de um sobre o outro, em caso de colisão.<sup>122</sup>

Regras e princípios possuem estrutura diferente, mas algo existe de comum entre eles, é a eficácia da imposição dos princípios que se assemelha às regras. É neste ponto que encontramos a grande transformação que deu aos princípios um caráter jurídico não apenas informativo ou supletivo. Neste sentido é o ensinamento de Paulo Bonavides, vejamos:

O ponto central da grande transformação por que passam os princípios reside, em rigor, no caráter e no lugar de sua normatividade, depois que esta, inconcussamente proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, salta dos Códigos, onde os princípios eram fontes de mero teor supletório, para as Constituições, onde em nossos dias se convertem em fundamento de toda a ordem jurídica, na qualidade de princípios constitucionais.<sup>123</sup>

E continua o referido autor:

Postos no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivamente no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional, rodeada de prestígio e hegemonia que se confere às normas inseridas na Lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em norma normarum, ou seja, norma das normas.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> PIETRO, ref. 2, p. 155.

<sup>122</sup> CHAIB, ref. 7, p. 29.

<sup>123</sup> BONAVIDES, ref. 4, p. 289.

<sup>124</sup> Ibidem, pp. 289-290.

O legislador originário da Constituição brasileira de 1988 adotou a teoria principialista, positivando muitos princípios, como o da legalidade, da isonomia, da publicidade da impessoalidade e tantos outros, e deixando evidente que não excluía a aplicação de outros que passaram a constituir alicerce do sistema normativo, todos eles coexistindo e sendo aplicáveis conjuntamente. “Os princípios, efetivamente, constituem as vigas mestras do sistema jurídico. Seus comandos espriam-se por todo o ordenamento, como um feixe de luz a iluminar as regras e as condutas dos aplicadores do Direito”<sup>125</sup>.

O direito administrativo é um significativo exemplo de ramo do direito do rico em princípios extraídos implicitamente do direito positivo e do direito comparado, é o caso dos princípios da continuidade do serviço público, da autoexecutoriedade e da autotutela dos atos administrativos, da hierarquia e tantos outros, sem desprezar aqueles princípios que expressam valores inerentes à pessoa humana<sup>126</sup>.

Neste sentido é oportuno trazer à colação a lição de Liana Chaib<sup>127</sup> que identifica a importância dos princípios como limitação da atividade administrativa e como forma de controle.

Destarte, ao cumprir seu papel de presidir a inteligência do sistema jurídico positivo, os princípios também atuam, fundamentadamente, como vetores de conduta e, a fortiori, também limitadores de comportamento, prestando-se para coibir e rechaçar atos administrativos que discrepem de seus mandamentos. Aferem, pois, da validade ou invalidade de um comportamento administrativo<sup>128</sup>.

E no que se refere aos atos administrativos discricionários Hely Lopes Meirelles<sup>129</sup> afirma ser possível o Poder Judiciário perquirir tanto os aspectos de legalidade do ato administrativo discricionário, como também a legitimidade deste ato, com as seguintes palavras:

A competência do Judiciário para revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial as do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como

---

<sup>125</sup> CHAIB, ref. 7, p. 31.

<sup>126</sup> PIETRO, ref. 2, p. 156.

<sup>127</sup> CHAIB, ref. 7, p. 31.

<sup>128</sup> Ibidem.

<sup>129</sup> MEIRELLES, ref. 17, p. 717.

ilegítimo o ato que violenta a moral da instituição ou se desvia do interesse público, para servir a interesse privado de pessoas, grupos ou partidos favoritos da Administração.

Tratando-se de atos discricionários controlados a partir de princípios temos a visão de Oliveira que afirma poder haver uma redução à zero dessa discricionariedade “quando as circunstancia normativas e concretas eliminarem a possibilidade de escolha por parte do agente, deixando apenas uma única solução possível que deverá se adotada”<sup>130</sup>.

Assim, nenhum ato administrativo escapa dos efeitos vinculantes dos princípios, quer sejam ato administrativo vinculados quer sejam atos administrativos discricionários, sua rendição ao direito nos permite identificar a ampliação do conceito de legalidade e a exigência de conformidade do ato com a lei em sentido formal e com o ordenamento jurídico como um todo, em especial aos princípios.

Neste sentido Maria Sylvia Zanella Di Pietro é objetiva ao afirmar que:

(...) em vez de afirmar-se que a discricionariedade é liberdade da ação limitada pela lei, melhor se dirá que a discricionariedade é liberdade da ação limitada pelo Direito. O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito concebido pelo positivismo jurídico adotado o Estado Legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito.<sup>131</sup>

Em relação aos atos administrativos discricionários é comum a doutrina tradicional fazer diferenciação entre o controle de legalidade e o controle de mérito. Neste sentido Oliveira faz a seguinte distinção:

O controle da legalidade, concebido tradicionalmente como a verificação da compatibilidade formal do ato administrativo com a legislação infraconstitucional, seria amplo, pois seu exercício caberia ao próprio “Poder” que editou o ato, bem como aos demais “Poderes”, também responsáveis pela defesa do princípio da legalidade. No momento em que o ato contraria a lei, nasce o poder-dever ou dever-poder de anulação.<sup>132</sup>

Quanto ao controle de mérito do ato administrativo, possível apenas se efetivado pelo próprio “Poder” que o editou. Destaca ainda Oliveira<sup>133</sup> que o mérito do ato administrativo, na visão clássica, consiste na “avaliação da conveniência e da oportunidade relativas ao mérito a ao objeto, inspiradoras da prática do ato discricionário”, portanto, em razão do princípio da separação dos poderes, apenas quem possui liberdade de apreciação do mérito na edição do ato pode reapreciá-lo no caso de eventual revogação. E finaliza o referido autor “daí o Poder Judiciário não pode revogar (controle de mérito) do ato administrativo discricionário editado pelo Executivo

---

<sup>130</sup> OLIVEIRA, ref. 96, p. 78.

<sup>131</sup> PIETRO, ref. 2, p. 162.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, ref. 96, p. 79.

<sup>133</sup> Ibidem.

ou Legislativo, mas apenas o ato administrativo editado por ele próprio no exercício da função administrativa (atípica)<sup>134</sup>.

Com fundamento na juridicidade dos princípios foi possível uma construção teórica muito mais ampla que aquela construída pelos doutrinadores clássicos, que viam no ato discricionário apenas um controle de legalidade estrita, ou seja, sua conformação à lei, é possível hoje invalidar um ato administrativo discricionário para garantir o respeito aos limites legais e constitucionais impostos, como exemplo, cita Oliveira<sup>135</sup> que o Superior Tribunal de Justiça, vem se utilizando rotineiramente dos princípios da razoabilidade e da isonomia (impessoalidade) para identificar se algumas exigências contidas em editais de concurso público são válidas ou não.

A juridicidade tão somente amplia a margem de controle do ato discricionário levada a efeito pelo judiciário. E isso não para permitir a apreciação do mérito administrativo propriamente dito, porque isso importaria em inadmissível violação ao princípio da separação de poderes, mas para garantir que o mérito da atuação administrativa não seja um artifício ou escudo para a permitir por via transversa, a violação da ordem jurídica pelo administrador<sup>136</sup>.

Posto que o judiciário não pode invadir o mérito para controlar o ato administrativo discricionários, ocorrendo assim uma substituição da vontade da administração pela vontade do juiz, só resta ao judiciário observar se tal ato foi resultado do atendimento aos fins públicos e se os limites impostos pelo ordenamento jurídico à atuação administrativa forma respeitados. “Por isso, a invalidação de um ato administrativo por violação ao princípio da razoabilidade, por exemplo, não enseja, em última análise, o exame do conteúdo do mérito pelo Judiciário, mas sim dos limites impostos ao administrador na utilização desse mérito”<sup>137</sup>.

---

<sup>134</sup> OLIVEIRA, ref. 96, pp. 79-80.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>137</sup> Ibidem.

## 5 O CONTROLE JUDICIAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL

Na contemporaneidade, as sociedades mundiais tem percebido a troca do poder político para os tribunais, de sorte que, esse poder tem se deslocado no âmbito da atuação parlamentar, para o Poder Judiciário.

Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki<sup>138</sup>, destacam que em países Latino Americanos, do Leste Europeu e da África do Sul, a aplicação do constitucionalismo se faz por meio da introdução de regimes democráticos, após décadas de políticas ditatoriais. Nesse sentido, um Judiciário robusto surge como promessa de uma nova organização democrática, junto a aplicação de leis democráticas e rigorosas, com dispositivos de direitos fundamentais supremos e resguardados contra a supremacia parlamentar, originando uma nova maneira de interpretar e praticar o Direito, provocando no país, um aumento da ação do Poder Judiciário e predomínio desse poder nas deliberações políticas do Estado, trazendo a questão atualmente na agenda do embate jurídico e político.

Cabe mencionar, que até em países tradicionalmente *common law*, passaram a aplicar Cartas de Direitos Fundamentais, que serve de modelo para controle de constitucionalidade das normativas inconciliáveis a elas. Por isso, as Cortes Constitucionais de vários países, tem sido cada vez mais solicitadas a solucionar processos relacionados a diversas questões do direito, como – direitos de liberdade (de expressão, religiosa, à privacidade), biodireito, aborto, e ainda políticas públicas na área de saúde, educação, meio ambiente, processo eleitoral, dentre outros.

Observa-se que, o aumento da atuação dos tribunais se deu não apenas de forma quantitativa, mais ainda, por exprimirem acerca das diversas questões políticas evidentes da sociedade, remodelando as próprias funções dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

E este fenômeno é conhecido como judicialização da política, que é visto como transferência das deliberações no âmbito parlamentar ou executivo para as Cortes, o qual será abordado a seguir

### 5.1 Judicialização da política

Werneck Vianna<sup>139</sup> discute que a judicialização da política pode ser entendida a partir de vários aspectos, considerando que a concepção de constitucionalismo e de

---

<sup>138</sup> BARBOZA, KOZICKI, ref. 101.

<sup>139</sup> VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann, SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Rev. Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

debates políticos na constituição, possibilitaram que o Judiciário encarasse qualquer assunto político, de forma constitucional.

Não obstante, na contra mão dos interesses do parlamento, pode-se entender que existem uma convergência, uma vez que a aceitação de novas funções pelo Judiciário, sobretudo, no que se refere a questões políticas, religiosas, centrais tanto pela sociedade como pelos agentes políticos, tem sido aceita pela sociedade, visto que os agentes políticos percebem no Judiciário como um local adequado para afrontar essas questões.

Werneck Vianna destaca que a litigação é um evento que ocorre nas sociedades democráticas contemporâneas, sobretudo, pelo distanciamento entre os que representam e os que são representados, e conseqüentemente, faz com que os políticos explorem os meios de representação por meio da legislação<sup>140</sup>.

Por ser um evento contemporâneo, na maioria das vezes, se confunde a concepção de judicialização da política pela concepção genérica de ativismo judicial, de tal forma, que se tem usando o termo de judicialização de megapolítica e/ou macropolítica, para diferenciá-lo da judicialização da política genérica.

Segundo Ran Hirschl, existem três tipos de judicialização:

(i) a expansão do discurso legal, jargões, regras e procedimentos para a esfera política e para os fóruns de decisões políticas; (ii) judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões dos atos administrativos; (iii) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência às Cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade, incluindo questões sobre legitimidade do regime político e sobre identidade coletiva que definem (ou dividem) toda a política.<sup>141</sup>

Diante do exposto, nota-se que em todas as esferas há possibilidades de atuação da judicialização no cenário das políticas pública, ou seja, a atuação do judiciário nas mais diversas questões vem se intensificando gradativamente.

No que tange, ao primeiro tipo de judicialização supracitado, Ran Hirschl realça, que a judicialização depende da tomada das relações sociais e culturais através das leis, em decorrência do crescimento e da complexidade das diversas sociedades, e ainda da propagação de Estados modernos e do bem-estar social, com suas diversas normativas regulatórias<sup>142</sup>.

Observa-se ainda esse fenômeno, no âmbito supranacional, uma vez que, são exigidas a adoção de regulamentos-padrão (universais) estabelecidos mundialmente.

---

<sup>140</sup> VIANA, BURGOS, SALES, ref. 139.

<sup>141</sup> HIRSCHL, Ran. *The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide*. Fordham Law Review, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. [consult. 03 jun. 2022] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>>.

<sup>142</sup> Ibidem.

Também pode ser observado a judicialização da política através do crescimento de função do Judiciário em tomar decisões sobre políticas públicas, sobretudo, acerca das questões de direitos garantidos constitucionalmente, remodelando seus próprios limites de atuação e dos outros poderes políticos.

Cabe mencionar ainda a judicialização da política pura, ou da macropolítica, que é compreendida pela responsabilidade dos tribunais em deliberar sobre questões morais e/ou políticas, que tem sido vistas, como questões fundamentais na sociedade. Isso significa que, muitos casos de natureza moral e política tem sido decididos pelo judiciário, provocando uma transferência de funções das esferas políticas ao judiciário.

Nessa perspectiva, Loiane Prado Verbicaro<sup>143</sup> indica que a ideia de judicialização da política está atrelada ao “novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política”, principalmente, através da representação no desenvolvimento de normas e elaboração de políticas públicas. E no sentido de garantir a sociedade, seus direitos fundamentais dispostos pela Constituição Federal, a política se judicializa.

Débora Maciel e Andrei Koerner afirmam que a judicialização da política,

Requer que operadores da lei prefiram participar da policy-making a deixá-la ao critério de políticos e administradores e, em sua dinâmica, ela própria implicaria um papel político mais positivo da decisão judicial do que aquele envolvido em uma não decisão.<sup>144</sup>

Frente a isto, a judicialização da política, coloca os tribunais como centro das decisões que antes estavam sob juízo de outros poderes, colocando o judiciário como protagonista de diversas questões que perpassam a sociedade e que requer soluções vertiginosas para a sociedade.

Cabe destacar que, no Brasil, o processo de redemocratização produziu grandes consequências para o Poder Judiciário, pois “de um lado, a demanda por justiça, em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o Poder Judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento”. De outra forma, a aplicação do Estado Democrático de Direito criou a “necessidade de juízes e árbitros legítimos” passarem a deliberar acerca de conflitos entre sociedade, governo e entre os poderes do próprio Estado. E essa função, foi imputada, sobretudo, ao Poder Judiciário<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista DireitoGV, n. 4, 2008. p. 391.

<sup>144</sup> MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002. p. 114.

<sup>145</sup> BARBOZA, KOZICKI, ref. 101, p. 62.

Nessa direção, Loiane Prado Verbicaro destaca alguns fatores que implicaram no processo de judicialização da política ocorrido no Brasil,

(i) a promulgação da Constituição de 1988; (ii) a universalização do acesso à justiça; (iii) a existência de uma Constituição com textura aberta; (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico; (v) a ampliação do espaço reservado ao STF; (vi) a hipertrofia legislativa; e (vii) a crise do Parlamento brasileiro.<sup>146</sup>

Percebe-se que as normativas de direitos fundamentais, demandam uma nova função do Poder Judiciário, uma função equivalente a que esse Poder tem tradicionalmente nos sistemas de common law, que por meio da função, de judge-made-law, se intensifica e se manifesta as normas dispostas na Constituição.

Isto posto, Estefania Maria de Quiroz Barboza e Katya kozicki, salientam que:

O caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do common law, especialmente no que diz respeito à jurisdição constitucional.<sup>147</sup>

Nesse particular, não havendo como indicar qual direito a ser adotado ao caso, competirá ao Judiciário, deliberar e dar sentido a esses direitos, levando em consideração o contexto histórico, social, político, moral e jurídico da sociedade naquele respectivo período. Portanto, não existe norma no texto, mas somente, no caso concreto.

Vale destacar, que esse novo papel dos Tribunais Constitucionais, principalmente, com perspectiva de constituir texto aos direitos humanos, tem impactado amplamente na sua competência, através do judicial review. Ademais, evidencia-se que, no Brasil, a Justiça alcançou a população através de Juizados de Pequenas Causas, que são acessíveis independente de representação por advogado.

Legislações especiais de proteção de minorias, como Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Lei Maria da Penha,<sup>4</sup> levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas<sup>148</sup>.

Vale acrescentar, que o sistema de controle constitucional complexo considera o controle difundido uma oportunidade de pequenos grupos exercerem um poder de veto contrariando leis e atos administrativos publicados pelos Poderes Legislativo e Executivo, referindo-se a Constituição de 1988, de maneira a reafirmar que o controle

---

<sup>146</sup> VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista DireitoGV, n. 4, 2008. p. 390.

<sup>147</sup> BARBOZA, KOZICKI, ref. 101, p. 65.

<sup>148</sup> VIANA, BURGOS, SALES, ref. 139, p. 41.

de constitucionalidade é um dos principais mecanismos acessíveis para as minorias políticas frente as decisões políticas majoritárias<sup>149</sup>.

Diante do exposto, observa-se de alguma forma um protagonismo do Judiciário, que na maioria das vezes se denomina ativismo judicial, que deve ser compreendido não em que medida uma Corte é ocupada, mas até que ponto seus juízes estão sujeitos a atuar no direito.

Cabe realçar, que as críticas com relação ao ativismo se dão,

Ao caráter contramajoritário dos juízes, que não teriam competência para elaborar novo direito, pois não foram eleitos pelo povo. A segunda questão é, em se aceitando que os juízes podem desenvolver a lei, quais seriam os critérios para definir que o desenvolvimento seria adequado.<sup>150</sup>

Nesse sentido, parte-se do pressuposto que os juízes não têm a função por natureza de elaborar as leis, considerando que estes não foram selecionados de forma democrática, além disso, a elaboração do texto requer competências adequadas que versam sobre o objeto.

Corroborando, Christopher Wolfe indica outra ideia que define de ativismo judicial tradicional, como aquele em que os juízes precisam tomar decisões sobre os casos que lhes são manifestados não desviando-os no sentido de fazer justiça, principalmente, assegurando a dignidade da pessoa humana, por meio da expressão da equidade e da liberdade. Christopher Wolfe assevera que os juízes ativistas precisam ser comprometidos em assegurar resoluções para questões sociais, sobretudo, se valendo da sua autoridade para oferecer conteúdo aos direitos e às garantias fundamentais que efetivam de forma plena a justiça social<sup>151</sup>.

Por isso, o autor destaca a concepção de ativista judicial não no sentido prático de excluir a Constituição ou suas interpretações impondo suas vontades, mas no sentido, que precisam estar aptos para solucionar as diversas questões que lhes são impostas.

---

<sup>149</sup> ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: Rachel Sieder, Line Schjolden, Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. NovaYork: Palgrave Macmillan, 2006. p. 241.

<sup>150</sup> DICKSON, Brice. Judicial Activism in The House of Lords 1995-2007. In: DICKSON. Brice (Ed.) *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. NewYork: Oxford University Press, 2007. p. 367.

<sup>151</sup> WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

## 5.2 Controle judicial de Políticas Públicas no Brasil sob a perspectiva do STF

Para combater a justiciabilidade de políticas públicas, é necessário investigar primeiramente a justiciabilidade das questões políticas. Os regulamentos tem buscado definir o que são problemas políticos, e na maioria das vezes, alcançando conceitos supérfluo, descrevendo como questões políticas as que nem são jurídicas e nem judiciais, e em muitos casos, a literatura define questão política como aquelas em que os juízes admitem como tal.

O jurista Ronald Dworkin distingue questões políticas, por meio de princípios, admitindo aos Tribunais somente decisões baseadas em princípios:

Os argumentos políticos justificam uma decisão política mostrando que ela favorece ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento a favor de um subsídio aos fabricantes de aeronaves, que afirma que com ele protegerá a defesa nacional, é um argumento político. Os argumentos iniciais justificar uma decisão política mostrando que tal decisão respeita ou garante algum direito, individual ou grupal. O argumento a favor das leis se opor à discriminação (racial nos Estados Unidos), e que sustenta que uma minoria tem direito a igual consideração e respeito, é um argumento de princípio (tradução nossa).<sup>152</sup>

Tendo por base o pressuposto, infere-se que a definição de política pública, se refere a objetivos sociais coletivos, que requer programas de ação desenvolvidos pelos Poderes Públicos, em conjunto num Estado que visa ser social. Por outro lado, os princípios se relacionam a garantia de direitos individuais, isso é, relacionam-se as políticas públicas e aos programas de ações do governo, que visam realizar metas coletivas comum a todos, sobretudo, no âmbito social (saúde pública, habitação, emprego, dentre outros).

Por outro lado, Maria Paula Dallari Bucci, define política pública como sendo:

O programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.<sup>153</sup>

Nota-se que a política pública faz parte de um conjunto de questões que versam sobre várias áreas, decorrentes de problemas que envolvem a sociedade como todo. É por meio da ação do governo, que as políticas públicas visam planejar, organizar, coordenar, dirigir executar e avaliar programas, projetos e ações a fim de alcançar

---

<sup>152</sup> DWORKIN, ref. 118, p. 148.

<sup>153</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito jurídico de política pública em direito. In: BUCCI. (Org.) *Políticas públicas: Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

objetivos e metas no âmbito das políticas públicas voltadas ao bem comum da sociedade.

Vale enfatizar que é através das políticas públicas coletivas, que a Constituição da República do Brasil, busca realizar os direitos fundamentais sociais, direitos estes que tratam de toda sociedade de forma ampla e coletiva, e não somente individual, tornando necessária o desenvolvimento de políticas macro, por considerar a necessidade da sociedade e também o poder do Estado.

Rodolfo de Camargo Mancuso, traz o entendimento de política pública enquanto, Conduta comissiva ou omissiva da Administração Pública, em sentido largo, voltada à consecução de programa ou meta previsto em norma constitucional ou legal, sujeitando-se ao controle jurisdicional amplo e exauriente, especialmente no tocante à eficiência dos meios empregados e à avaliação dos resultados alcançados.<sup>154</sup>

Nota-se a falta de orçamento financeiro satisfatório aplicado pelo Estado para o desenvolvimento de políticas públicas. Nesse sentido, o Estado de algum modo estaria se omitindo em planejar políticas públicas que assegure e garanta dos direitos fundamentais sociais à população.

O autor entende ainda que o problema da política pública, não deve sujeitar-se ao poder de constitucionalidade do Poder Judiciário, considerando que diz respeito a questão política, de responsabilidade aos poderes eleitos democraticamente, o que infringe o princípio basilar que é o da separação de poderes.

Por outro lado, considera-se o princípio da reserva do possível, que tem exercido um papel de legitimação do Judiciário na representação dos direitos fundamentais sociais, contrariando alguns estudiosos, uma vez que expressa a competência dos juízes, não escolhidos pelo voto, a aplicar “medidas de políticas sociais que exigem gastos orçamentários”<sup>155</sup>.

Observa-se que tem sido interpelada a legalidade democrática, de concretização dos direitos fundamentais sociais pelo Judiciário, pois “a concretização de direitos sociais implicaria a tomada de opções políticas em cenários de escassez de recursos”<sup>156</sup>. E isto considera que o controle de políticas públicas, não deveria estar sob poder dos não eleito democraticamente, mas pelo Executivo e Legislativo que, transmitiria o desejo da maioria.

---

<sup>154</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001. p. 730-731.

<sup>155</sup> KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 52.

<sup>156</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 44.

Importa destacar que a desigualdade social no Brasil, em que a maioria da população não dispõe dos direitos fundamentais sociais, deve ser levado em conta ao determinar quem tem legalidade para “definir o que seja o possível na área das prestações sociais básicas, em face da composição distorcida dos orçamentos dos diferentes entes federativos”<sup>157</sup>, sobretudo, quando os recursos não foram repassados de forma correta.

Quando a Constituição Federal prescreve que as políticas públicas são mecanismos apropriados de manifestação dos direitos fundamentais sociais, por ser conteúdo constitucional submetido ao controle do Judiciário, ir na contra mão disto, é pressupor que a Constituição é apenas um documento sem nenhuma normatividade, ou seja, inadmissível num Estado que tem por objetivo ser Constitucional e democrático de direito.

Nesse sentido, frisa-se que não se busca defender a atuação do Judiciário em decisões relacionadas ao orçamento de políticas públicas, considerando que compete aos poderes Executivo e Legislativo apontar acerca de políticas públicas. Contudo, na inoperância desses poderes, torna-se legítimo que o Judiciário desempenhe esse papel, sobretudo, ao tratar do controle difuso, em que os mesmos interlocutores dos direitos, são os mesmos a exigirem que sejam executados.

Se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p.ex., Habermas, Gutmann e Thompson –, então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quanto tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade.<sup>158</sup>

Por outro lado, compreende-se que para tornar eficiente a atuação dos poderes Executivo e Legislativo, é preciso expandir a função do Poder Judiciário. José Reinaldo de Lima Lopes aponta que é preciso entender que o Estado democrático assegura direitos sociais mínimos, a ainda, assegura mudanças sociais, como “condição de possibilidade e de eficácia do Estado de Direito”<sup>159</sup>.

Dessa maneira, compete ao Judiciário não apenas assegurar o *statu quo*, resguardando o direito adquirido, mas também, oportunizar as transformações e mudanças no âmbito social, ao produzir as normativas de direitos fundamentais, como

---

<sup>157</sup> KRELL, ref. 155, p. 53.

<sup>158</sup> SOUZA NETO, ref. 156, p. 45.

<sup>159</sup> LOPES, ref. 100, p. 263.

de proteção do consumidor, defesa do meio ambiente, direito à saúde, moradia, educação, dentre outras. Entretanto, deve-se contestar “o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de ‘caixas cheias’ do Estado”<sup>160</sup>, uma vez eu reduziria a capacidade desses direitos.

Cabe destacar, que cada direito social tem sua força normativa, como o direito ao pleno emprego, e o direito à moradia, que precisam ser desenvolvidos através de políticas públicas, que por seu turno, acaba por impedir na consolidação destes direitos pelo Poder Judiciário, uma vez que, não se pode garantir em sua plenitude que toda população tenha emprego por exemplo, uma vez que é inevitavelmente existirá um nível de desemprego, seja nos países mais desenvolvidos<sup>161</sup>.

Embora seja um problema a destinação de verbas para determinadas políticas públicas, que visam o desenvolvimento de direitos sociais fundamentais, isso não quer dizer, que o Judiciário não tem nenhuma função na construção desses direitos, a exemplo, o direito à saúde e à educação tem sentidos que possibilitam “adequada realização, razão porque a prestação concreta de serviços públicos precários e insuficientes, por parte dos municípios, dos estados e da União, deveria ser compelida e corrigida por parte dos tribunais”<sup>162</sup>.

No Brasil, por exemplo a decisão aplicada na ADPF 45, demonstra a atuação do judiciário no que tange ao controle de políticas públicas, em que o Supremo Tribunal Federal, produziu a manifestação com relação ao cumprimento de políticas públicas. Especificamente, a atuação do Supremo referiu-se acerca da inconstitucionalidade do veto do Presidente da República sobre o § 2º do art. 55 do Projeto de Lei que se transformou na Lei nº 10707/2003 (Lei de Diretrizes Orçamentárias), que infringia a Emenda Constitucional 29/2000 (que prever recursos financeiros mínimos para custear obras e ações voltadas a saúde).

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do poder judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao supremo tribunal federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da “reserva do possível”. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (Direitos Constitucionais de Segunda geração).<sup>163</sup>

---

<sup>160</sup> KRELL, ref. 155, p. 54.

<sup>161</sup> SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever*. Nova York: Basic Books, 2004.

<sup>162</sup> KRELL, ref. 155, p. 56.

<sup>163</sup> BRASIL. STF – ADPF 45 – Rel. Ministro Celso de Mello – D.J.U. de 29.04.2004. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>.

No conteúdo o Ministro Celso de Mello, assevera que quanto o Estado descumpra uma normativa disposta na constituição, diz respeito a um,

Comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental”.<sup>164</sup>

Todavia, não se está pautando que compete ao STF, elaborar e aplicar políticas públicas, pois são tarefas encarregadas ao Legislativo e Executivo, mas como destaca o ministro tais funções podem ser designadas ao Judiciário,

Se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”.<sup>165</sup>

Ainda tendo por base o texto, o ministro reafirma que não aceita que o Estado, produza barreiras que dificulte e revele o ilegal, contrário e criticável objetivo de enganar, impedir e impossibilitar o princípio de garantia, em favor dos indivíduos e da população, as “condições materiais mínimas de existência”<sup>166</sup>, e conclui enfatizando, que a finalidade principal do Estado é servir aos cidadãos e não a si próprio.

Portanto, mesmo admitindo que a elaboração e implementação de políticas públicas, submete-se a escolha política dos que foram eleitos democraticamente pela população, não existe uma abertura plena para tomada de decisões, seja pelo legislador, seja pelo executivo, isso significa, que em casos da sua indiferença com relação aos direitos fundamentais sociais estabelecidos no texto constitucional, contrários a ele, a ação do Poder Judiciário se justifica tornando-se evidente.

Nessa perspectiva, a autonomia e a figura do legislador devem estar alicerçadas dentro do bojo constitucional, para que seja efetivada a Constituição, considerando pois não haver possibilidade de inoperância, mas a forma em que se dará os direitos constitucionais. Ademais, o ministro destacou ainda que:

Embora resida, primariamente, nos poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que excepcionalmente, principalmente nos casos de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam as mesmas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais impregnados de estatura constitucional.<sup>167</sup>

---

<sup>164</sup> Ibidem.

<sup>165</sup> Ibidem.

<sup>166</sup> Ibidem.

<sup>167</sup> BRASIL STF – RE 436.996 – Rel. Ministro Celso de Mello – D.J.U. de 3.2.2006. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14786430>>.

Dessa forma, observa-se que não há tentativa que sobrepor a atuação do Poder Judiciário em detrimento do Poderes Executivo, e Legislativo, mas destacar a importância da sua atuação quando estes não atuarem de forma ativa no desenvolvimento de políticas públicas que tratam dos direitos fundamentais sociais inerentes a pessoa humana.

Cabe enfatizar, que a atuação do Judiciário pode se fazer presente quando as políticas públicas focais representadas através da Constituição Federal, dispostos nos direitos fundamentais sociais, não se fazem valer, tendo no Judiciário a competência de garantir que os direitos sociais individuais e coletivos sejam cumpridos conforme prescrito no texto constitucional.

Outro caso concreto da relevância da atuação do Poder Judiciário é a decisão do Ministro Gilmar Mendes, ao julgar a suspensão da liminar nº 47 referente ao Agravo Regimental Saúde Pública, em que a ementa dispõe:

Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Ordem de regularização dos serviços prestados em hospital público. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança pública. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.<sup>168</sup>

Na supracitada decisão compreendeu o Ministro que o Judiciário tem poder para decidir acerca do provisionamento de medicamentos ou de tratamentos provido pelo Sistema Único de Saúde (SUS), e dessa forma, ao aprovar um fornecimento de serviço de saúde inserido nas políticas públicas sociais, econômicas elaboradas pelo SUS, percebe-se que o Judiciário, não está elaborando uma política pública, mas indicando que seja cumprida. De acordo com o Ministro o caso em questão, trata de um direito individual e coletivo público, relacionada a uma específica política pública de saúde.

Outra decisão do Superior Tribunal de Justiça, deu-se por meio do controle do orçamento público, para que seja aplicado recursos específicos para a ação de fim constitucional.

- 1 Na atualidade, o império da lei, e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador.
- 2 Legitimidade do Ministério Público para exigir do Município a execução de política específica, a qual se tornou obrigatória por meio da resolução do Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente.
- 3 Tutela específica para que seja incluída verba no próximo orçamento, a fim de atender a propostas políticas certas e determinadas.

---

<sup>168</sup> BRASIL. STF – SL 47 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – D.J.U. 30.4.2010. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>.

4 Recurso especial provido.<sup>169</sup>

Percebe-se que o STJ, permitiu o poder judicial de políticas públicas, por meio da provisão, sobretudo, indicando montante para o próximo orçamento. O montante a ser aplicado a política pública particular a ser adotada, estes devem estar na discricionariedade do administrador, entretanto, não existe discricionariedade em construir uma política pública disposta constitucionalmente. E esta é a que vincula, e nisto, decidiu o STJ, a obrigatoriedade de aplicar recursos específicos para manifestar o objetivo da constitucionalidade.

Ademais, o Recurso Especial 1.041.197-MS, o ministro Humberto Martins argumenta o controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário em casos especiais, quando a Administração pública atua em sentido, e ultrapassa os limites de sua autonomia, e nesse caso, o Judiciário corrigirá essa questão<sup>170</sup>.

Ressalta-se o Ministro, que o princípio da separação dos poderes precisa ser compreendido sob a concepção da Constituição, que aponta novas atribuições ao Estado na adoção dos direitos fundamentais, e ao determinar desempenho ativo da Administração Pública, passa a exigir execução mais enérgica de monitoramento do Poder judiciário.

Isto posto, não significa que a prática do Judiciário no controle de políticas públicas, dar-se de maneira desordenada, contudo, quando do Estado, infringir os direitos fundamentais sociais a mediação do judiciário é legal e se enquadra como mecanismo para redefinir a dignidade do poder jurídico violado.

Ademais, a favor da decisão o ministro Humberto Martins, discute que a administração pública, precisaria ter calculado recurso especial para atender a necessidade de suprimentos hospitalares, “cabendo ao Judiciário restar passivo frente a tais demandas e a omissão injustificada da administração em efetivar políticas públicas<sup>171</sup>”.

Nessa mesma direção, o ministro Luiz Fux defendeu que a ordem judicial de coleta de lixo, pois no momento em que prejudica a saúde, não há interferência do judiciário no âmbito da administração pública, considerando não haver condições do Estado diante dos direitos consolidados constitucionalmente, uma vez que “nesse campo a

---

<sup>169</sup> BRASIL. STJ – Resp 493.811 – Rel. Ministra Eliana Calmon – D.J.U. de 15.3.2004. [consult.3 jun. 2022] Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=441599&tipo=0&nreg=200201696195&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040315&formato=PDF&salvar=false>>.

<sup>170</sup> BRASIL. STJ – Resp 1.041.197 – Rel. Ministro Humberto Martins – D.J.U. de 16.9.2009. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6909418>>.

<sup>171</sup> Ibidem.

atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétreas<sup>172</sup>.

Dessa forma, nota-se que o Judiciário no Brasil evoluiu no sentido de combater questões de políticas públicas relacionada aos direitos fundamentais, sobretudo, em casos de inatividade ou falta de execução dos poderes escolhidos democraticamente pelo povo.

Todavia, as ofensas que o Judiciário tem sido submetido no que tange a decisões sobre questões que envolvem políticas públicas focais, sob pretexto de transgredir ao princípio da separação dos poderes, uma vez que não é um poder eleito por pelo voto do povo, e nesse sentido, não podendo interceder nessas questões específicas.

Outrossim, nessas questões observa-se que a transposição de decisões nessas questões de política pública, pelo Judiciário ocorre em decorrência do fenômeno de judicialização da política, que segundo a teoria da autorrestrição judicial, no texto da Constituição Federal de 1988, não se firma, uma vez que a partir da Constituição o Poder Judiciário tem uma importante atribuição no que diz respeito em garantia de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Ressalta-se que, o princípio da separação dos poderes deve ser concebido a partir da Constituição, tendo como base a concepção de poderes iguais entre os poderes, e não sob a concepção de divisão inflexível entre estes. Por isso, ao considerar a capacidade do Judiciário em interferir em políticas públicas, não se pretende dizer que o Judiciário é o redentor, nem como a única saída diante das questões urgentes que envolvem mudanças e transformações de políticas públicas voltada em minimizar as desigualdades sociais no país, mas que ele caminhe em sentido convergente aos outros poderes e que através da consolidação dos direitos fundamentais sociais, aprimorar o desenvolvimento do movimento democrático direitos existentes, nesse sentido, a garantia dos direitos sociais através da jurisdição constitucional, pode contribuir para o processo democrático.

Destarte, em base de poder estabelecido constitucionalmente, cabe a Corte Constitucional brasileira, em situação de ausência do Estado no desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais, exigir o desenvolvimento de políticas públicas, em vista de garantir que as camadas mais vulneráveis possam desfrutar dos direitos sociais, principalmente, os que se refere a saúde, educação, moradia, trabalho, dentre outros, que carecem paulatinamente de políticas públicas.

---

<sup>172</sup> BRASIL. STJ – Resp 575998 – Rel. Ministro Luiz Fux – D.J.U. de 16.11.2004. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7279034>>.

Considera-se que em que casos complexos, sobre direitos fundamentais sociais, como moradia, emprego, é difícil assegurar judicialmente que o todos os indivíduos usufruam em sua plenitude, contudo, o cidadão tem o direito de exigir e perceber se o governo tem buscado maneiras de implementar políticas públicas sucessivamente para fomento de efetivação desses direitos.

E nessas circunstâncias, não conseguindo o Estado comprovar que tem desempenhado essas políticas públicas, e que tendo a capacidade de recursos não o fez, então, poderá o Judiciário alegar que o Estado está infringindo a Constituição da República Federativa do Brasil.

Cabe destacar, que o cidadão tem direito a proteção dos mínimos sociais, e podendo o Poder Judiciário, através do controle difuso de constitucionalidade das leis, exigir a execução dos direitos sociais, embora de forma individual, a todos aqueles indivíduos que o acessarem, sobretudo, no que tange aos direitos que vistos como urgentes, e nesse sentido devem ser assegurados imediatamente, a destacar o direito a saúde, e a educação que não podem esperar.

Vale destacar que tendo o Legislativo, o Executivo e o Judiciário uma comunicação eficiente, estes primeiros poderão investigar as demandas mais emergenciais da sociedade, que na maioria das vezes, são deixadas de lado da agenda política, e buscar de forma imediata a garantia desses direitos, e por meio do Poder Judiciário, oportunizar políticas públicas sociais a longo prazo, à vista de garantir os direitos fundamentais ao maior número de cidadão

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se do exposto neste trabalho, que a discricionariedade administrativa vista sob o enfoque histórico esteve sempre vinculada com a relação do Estado com a legalidade. A saída do Estado de Polícia e a formação do Estado de Direito representou um significativo avanço na forma que o Estado editava os seus atos, visto que já se podia falar em controle da administração pelo aspecto da legalidade.

Não suficiente na efetivação e garantia dos direitos individuais, Estado o que antes era Liberal passou a ser Social, no qual a demanda por concretização dos direitos sociais e econômicos passou a exigir muito mais da Administração na aplicação dos princípios constitucionais, tornando o Estado um garantidor dos direitos sociais e promotor do bem estar social.

O Estado ainda carecia da legitimidade. O contexto do século XX levou a formação de um Estado Democrático de Direito, firmado na participação social na constituição das decisões e na legitimidade das ações do Estado no plano constitucional, o que condicionou o aperfeiçoamento das formas de efetivação do controle da Administração Pública, incluindo o controle no aspecto material do ato administrativo e não apenas a sua conformidade com a lei.

A discricionariedade administrativa em todos os momentos do Estado de Direito foi conformada à legalidade, saindo do momento em que a legalidade era puramente formal até o momento atual em que o princípio da legalidade foi alargado e passou a compreender todo o sistema jurídico albergando e dando exigibilidade aos princípios, que, por conseguinte tornou a discricionariedade limitada pelo Direito e não apenas pela legalidade pura e simples.

A identificação das características da discricionariedade e dos aspectos que a fundamentam se apresentam como um importante meio de se justificar a manutenção deste poder no contexto dos poderes atribuídos a um Estado de Direito. Já que ao concretizar os fins do Estado a Administração Pública se encontra dotada de prerrogativas e sujeições que exigem uma atuação proporcional e razoável na concretização das atividades administrativas.

A concepção e importância deste poder dentro da esfera de atribuições da Administração Pública exigem que o administrador tenha domínio do momento em que ela realmente se faz necessária e dos aspectos que a distinguem das demais atividades administrativas.

Com efeito, este trabalho buscou fazer uma distinção entre a atividade de interpretação comum a todos os aplicadores do direito e quando se apresenta uma

oportunidade de aplicação do poder discricionário na edição de atos pela administração, ou seja, quando a situação fática exige uma simples interpretação ou quando da interpretação é possível uma escolha pela administração de situações válidas perante o direito segundo critério de oportunidade e conveniência.

Chegando-se à conclusão que a atividade interpretativa está presente na concepção do momento de aplicação do poder discricionário, sendo esta última análise feita após o processo interpretativo. Se a norma jurídica após a atividade interpretativa der margem para a escolha de soluções válidas cujos critérios serão analisados sob o crivo da oportunidade e conveniência estar-se-á no âmbito de aplicação do poder discricionário, se restar identificado que, após a interpretação, só há uma forma de aplicação legal do direito, não ficou caracterizada a oportunidade de aplicação da discricionariedade.

Além da distinção entre a atividade interpretativa e a discricionária, também foi levantado o questionamento de quando a discricionariedade se faz presente diante dos conceitos jurídicos indeterminados, também ligada a atividade interpretativa de conceitos em que a discricionariedade se apresenta após esta interpretação realizada.

Estes primeiros momentos de definição dos limites da discricionariedade foram pressupostos fundamentais para a compreensão da abrangência do controle do Poder Judiciário sobre a discricionariedade administrativa. Partindo-se do pressuposto da adoção do princípio da inafastabilidade da jurisdição, previsto no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, e dos princípios da República que garantem equilíbrio no controle de um poder sobre o outro, firmou-se entendimento acerca das teorias ampliativas do controle judicial da discricionariedade administrativa, cuja origem se deu no âmbito doutrinário e jurisprudencial seguindo a lógica do momento pós-positivista que se encontra o sistema jurídico constitucional.

Observa-se a incorporação de todas as doutrinas ampliativas no contexto jurídico brasileiro, tendo como momento significativo a promulgação da Constituição Federal de 1988 insculpida nos moldes principiológicos que tornaram possível a identificação de um sistema jurídico que alberga valores como a moralidade, a razoabilidade, a proporcionalidade, eficiência, probidade e tantos outros que de forma implícita ou explícita vinculam a atividade administrativa e concorrem para a efetivação de dos direitos sociais e individuais.

Assim, destacou-se a existência de uma limitação à discricionariedade administrativa em privilégio da abrangência do controle judicial sobre esta discricionariedade, apontando os meios para a sindicabilidade dos atos editados sob a

competência discricionária do administrador. A juridicidade dos princípios como forma de limitação da discricionariedade foi destaque na abordagem da ampliação da legalidade juntamente com a teoria do desvio de poder ou finalidade e a teoria dos motivos determinantes, todas identificadas como forma de obstar ilegalidades e abusos por parte do Estado.

Todavia é oportuno destacar que não se pretende defender um controle irrestrito à discricionariedade, mas apenas identificar que é possível um controle dos meios que possibilitaram a edição do ato. Conhecendo-se os pressupostos de fato e de direito é possível à averiguação se tal ato é compatível com os princípios que orientam o sistema jurídico vigente. O que não mais se concebe é manutenção de práticas administrativas que embora amparadas pela lei positivada firam direitos e atinjam finalidade não desejada pelo direito.

Neste enfoque é possível afirmar que o controle levado a efeito pelo Judiciário não é absoluto, não corresponde aos fundamentos da República a substituição da atividade administrativa pelo órgão do Judiciário, feriria a Separação dos Poderes e o equilíbrio do Estado.

Assim, possivelmente, a conclusão mais importante que se extraiu da pesquisa realizada, não foi outra senão a de que o direito, por meio, especialmente, de sua farta doutrina nacional, inclusive a exposta neste trabalho, tem ressaltado a busca por meios de garantir que a Administração Pública respeite a legalidade e todos os princípios que norteiam a atividade administrativa, sempre com vistas a rechaçar as arbitrariedades e proporcionar aos administrados o alcance dos fins almejados pela sociedade brasileira, reconhecidos e garantidos pela Constituição Federal.

As imposições constitucionais, quanto ao aumento dos deveres estatais, avançaram movendo o olhar para os demais ramos do direito, antes voltados apenas para o Direito do Trabalho e o Previdenciário. Hoje os princípios irradiam direitos a todo o sistema, sem a necessidade de positivação rígida e prévia nos textos legais, apenas os princípios são capazes de atribuir dever ao Estado e garantir aos cidadãos a sua exigência através dos serviços públicos oferecidos.

Na busca realizada pelo direito em solo brasileiro e português, demonstrou-se imprescindível na defesa da ordem jurídica e dos direitos dos administrados diante das prerrogativas atribuídas à Administração, quando em seus julgados tem estabelecido que a Administração Pública deve atuar de forma eficiente, cumpridora de seus deveres e dos preceitos normativos em sentido amplo, buscando tornar concretos os fins desejados pelo direito.

Nessa atuada a jornada desse trabalho identificou que a formulação de políticas públicas esbarra na discricionariedade do legislador. O controle judicial de tais leis são realizadas por meio de controle concentrado ou em sede de ação civil pública, podendo declará-las incompatíveis com a finalidade almejada pelo legislador originário, mas não poderá substituir o espaço destinado à discricção legislativa com risco de substituição de um poder pelo outro.

De fato, no Brasil a orientação expressa do STF, já colacionado nesse trabalho é no sentido de limitação da atividade positiva do Poder Judiciário, posto se encontrar jungida pela própria Constituição Federal.

Ressalta-se que é da natureza do Poder Judiciário interferir sobre o exercício das atividades dos demais poderes, posto ser esta a função de verificar se atividade dos demais poderes é compatível com a Constituição Federal.

Torna-se compatível com a democracia, dentro do sistema de separação dos poderes a intervenção do Poder Judiciários sobre as políticas públicas quando não existir reserva de lei e não houver deixado a lei, discricionariedade ao Poder Executivo, sendo observado os requisitos para a existência do controle judicial sobre os atos administrativos, incluindo as políticas públicas.

As demandas da sociedade na área social e econômica para a sua implementação são colhidas pelos representantes eleitos, através do voto, possuem legitimidade e conhecimento para indicar as verdadeiras prioridades aos cidadãos. A substituição de forma desordenada da indicação de políticas públicas seria oportunizar quem não tem representatividade através do voto faça a eleição das prioridades do Estado na execução de políticas públicas.

Bem como foi possível colacionar aqui outros argumentos que trazem ao debate motivações para a cautela em relação ao ativismo judicial e o controle judicial de políticas públicas.

Por fim, é evidente que a discussão sobre o tema não encerra aqui, antes suspeita-se que estão sendo criadas bases para novos e intensos debates sobre a manutenção deste poder no ordenamento jurídico e o alargamento do controle judicial sobre os atos discricionários da administração, o que representará um impulso para o desenvolvimento da ciência jurídica, em especial do Direito Administrativo.

# REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

## 1 ARTIGOS

ARANTES, Rogério Bastos. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: Rachel Sieder, Line Schjolden, Alan Angell. *The Judicialization of Politics in Latin America*. NovaYork: Palgrave Macmillan, 2006.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. *Fordham Law Review*, v. 75, n. 2, 2006, p. 723. [consult. 03 jun. 2022] Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=951610>>.

MARQUES, João Batista. A gestão pública moderna e a credibilidade nas políticas públicas. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 40, n. 158, p. 219-225, abr./jun. 2003, p. 22

MENDES, Cynthia Trevilatto de Vasconcelos. Aspectos do controle judicial da discricionariedade administrativa no Brasil: teorias ampliadas. In: *Direito Público – Perspectivas e atualidades*. In: Wilba Lúcia Maia Bernardes, Glenda Rose Gonçalves Chaves e Diogo Luna Moureira, Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

ROZAS, Luiza Barros. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1123, 29 jul. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8715>>. Acesso em: 14 jan. 2013.

STRECK. Lênio. *Ativismo judicial não é bom para a democracia*. Consultor Jurídico. [consult. 2 jan. 2013] Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/entrevista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>>.

## 2 DOUTRINA

ABRAÃO, José Carlos. *Controle dos Atos Administrativos*. Limites à discricionariedade. 2006. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Faculdade Estadual de Direito do Norte- Pioneiro, Universidade Estadual do Paraná (UNESPAR), Jacarezinho.

ANTÔNIO, Isa. *Manual teórico-prático de direito administrativo*. 3ª ed. - Coimbra: Almedina, 2021.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais*. São Paulo: Saraiva, 1995.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Revista Direito GV, São Paulo. Jan-Jun, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz, KOZICKI, Katya. *Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas*. Revista Direito GV, São Paulo. Jan-Jun, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estado de Direito*. Fundação Mário Soares. Lisboa: Gradiva Produções, Ida, 1. ed., 1999.

CHAIB, Liana. *O princípio da proporcionalidade no controle do ato administrativo*. São Paulo: LTr, 2008.

DIAS, Jean Carlos. *Políticas públicas e questão ambiental*. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 8, n. 31, p. 117-135, jul./set. 2003.

DIAS, José Figueiredo, OLIVEIRA, Fernanda Paula. *Noções fundamentais de direito administrativo*. 5º ed. Coimbra: Almedina, 2021.

DICKSON, Brice. Judicial Activism in The House of Lords 1995-2007. In: DICKSON, Brice (Ed.) *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. NewYork: Oxford University Press, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*. Traduzido para o espanhol por Marta Guastavino. 5. reimp. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FREITAS, Juarez. *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa Administração Pública*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 4. ed. rev. da tradução. São Paulo: RT, 2006.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um Direito Constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LEITE, Luciano Ferreira. *Interpretação e discricionariedade*. São Paulo: RSC Editora, 2006.

LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e controle judicial*. São Paulo; Ed. Revista dos Tribunais, 1981.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Judiciário, democracia, políticas públicas*. Revista de Informação Legislativa, a. 31, n.122, 1994.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. *Sentidos da Judicialização da Política: duas análises*. Lua Nova, n. 57, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação Civil Pública: Lei 7.347 – 15 anos*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2001.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 2.ed. São Paulo, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26<sup>o</sup> ed. São Paulo. Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2<sup>o</sup> ed, 11<sup>a</sup> tiragem. São Paulo. Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *A constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legalidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PALUDO, Augustinho Vicente. *Administração pública: teorias e questões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

PEGORARO, Luiz Nunes. *Controle Jurisdicional dos atos Administrativos Discricionários*. Campinas, SP: Servanda Editora, 2010.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas. 2009.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 3<sup>a</sup> ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SUNSTEIN, Cass R. *The Second Bill of Rights: FDR's Unfinished Revolution and Why we Need it More than Ever*. Nova York: Basic Books, 2004.

VERBICARO, Loiane Prado. *Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil*. Revista DireitoGV, n. 4, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck, BURGOS, Marcelo Baumann, SALLES, Paula Martins. *Dezessete anos de judicialização da política*. Rev.Tempo Soc., São Paulo, v. 19, n. 2, nov. 2007.

WOLFE, Christopher. *Judicial Activism: Bulwark of Freedom or Precarious Security?*. Maryland: Rowman & Littlefield Publishers, 1997.

### **3 JURISPRUDÊNCIA**

BRASIL. STF – AgRgRE 464.143 – Rel. Ministra Ellen Gracie – DJU 19.2.2010. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – AgRgRE 603.575 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 14.5.2010. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – MS 26602 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 17.10.2008. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – MS 26604 – Rel. Ministra Carmen Lúcia –DJU 3.10.2008. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – MS26603 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 18.12.2008. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – RE 436.996 – Rel. Ministro Celso de Mello – DJU 3.2.2006. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – RE 594.018 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 7.8.2009. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STF – AgRgRE 595.595 – Rel. Ministro Eros Grau – DJU 29.5.2009. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <[www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br)>.

BRASIL. STJ – Resp 575998 – Rel. Ministro Luiz Fux – D.J.U. de 16.11.2004. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/7279034>>.

BRASIL. STJ – Resp 493.811 – Rel. Ministra Eliana Calmon – D.J.U. de 15.3.2004. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=441599&tipo=0&nreg=200201696195&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20040315&formato=PDF&salvar=false>>.

BRASIL. STJ – Resp 1.041.197 – Rel. Ministro Humberto Martins – D.J.U. de 16.9.2009. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/6909418>>.

BRASIL. STF – SL 47 – Rel. Ministro Gilmar Mendes – D.J.U. 30.4.2010. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=610254>>.

BRASIL STF – RE 436.996 – Rel. Ministro Celso de Mello – D.J.U. de 3.2.2006. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/14786430>>.

BRASIL. STF – ADPF 45 – Rel. Ministro Celso de Mello – D.J.U. de 29.04.2004. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>>.

BRASIL. STF – ADI-MC 2213/DF – Rel. Min. Celso de Melo – D.J.U. 04/04/2002. [consult. 3 jun. 2022] Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>>.

## 4 LEGISLAÇÃO

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Constituição Federal. Vade mecum Saraiva. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.



--