

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO – PUC/SP

Francisca Raili dos Santos Araújo

O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz dos princípios da
razoabilidade e proporcionalidade: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e
Superior Tribunal de Justiça

SÃO PAULO

2024

Francisca Raili dos Santos Araújo

O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/COGEAE, como exigência parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Administrativo, sob a orientação da Prof.^a Me. Vanessa de Oliveira Ferreira.

SÃO PAULO

2024

Francisca Raili dos Santos Araújo

O controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz dos princípios da
razoabilidade e proporcionalidade: jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e
Superior Tribunal de Justiça

Monografia apresentada à Banca Examinadora
da Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo/COGEAE, como exigência parcial para
obtenção do título de Especialista em Direito
Administrativo, sob a orientação da Prof.^a Me.
Vanessa de Oliveira Ferreira.

Data da aprovação ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Professor (a) Orientador (a)

Membro da Banca

Membro da Banca

SÃO PAULO

2024

AGRADECIMENTOS

A Jesus Cristo, amigo fiel em todas as horas. Socorro bem presente no momento da adversidade, que me deu todas as condições necessárias para concluir essa fase tão importante em meu caminho profissional.

Ao meu esposo Jefferson, pelo incentivo, acolhimento, amor e companheirismo diários.

À minha família e amigos, pela compreensão, pelas palavras de sabedoria e pelo apoio nos dias em que eu pensava em desistir de ir até o fim.

Aos colegas do escritório PMMF Advogados, pelas dicas, incentivo e por toda a ajuda valiosa até aqui.

À professora Vanessa, a quem admiro desde a primeira aula que tive com ela, e que, com alegria, aceitou a tarefa de me orientar na elaboração deste trabalho. Sou imensamente grata pelas correções, sugestões, apontamentos, palavras de incentivo e pela paciência demonstrada comigo durante todos estes meses.

À Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e a todo o qualificado corpo docente com quem tive a oportunidade de aprender durante este período de dois anos. Agradeço por cada ensino, pelo rico arcabouço bibliográfico compartilhado e por cada colaborador que me auxiliou sempre que precisei.

RESUMO

O presente trabalho científico analisa a possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, com enfoque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. O estudo tem como objetivo demonstrar que a discricionariedade administrativa não constitui um poder absoluto, devendo ser exercida dentro dos limites da legalidade e balizada pelos mencionados princípios jurídicos. A pesquisa utilizou o método dedutivo, com base em revisão bibliográfica e análise de decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores brasileiros. A partir de uma abordagem doutrinária e jurisprudencial, constatou-se que os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade são ferramentas indispensáveis para o Poder Judiciário verificar, em sede de controle, a compatibilidade dos atos administrativos discricionários com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico como um todo, sem que isso represente invasão da competência atribuída ao Poder Executivo. Conclui-se que o controle judicial de tais atos garante que a atuação administrativa esteja orientada à concretização do interesse público e ao respeito aos direitos fundamentais, em conformidade com os valores e objetivos do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: controle jurisdicional; discricionariedade administrativa; princípios; razoabilidade; proporcionalidade; jurisprudência; Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

This scientific study examines the possibility of judicial review of discretionary administrative acts in light of the principles of reasonableness and proportionality, with special focus on the case law (jurisprudence) of the Federal Supreme Court (Supremo Tribunal Federal) and the Superior Court of Justice (Superior Tribunal de Justiça). The objective is to demonstrate that administrative discretion does not constitute an absolute power and must be exercised within the bounds of the law, guided by the aforementioned legal principles. This research adopted the deductive method, based on a literature review and an analysis of judicial decisions handed down by Brazil's highest courts. From a doctrinal and jurisprudential standpoint, it was found that the principles of reasonableness and proportionality are indispensable tools for the Judiciary to verify, in the course of review, the compatibility of discretionary administrative acts with the Federal Constitution and the body of law as a whole, without encroaching on the Executive Branch's authority. The conclusion is that judicial scrutiny of these acts ensures that administrative action is geared toward fulfilling the public interest and upholding fundamental rights, in accordance with the values and objectives of the Democratic Rule of Law.

Keywords: judicial review; administrative discretion; principles; reasonableness; proportionality; case law; Federal Supreme Court; Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	
1. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	
1.1 Função administrativa.....	
1.2 Regime jurídico administrativo.....	
1.3 Princípios da administração pública: legalidade e motivação.....	
2. ATO ADMINISTRATIVO.....	
2.1 Conceito de ato administrativo.....	
2.2 Elementos e pressupostos do ato administrativo.....	
2.3 Atos administrativos vinculados.....	
2.4 Atos administrativos discricionários: conceito, fundamentos e limites à discricionariedade administrativa.....	
3. OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	
3.1 O princípio da razoabilidade.....	
3.2 O princípio da proporcionalidade.....	
3.2.1 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.....	
4. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	
4.1 Controle judicial da administração pública: o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação dos poderes.....	
4.2 O desvio de finalidade ou desvio de poder.....	
4.3 A teoria dos motivos determinantes.....	
4.4 O exame da causa do ato e a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.....	

5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS.....

5.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....

5.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....

CONCLUSÃO.....

REFERÊNCIAS.....

INTRODUÇÃO

Uma das bases que compõem a democracia moderna é a divisão funcional do Estado em órgãos, os quais são comumente designados, a exemplo do Brasil, como Poderes Estatais. As primeiras bases teóricas para a ideia de “tripartição de poderes” foram lançadas na antiguidade grega pelo filósofo Aristóteles, em sua obra chamada *Política*¹, por meio da qual o pensador entrevia a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano.

Para Aristóteles, as três funções do Estado seriam: a de editar normas gerais que seriam observadas por todos; a de aplicar as mencionadas normas ao caso concreto; e a de julgamento, ocasião em que seriam resolvidos os conflitos oriundos da execução das normas gerais aplicadas nos casos concretos.

Ainda sob a ótica aristotélica, defendia-se a concentração do exercício de tais funções em uma única pessoa, o soberano, que detinha poder incontestável de mando, haja vista que era ele quem editava atos normativos gerais, aplicava-os no caso concreto e, monocraticamente, também julgava os litígios que eventualmente decorriam da aplicação da lei.

Muito tempo depois, a ideia de Aristóteles foi aprimorada pelo Barão de Montesquieu em sua conhecida obra *O Espírito das Leis*. Montesquieu demarcou a atual divisão funcional dos Estados defendendo que as funções estatais identificadas pela teoria aristotélica estariam intimamente conectadas a três órgãos distintos, autônomos e independentes entre si, quais sejam: legislativo, executivo e judiciário.

Sob esta ótica, cada função corresponderia a um órgão, não mais permanecendo concentradas exclusivamente nas mãos do soberano. Este pensamento se transformou em dogma por meio do art. 16, da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão², de 1789, assim como foi incorporado à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988³, por via do seu art. 2º.

Segundo esta teoria, que posteriormente se tornou verdadeiro dogma constitucional, cada poder deveria exercer uma função típica, inerente à sua natureza,

¹ ARISTÓTELES. **A política**. Editora Martins Fontes, p. 113

² Art. 16.º - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

³ Constituição Federal. Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

de forma independente e autônoma, de modo que não seria mais possível a um único órgão legislar, aplicar a lei e julgar, como se observava no sistema político absolutista. Além disso, cada poder também poderia exercer funções atípicas, ainda que restritivamente, a fim de viabilizar o equilíbrio mediante o chamado mecanismo de “freios e contrapesos”.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello destacou o seguinte:

Dentro desta construção ideológica, que ganhou enorme e proveitosa aceitação, é fundamental dividir-se o exercício destas aludidas funções entre diferentes órgãos. Sem embargo, nos vários Direitos Constitucionais positivos - e assim também no brasileiro - sua distribuição não se processa de maneira a preservar com higidez absoluta a exclusividade de cada órgão no desempenho da função que lhe confere o nome. Esta solução normativa de estabelecer contemperamentos resultaria, ao menos no início, do explícito propósito de compor os chamados “freios e contrapesos”, mecanismo por força do qual, atribuindo-se a uns, embora restritamente, funções que em tese corresponderiam a outros, pretende-se promover um equilíbrio mais bem articulado entre os chamados “poderes”, isto é, entre os órgãos do Poder, pois, na verdade, o Poder é uno (MELLO, 2023, p. 33)

De fato, a finalidade da separação dos poderes é permitir controles recíprocos entre os órgãos estatais, de modo a impedir a concentração de poderes, como forma de preservar as liberdades individuais contra abusos e tiranias dos governantes. Seu objetivo é eliminar a tendência absolutista de exercício de poder político pela mesma pessoa ou grupo de pessoas, garantindo que a divisão do poder entre órgãos estatais dotados de independência sirva para evitar o despotismo e minimizar os riscos de abusos.

Frise-se que o direito que a Administração tem de agir não se fundamenta na existência de um poder previamente estabelecido. Pelo contrário, é a existência de deveres públicos e a obrigatoriedade de cumpri-los que atrai e justifica a necessidade de um poder meramente instrumental na exata extensão em que se faça necessário para a concretização do interesse público.

Importante notar que os controles mútuos entre os poderes precisam ser exercidos dentro dos limites estabelecidos explicitamente pela Constituição Federal. Quando esses limites são desrespeitados, ocorre uma clara violação do equilíbrio existente entre eles, bem como dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Neste contexto, tem-se o controle jurisdicional da Administração Pública, que constitui temática amplamente explorada por doutrinadores pátrios e estrangeiros. A importância do tema decorre do fato de que, embora constitua um poder independente

(executivo), a atividade exercida pela administração pública tende a ser reiteradamente questionada, especialmente quando se trata de sua atuação no campo da competência discricionária.

Como, então, delinear com precisão os contornos da discricionariedade administrativa, de modo a definir qual o campo de atuação possível para o controle jurisdicional sobre os atos por ela praticados?

Portanto, o presente trabalho tem como objetivo identificar em quais ocasiões é admitido ao Poder Judiciário, notadamente à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, exercer controle sobre atos administrativos discricionários, buscando-se entender o posicionamento atual do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria, mediante a análise de casos concretos de sua jurisprudência consolidada.

O presente trabalho será agrupado em cinco capítulos. No primeiro capítulo serão traçadas linhas gerais acerca da função administrativa, do regime jurídico administrativo e de alguns dos princípios mais relacionados ao tema, notadamente os princípios da legalidade e motivação.

Em um segundo momento será estudado o conceito do ato administrativo, seus elementos e pressupostos. Disso, parte-se para a definição de ato administrativo vinculado e sua diferenciação com o ato administrativo discricionário. Por fim, sobre este último, será apresentado seu conceito, fundamentos e os limites existentes à discricionariedade.

O terceiro capítulo tratará, inicialmente, do princípio da razoabilidade. Ao cabo, será abordado o princípio da proporcionalidade e os critérios de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito na análise da legitimidade dos atos administrativos discricionários.

Em seguida, o quarto capítulo será responsável por expor a problemática do controle judicial da Administração Pública, partindo-se da dissecação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e separação dos poderes. Ato contínuo, se tratará da teoria do desvio de finalidade e da teoria dos motivos determinantes, como instrumentos para o controle judicial dos atos administrativos discricionários.

A conclusão do referido capítulo se dará com a exposição de como os princípios da razoabilidade e proporcionalidade podem ser utilizados pelo Poder Judiciário, no caso concreto, à luz da causa (elemento) do ato administrativo, como mecanismos de controle dos atos administrativos discricionários.

Por fim, caberá ao capítulo cinco expor o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça acerca da temática, ocasião em que serão esmiuçados casos concretos julgados por estas cortes superiores.

Para tanto, será adotada a metodologia dedutiva, que será manifestada por meio da análise dos vários posicionamentos doutrinários sobre o tema, em conjunto com o estudo das decisões proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário brasileiro, extraindo-se disto as conclusões alcançadas pelo trabalho.

1. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA

1.1 Função administrativa

Como dito, a teoria da separação dos poderes estatais aprofundada por Montesquieu defendia que, para evitar que o poder se concentrasse nas mãos de uma única pessoa - considerando que quem detém o poder tende a dele abusá-lo - era necessário distribuir as competências do Estado entre três funções básicas ao modelo de Estado Constitucional. Assim, cada braço do poder seria capaz de controlar os demais, visando prevenir usurpações, desvios e excessos.

Posteriormente, o modelo de separação rígida dos poderes foi dinamizado com o objetivo de melhor articular a relação entre eles, de modo que o sistema de freios e contrapesos passou a contar com o exercício de funções típicas e de funções atípicas pelos três ramos, atribuindo-se a cada poder certas funções que primordialmente pertencem aos demais.

A separação das funções estatais passou a ser realizada a partir do critério da preponderância, e não da exclusividade. Significa dizer que cada um dos poderes exerce, de maneira típica, a função que lhe dá o nome, e, de maneira atípica, as funções que são normalmente desempenhadas pelos outros poderes.

É o que se extrai das palavras de José dos Santos Carvalho Filho:

Entretanto, não há exclusividade no exercício das funções pelos Poderes. Há, sim, preponderância. As linhas definidoras das funções exercidas pelos Poderes têm caráter político e figuram na Constituição. Aliás, é nesse sentido que se há de entender a independência e a harmonia entre eles: se, de um lado, possuem sua própria estrutura, não se subordinando a qualquer outro, devem objetivar, ainda, os fins colimados pela Constituição (CARVALHO FILHO, 2024, p. 2)

Como sabido, os poderes do Estado estão estabelecidos de forma expressa no artigo 2º, da Constituição Federal de 1988⁴, e a cada um deles cabe preponderantemente o exercício de funções típicas. Assim, o Poder Legislativo exerce a função direta e imediata de legislar, através do Congresso Nacional, além de fiscalizar os próprios atos e julgar as contas anuais do Poder Executivo.

⁴ Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Já o Poder Executivo desempenha as funções de chefia de governo e de administração dos serviços públicos (função administrativa), personalizada na pessoa do Presidente da República, dos Governadores dos Estados e dos Prefeitos dos Municípios. Portanto, cabe-lhe, no plano interno, realizar a função direta, concreta e imediata de aplicar a lei, cujos atos estão sujeitos à revisão judicial.

Por sua vez, o Poder Judiciário é tido como um poder clássico cuja autonomia e independência são de importância crescente no atual Estado Democrático de Direito. Justamente para permitir essa independência de atuação é que foram criadas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos dos magistrados, além da autonomia administrativa e financeira.

A este poder compete tipicamente apreciar e julgar os conflitos que lhe são submetidos decorrentes da aplicação das leis, evitando a autotutela dos cidadãos. Ademais, realiza o controle de constitucionalidade dos atos normativos elaborados e aprovados pelo Poder Legislativo, bem como da Constituição Federal, uma vez que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito⁵”.

Os três poderes também se incumbem de exercer funções atípicas, que servem como mecanismo de garantia da igualdade entre eles e para evitar abusos. Acima de tudo, o objetivo da Constituição Federal ao estabelecer tais funções é defender o Estado Democrático, os direitos fundamentais e a própria separação dos poderes.

Neste contexto, o Poder Legislativo atipicamente possui função de controle em relação ao Poder Judiciário participando da escolha dos membros dos tribunais superiores (CF, art. 101, parágrafo único⁶ e art. 104, parágrafo único⁷), julgando os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) nos crimes de responsabilidade (CF, art.

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Artigo 5º, inciso XXXV.

⁶ Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

⁷ Art. 104. O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros.

Parágrafo único. Os Ministros do Superior Tribunal de Justiça serão nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de setenta anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal

52, II⁸), fiscalizando como são gerenciados os recursos públicos pelo Poder Judiciário (CF, art. 71, II⁹), dentre outras atividades.

O Poder Executivo, por seu turno, possui atribuição de legislar por meio da elaboração de Medidas Provisórias, além da tarefa de julgamento na seara do contencioso administrativo. Sem prejuízo disso, atua nomeando os ministros do STF e dos demais tribunais superiores (CF, art. 84, XIV¹⁰), escolhendo os ministros do Tribunal de Contas da União e participando do processo legislativo mediante sanção ou veto de projetos de lei aprovados (CF, art. 84, IV e V¹¹).

Por fim, as principais funções atípicas do Poder Judiciário são a de legislar, com competência exclusiva para elaborar regimentos internos dos respectivos órgãos jurisdicionais, e a de administração no que toca à gerência de sua própria estrutura interna, o que envolve tarefas como a gestão de pessoal, realização de concursos públicos e planejamento orçamentário.

Apresentado o panorama supérfluo das funções estatais (legislativa, administrativa e jurisdicional), passa-se ao aprofundamento especificamente da noção de função administrativa, cujo entendimento será de importância singular para o desenvolvimento deste estudo.

Segundo afirma Marçal Justen Filho, a função administrativa pode ser definida como sendo:

⁸ Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade;

⁹ Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

¹⁰ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

XIV - nomear, após aprovação pelo Senado Federal, os Ministros do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais Superiores, os Governadores de Territórios, o Procurador-Geral da República, o presidente e os diretores do banco central e outros servidores, quando determinado em lei;

¹¹ Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

V - vetar projetos de lei, total ou parcialmente;

[...] o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de direitos fundamentais oponíveis ao Estado, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente, exercitados sob regime jurídico infralegal e que se exteriorizam em decisões destituídas de natureza jurisdicional. Em primeiro lugar a função administrativa do Estado deve ser compreendida como um conjunto de poderes jurídicos que compreendem atividades materiais e a formulação de comandos relativamente à conduta alheia, impondo-se aos terceiros o dever de respeitar e submeter-se ao conteúdo das decisões e dos atos praticados pelo titular da função estatal (JUSTEN FILHO, 2024, p. 16).

Pragmaticamente, a função administrativa tem sido considerada de caráter residual, haja vista que não se presta a elaborar normas gerais como faz o Legislativo, nem tampouco a solucionar conflitos em casos concretos, a exemplo do Judiciário. Visa, portanto, garantir que os serviços e atividades necessários ao bem-estar social sejam oferecidos de maneira eficiente e transparente. É função que pode ser exercida pelo Estado ou por seus delegados, devendo obedecer à ordem constitucional e legal, e cuja finalidade é alcançar os fins consagrados pela ordem jurídica.

Apesar de não se ignorar que a conceituação de função administrativa não é tarefa fácil, em razão da evolução do Estado e da sociedade, bem como da existência de funções atípicas sendo exercidas pelos três poderes, o fato é que se faz necessário apresentar os contornos gerais propostos pela doutrina majoritária acerca deste conceito, com o objetivo de melhor se compreender a ideia de controle jurisdicional dos atos que decorrem do exercício dessa função.

É importante lembrar que o exercício da função administrativa, longe de consubstanciar um verdadeiro poder, tem a natureza de um mero dever instrumental. Trata-se de atividade exercida por aquele que não é senhor absoluto, e tem por característica central a vinculação, não à vontade individual do gestor público, mas, a um fim coletivo.

A evolução do Estado Social para o Estado Democrático de Direito exigiu que o exercício da função administrativa seja encarado como mero instrumento necessário à promoção e satisfação dos direitos fundamentais. Há muito se transpôs o dogma da teórica inviolabilidade da supremacia do interesse público sobre o privado, dogma este muitas vezes utilizado como fundamento para legitimar atos administrativos claramente desproporcionais e desarrazoados (ilegais).

Isso porque, a relativização da dicotomia entre as esferas pública e privada, aliada à democratização da defesa do interesse público e à complexidade da sociedade contemporânea tem levado à concepção e fortalecimento da ideia de desconstrução do referido princípio.

Por meio de trabalho pioneiro no Brasil¹², Humberto Bergmann Ávila afirmou que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não se identifica com o bem comum, mas, antes, estabelece uma regra de preferência em favor do interesse público. Confira-se:

Em vez de o debatido 'princípio' instituir uma decisão valorativa sobre interesses ou bens e direcionar a aplicação de outras normas, como qualquer norma-princípio, ele direciona o processo recíproco e dialético da ponderação [...] por meio de uma regra abstrata de prevalência em favor do interesse público ou o limita intensamente (ÁVILA, 2007, p. 16).

Esta regra de preferência, estabelecida *a priori* em favor do interesse público, e indiferente às possibilidades fáticas e normativas de cada caso concreto, acaba por excluir a necessidade de ponderação entre as diferentes opções de solução do conflito entre interesses público e privado, cuja consequência é a automática prevalência do interesse público em detrimento do interesse privado, ainda que se trate de direito fundamental do indivíduo.

De acordo com o autor, não existem fundamentos jurídicos para que a supremacia do interesse público seja considerada uma norma-princípio. Tal afirmativa deve-se ao fato de que a Constituição Federal de 1988, em diversas passagens, partindo da dignidade da pessoa humana, protege a esfera individual de interesses (ex.: arts. 1º e 5º)¹³. Assim, não é correto afirmar que, em decorrência de uma interpretação sistemática das normas constitucionais, exista uma prevalência necessária e automática do interesse público.

¹² ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>. Acesso em: 31 out. 2024.

¹³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I - a soberania;
- II - a cidadania;
- III - a dignidade da pessoa humana;
- IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...]

Ademais, o termo “interesse público” é abstrato, indeterminado. É inviável, em termos objetivos, descrever o que seja interesse público, até porque o conceito de interesse público não necessariamente se opõe ao de interesse privado. A aproximação entre Estado e sociedade demonstra bem este cenário, especialmente quando se constata que a atuação da administração pública deve pautar-se pela defesa e promoção dos direitos fundamentais, assim como pelo respeito à dignidade da pessoa humana.

Para Humberto Bergmann Ávila, o interesse público é indissociável do interesse privado, uma vez que ambos são consagrados na Constituição Federal, pelo que os elementos privados estariam incluídos nas finalidades do Estado. Além disso, a ideia de supremacia do interesse público seria incompatível com outras normas consagradas no texto constitucional, a exemplo do dever de proporcionalidade na atuação estatal.

Deste modo, em vez de uma relação de contradição entre interesses público e privado, o autor defende que existe, na verdade, uma conexão estrutural entre ambos. Portanto, se tais interesses são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro resta prejudicada:

Se eles — o interesse público e o privado — são conceitualmente inseparáveis, a prevalência de um sobre o outro fica prejudicada, bem como a contradição entre ambos. A verificação de que a administração deve orientar-se sob o influxo de interesses públicos não significa, nem poderia significar, que se estabeleça uma relação de prevalência entre os interesses públicos e privados. Interesse público como finalidade fundamental da atividade estatal e supremacia do interesse público sobre o particular não denotam o mesmo significado. O interesse público e os interesses privados não estão principalmente em conflito, como pressupõe uma relação de prevalência (ÁVILA, 2007, p. 14).

Alexandre Santos de Aragão, em harmonia com o pensamento de Humberto Bergmann Ávila, afirma que não existe uma norma geral constitucional ou legal que consagre a prevalência do interesse público sobre o privado. Assim, eventual conflito existente entre estes interesses somente poderia ser resolvido através da ponderação diante de cada caso concreto. Senão, vejamos:

Concordamos com as críticas ao princípio da supremacia do interesse público. De fato, as situações disciplinadas pelo direito público são muito mais complexas do que aquela que poderia ser resolvida por uma abstrata e geral prevalência do interesse público sobre o interesse privado. O que deve ser feito é ponderar os diversos interesses juridicamente tutelados que estiverem

em jogo, sejam eles públicos ou privados, ponderação esta que só pode ser realizada diante de cada situação (ARAGÃO, 2013, p. 83).

Embora a Constituição Federal ou as leis, em alguns casos, ponderem previamente os interesses envolvidos em determinadas situações, e deem preponderância ao interesse público, essa preponderância não pode ser estendida de forma automática para circunstâncias para as quais não houve ponderação prévia. Não se pode admitir que a atuação estatal esteja baseada em um abstrato e indecifrável interesse público, o que poderia culminar em atitudes arbitrárias do Estado em detrimento dos direitos elementares dos cidadãos.

Ao tratar do tema, Daniel Sarmento destaca que:

[...] com grande frequência, a correta intelecção do que seja o interesse público vai apontar não para a ocorrência de colisão, mas sim para a convergência entre este e os interesses legítimos dos indivíduos, sobretudo aqueles que se qualificarem como direitos fundamentais. Isto porque, embora os direitos fundamentais tenham valor intrínseco, independente das vantagens coletivas eventualmente associadas à sua promoção, é fato inconteste que a sua garantia, na maior parte dos casos, favorece, e não prejudica, o bem-estar geral. As sociedades que primam pelo respeito aos direitos dos seus membros são, de regra, muito mais estáveis, seguras, harmônicas e prósperas do que aquelas em que tais direitos são sistematicamente violados (SARMENTO, 2007, p. 81).

Repise-se que a Constituição Federal é orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que se deve estabelecer, em certa medida, a proteção do interesse do indivíduo quando ameaçado frente aos interesses gerais promovidos pelo Estado. O núcleo constitucional serve como fundamento para negar a suposta colisão entre interesses público e privado, pois ambos se encontram enraizados na Constituição Federal, de sorte que há conexão estrutural entre eles e não uma suposta contradição.

Na lição de Gustavo Binzenbojm¹⁴:

O que se está a afirmar é que o interesse público comporta, desde a sua configuração constitucional, uma imbricação entre interesses difusos da coletividade e interesses individuais e particulares, não se podendo estabelecer a prevalência teórica e antecipada de uns sobre outros. Com efeito, a aferição do interesse prevalecente em um dado confronto de interesses é procedimento que reconduz o administrador público à interpretação do sistema de ponderações estabelecido na Constituição e na

¹⁴ BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 239, p. 1–32, 2005. DOI: 10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>. Acesso em: 31 out. 2024.

lei e, via de regra, o obriga a realizar seu próprio juízo ponderativo, guiado pelo dever de proporcionalidade.

Assim, sempre que a própria Constituição ou a lei (desde que agindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à Administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão, buscando a sua máxima realização (BINENBOJM, 2005, pag. 20).

Por conseguinte, a execução da função administrativa deve perseguir o interesse público, o que não se opõe, obrigatoriamente, à noção de interesse privado. Isso porque, a atuação estatal atende o interesse público quando promove os direitos fundamentais, razão pela qual o exercício dos poderes (ou melhor, *deveres*) só se legitima em razão da necessidade de efetivar os objetivos constitucionais. O que foge disso é passível de revisão pelo Poder Judiciário.

1.2 Regime jurídico administrativo

O regime jurídico administrativo refere-se a uma disciplina jurídica autônoma, que corresponde ao conjunto de regras e princípios que disciplinam o modo como deve ser exercida a atividade administrativa. Este regime se erige sob o binômio prerrogativas-sujeições, e coloca a administração pública em uma relação de teórica supremacia, de verticalidade em face de seus administrados, ao mesmo tempo em que limita a atuação estatal aos ditames legais.

Neste sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que:

[...] a expressão regime jurídico administrativo é reservada tão somente para abranger o conjunto de traços, de conotações, que tipificam o Direito Administrativo, colocando a Administração Pública numa posição privilegiada, vertical, na relação jurídico-administrativa. Basicamente, pode-se dizer que o regime administrativo se resume a duas palavras apenas: prerrogativas e sujeições (DI PIETRO, 2024, p. 72).

O regime jurídico administrativo se concebeu a partir de duas ideias antagônicas: de um lado, a proteção dos direitos individuais em relação ao Estado, que serve como base para o princípio da legalidade; de outro, a necessidade de atender aos interesses coletivos, que leva à concessão de prerrogativas à administração pública.

Daí é que surge o binômio prerrogativas-sujeições. As prerrogativas são atribuídas à administração pública para garantir sua autoridade e o atingimento da

finalidade pretendida (satisfazer o interesse público), e podem ser utilizadas tanto para restringir o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar comum, quanto para assegurar a prestação de serviços públicos. Trata-se de prerrogativas não conhecidas na esfera privada, e que permitem assegurar a teórica supremacia do interesse público sobre o particular.

Em contrapartida, as sujeições representam verdadeiras restrições impostas à administração pública para o exercício de suas atividades, e estão fundamentadas no princípio da indisponibilidade do interesse público. Assim, para que se assegure a liberdade do indivíduo, a administração pública deve sujeitar-se à lei e ao direito como um todo, o que compreende também princípios e valores previstos expressa ou implicitamente na Constituição Federal, de modo que a atuação estatal se desenvolva dentro das linhas jurídicas delimitadas pelo princípio da legalidade, o qual será mais bem desenvolvido na seção vindoura.

Como sabido, a inobservância das restrições impostas ao poder público pode caracterizar desvio de poder, acarretando a nulidade do ato administrativo praticado e, ainda, eventual responsabilização da autoridade que o tenha editado.

Segundo a majoritária doutrina nacional, os dois princípios basilares do regime jurídico administrativo são: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público pela administração. Ambos seriam princípios implícitos na Constituição Federal, mas com o mesmo peso normativo que os princípios expressos, razão pela qual a administração pública não estaria livre de segui-los.

Neste sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca:

Atribui-lhes a importância de pontos fundamentais do Direito Administrativo não porque possuem em si mesmos a virtude de se imporem como fontes necessárias do regime, mas porque, investigando o ordenamento jurídico-administrativo, acredita-se que eles hajam sido encampados por ele e nesta condição validados como fonte-matriz do sistema.

[...]

Todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração (MELLO, 2023, p. 50)

É importante pontuar que a ideia de supremacia do interesse público não significa imediata contraposição ao interesse privado, ou seja, ao interesse pessoal de cada indivíduo. Repise-se que o interesse público, objeto central a ser concretizado por meio do regime jurídico administrativo, constitui interesse do conjunto social.

Não se trata de interesse dotado de consistência autônoma, desvinculado da vontade de cada uma das partes que compõem o todo, mas é a dimensão pública dos interesses individuais. Inclusive, em contraposição à noção de verticalidade da atuação estatal, concebeu-se a ideia de administração pública dialógica, por meio da qual se busca impor como condição para a ação administrativa a prévia realização de um efetivo diálogo com todos os indivíduos que terão suas esferas de direitos atingidas.

Isso porque, o Direito Administrativo moderno busca um novo paradigma quanto à posição do cidadão frente à atuação estatal. Esse novo paradigma elege o cidadão como importante figura no cenário das relações jurídico-administrativas, de modo que, juntamente com o Estado, seja responsável por construir as deliberações que afetam a si e à sociedade como um todo.

Nas palavras de Rafael Maffini¹⁵:

A relação ora proposta entre a segurança jurídica (e o seu consectário “proteção da confiança”) e os direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa que, a par do princípio da participação, fundamental o conceito de “administração pública dialógica”) se deve ao fato de que os destinatários da função administrativa não podem ser surpreendidos com a imposição de atos que lhes são prejudiciais ou com a extinção de condutas que lhes são benéficas, de modo abrupto, sem que se lhes assegurem tanto a ciência quanto à iminência de ocorrência de tais eventos danosos, quanto a efetiva participação tendente a evitar que eventuais prejuízos lhes sejam ocasionados. Daí a ideia de que a segurança jurídica e a proteção da confiança, em sua faceta procedimental, impõem sejam asseguradas a ciência e a participação prévia como condição formal para a eventual imposição de gravame pelo poder público na esfera de direitos dos cidadãos, aí incluído, por óbvio, a extinção de condutas administrativas que lhes são favoráveis (MAFFINI, 2010, p. 7).

A concepção da administração pública dialógica decorre de dois fundamentos principais: o princípio da participação popular, inerente à ideia de Estado Democrático de Direito, instaurada com a Constituição de 1988 e; o direito fundamental à boa administração, cristalizado no Brasil a partir da reunião de uma série de normas jurídicas expressa ou implicitamente contidas no texto constitucional.

¹⁵ MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 253, p. 159–172, 2010. DOI: 10.12660/rda.v253.2010.8051. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8051>. Acesso em: 31 out. 2024.

Foi a partir do Estado Democrático de Direito que ganhou força o movimento doutrinário no sentido de implementação de uma administração pública dialógica, consensual e concertada, que atua mediante atos bilaterais e não mais pautada no ideal de verticalidade em relação a seus administrados. Assim, com a participação da coletividade, a administração pode atender de forma mais eficaz ao interesse público, por meio dos mais variados segmentos sociais, tendo em vista a pluralidade e complexidade da sociedade moderna.

Evidentemente que não se pode conceber a ideia de um interesse público que seja discordante do interesse de cada membro da sociedade, de modo que à administração pública cabe perseguir o bem-estar social, tarefa esta que é indisponível. Sob esta ótica, são necessárias garantias aos cidadãos contra os abusos da atividade administrativa, especialmente em face de atos administrativos discricionários, cuja carga de liberalidade merece atenção singular.

1.3 Princípios da administração pública: legalidade e motivação

Dentre os diversos princípios a que a administração pública se sujeita, estão os princípios da legalidade e motivação, os quais têm relação direta com os atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária.

A começar pelo princípio da legalidade, este é a base principal para a configuração do regime jurídico administrativo. Enquanto o dogma de supremacia do interesse público sobre o privado é comum a qualquer Estado juridicamente organizado, o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, sendo aquele que o qualifica e lhe dá identidade própria.

O cânone em questão é a tradução jurídica de um propósito político: o de sujeitar os exercentes do poder em concreto a um sistema jurídico que impeça favoritismos, perseguições ou tiranias. Contrapõe-se, portanto, a quaisquer tentativas de exacerbação pessoal dos governantes, e tem como raiz a ideia de soberania popular, segundo a qual todo o poder emana do povo, de tal sorte que os cidadãos é que são proclamados como detentores do poder (CF, art. 1º, parágrafo único¹⁶).

¹⁶ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos... Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Segundo este princípio, a administração pública somente está autorizada a praticar os atos que a lei lhe permite, e nos exatos limites por ela impostos. Neste contexto, do Poder Legislativo é a função de definir na lei os interesses públicos, bem como os meios de persegui-los, cabendo ao Poder Executivo, por sua vez, cumprir as leis fielmente e garantir a concreção da vontade geral.

O exercício da função de executar as leis pressupõe, necessariamente, o exercício da função legislativa. Ou seja, a atuação da administração pública somente pode ser legítima se baseada em lei preexistente prevendo a possibilidade de assim agir. É o que defende José dos Santos Carvalho Filho:

Não custa lembrar, por último, que, na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei (CARVALHO FILHO, 2024, p. 16).

No Brasil, o princípio da legalidade decorre especificamente dos arts. 5º, II, 37, *caput*, e 84, IV, da Constituição Federal¹⁷. Nos termos do referido art. 5º, II, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Assim, à administração pública não compete proibir ou impor comportamento algum a terceiro que não esteja previamente embasado em determinada lei que lhe autorize, pois, na ausência de disciplina jurídica, inexistente poder jurídico do administrador para atuar.

O contrário somente ocorre no âmbito das relações entre particulares, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe.

É insuficiente, por conseguinte, o fato de o ato administrativo não ser ofensivo à lei. A função do ato administrativo só pode ser a de agregar à lei - frise-se,

¹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte...

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

previamente existente - um nível de concreção, jamais podendo o gestor público criar qualquer restrição a direitos por meio de regulamentos independentes e autônomos, pois, tal proceder é visceralmente incompatível com os ditames constitucionais. E, se assim o for, deve ser objeto de imediato controle, tanto por meio do legislativo, com ou sem o auxílio dos Tribunais de Contas, quanto pelo Poder Judiciário.

Não por outra razão, a Constituição Federal também prevê remédios específicos em face da atuação ilegal da administração pública, como a ação popular, o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de segurança e o mandado de injunção.

A importância do postulado da legalidade é tamanha – e com razão -, que o regramento constitucional aponta circunstâncias excepcionais nas quais o referido princípio pode sofrer transitória constrição, notadamente quando faculta ao Presidente da República adotar providências incomuns diante de situações anômalas, a exemplo das medidas provisórias, da decretação do estado de defesa e do estado de sítio.

Apesar disso, a atividade administrativa continua a refletir concepções personalistas de poder, cenário no qual o governante elege sua vontade pessoal como critério de validade dos atos administrativos e se utiliza de projetos próprios como fundamento para legitimar a dominação que exerce sobre os administrados.

É justamente no âmbito desta conjuntura jurídica que emerge o importante princípio implícito da motivação, que implica para a administração pública o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação existente entre a situação que originou o ato e a providência tomada.

O mencionado princípio está consagrado na doutrina e jurisprudência pátrias, não havendo dúvidas da necessidade de sua observância, seja para atos administrativos vinculados, seja para atos administrativos discricionários. Esta exigência se trata de formalidade que permite o controle de legalidade dos atos praticados pelo poder público.

Apesar de não constar expressamente na Constituição Federal, o princípio da motivação consta explicitamente da Lei Federal nº 9.784/1999¹⁸, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, notadamente em seu art. 2º, *caput*¹⁹, segundo o qual “A Administração Pública obedecerá, dentre

¹⁸ Lei 9.784/1999 - Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

¹⁹ Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade [...]”.

Não fosse o bastante, o art. 50²⁰ do mesmo diploma legal aponta, em caráter exemplificativo, algumas das hipóteses em que a administração pública está sujeita ao princípio da motivação, devendo indicar os fatos e fundamentos jurídicos que serviram de base para a prática do ato.

Vale lembrar que a exigência de motivação consta também de outras legislações, a exemplo das Leis 8.666/1993 e 14.133/2021 (nova Lei de Licitações). Em regra, a motivação é obrigatória especialmente em relação a atos administrativos que, em maior ou menor grau, afetem direitos ou interesses individuais.

Isso porque, o princípio da motivação serve como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações do Estado que lhes dizem respeito, assim como representa direito individual dos cidadãos de não se sujeitarem a decisões arbitrárias, estas consideradas contrárias ao ordenamento jurídico.

Além disso, a ausência de motivação impediria ou, no mínimo, dificultaria o controle judicial eficaz das condutas administrativas à luz da legalidade, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, pois não seriam conhecidos e explicados os motivos do ato e sua eventual conformidade com os princípios retro citados.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)²¹, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018²², tornou ainda mais rigorosa a exigência de motivação nas decisões administrativas, especialmente por meio de seu art. 20, *caput*, e parágrafo único²³.

²⁰ Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
V - decidam recursos administrativos;
VI - decorram de reexame de ofício;
VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;
VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

²¹ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

²² Lei nº 13.655/2018 - Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Carlos Ari Sundfeld, ao se manifestar sobre o art. 20, da LINDB, destacou que as decisões administrativas devem ser adequadamente motivadas, não bastando, para tanto, a mera indicação do direito ou princípio aplicável ao caso concreto. Confira-se:

Não basta dizer qual é o Direito, qual é o princípio a ser aplicado; é preciso motivar adequadamente, considerando os efeitos concretos e gerais da decisão e até mesmo as possíveis soluções alternativas, cuja escolha deve ser ponderada e exposta (art. 20). É assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: defrontando-se com um problema vislumbram possíveis soluções, tentam prever custos e consequências de optar por cada uma delas, e submetem o juízo final ao escrutínio público e ao crivo de controladores. (SUNDFELD, 2022, p. 45-46).

Deste modo, o princípio da motivação visa proteger não apenas o interesse público, mas, especialmente o interesse privado dos administrados destinatários das decisões impostas. Tende a forçar com que a autoridade pública escolha a melhor alternativa (nas decisões discricionárias) em face do cidadão, devendo apontar de maneira explícita, clara e congruente as razões fáticas e jurídicas que levaram à prática do ato.

²³ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

2. ATO ADMINISTRATIVO

2.1 Conceito de ato administrativo

Em primeiro lugar, por mais lógico que possa ser, é necessário afirmar que a definição de ato administrativo está intimamente relacionada com o conceito de função administrativa. Isso porque, o ato administrativo decorre do exercício dessa função específica pelo Estado.

Assim como a função legislativa é manifestada e concretizada na elaboração de normas gerais, e a função judicial se exterioriza por meio de suas decisões (sentenças, acórdãos), a administração pública formaliza sua função gestora a partir da repercussão direta ou indireta nos interesses, direitos e liberdades dos cidadãos por meio dos atos administrativos.

Historicamente, o primeiro texto normativo a fazer menção aos atos da administração pública foi a Lei nº 16/1790, que tratava sobre a organização judiciária no âmbito do território francês, e previa que aos Tribunais era vedado conhecer de “operações dos corpos administrativos”. Esta mesma lógica jurídica foi posteriormente adotada pela Lei nº 3/1795, que proibiu “aos tribunais conhecer dos atos da administração, qualquer que seja a sua espécie”.

A noção de ato administrativo começou a ganhar mais sentido a partir do surgimento do constitucionalismo e do princípio da separação dos poderes. Isso porque, com base na construção da ideia de um Estado de Direito, irrompeu a necessidade de a administração pública sujeitar-se a um regime jurídico próprio como consequência desse modelo em que o Estado deve cumprir as normas jurídicas dele mesmo emanadas.

Assim, a concepção do ato administrativo, tal como a conhecemos hoje, foi exigindo ao longo do tempo algumas condições necessárias à sua existência, especialmente: um Estado que possui mais de um poder, e cujas atribuições relacionadas a estes poderes sejam passíveis de divisão entre diferentes órgãos; um dos poderes possa ser definido como Poder Executivo; o Estado se submeta às normas por ele mesmo criadas, de modo que a atuação da administração pública se faça dentro dos limites da lei e; exista um conjunto específico de normas jurídicas aplicáveis apenas à administração pública (regime jurídico administrativo), a fim de

que seus atos possam ser tidos como atos administrativos e, portanto, distinguíveis dos atos civis comuns.

Já em um cenário de um Estado de Direito estabelecido e juridicamente organizado, passou-se a discutir qual seria o conceito mais adequado e suficiente a definir o ato administrativo. Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta alguns dos critérios atualmente adotados para tal definição, a saber:

Pelo critério subjetivo, orgânico ou formal, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos; ficam excluídos os atos provenientes dos órgãos legislativo e judicial, ainda que tenham a mesma natureza daqueles; e ficam incluídos todos os atos da Administração, pelo só fato de serem emanados de órgãos administrativos, como os atos normativos do Executivo, os atos materiais, os atos enunciativos, os contratos.

[...]

Pelo critério objetivo, funcional ou material, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos ou pelos órgãos judiciais e legislativos (DI PIETRO, 2024, p. 203).

No que toca ao critério aqui nominado como subjetivo, a principal crítica doutrinária é a de que ele deixa de fora do conceito de ato administrativo aqueles atos praticados pelos poderes legislativo e judiciário (concessão de férias a um servidor, aposentadoria, licença etc.), apenas por não terem emanado de órgão da administração pública.

Lado outro, apesar de ser aquele mais aceito pela doutrina pátria, o critério nominado como objetivo conclui que somente atos com efeitos concretos podem ser definidos como atos administrativos, excluindo dessa definição os atos normativos do Poder Executivo, por serem abstratos e gerais.

Além disso, a adoção do critério objetivo cria um cenário em que qualquer ato de efeitos concretos seja tido como ato administrativo propriamente dito apenas por ter sido praticado no exercício da função administrativa. A consequência desta lógica teórica é que neste conceito seriam abarcados aqueles atos tutelados por regime jurídico diverso do público, a exemplo dos atos de direito privado.

Em razão da insuficiência dos critérios acima apontados para se chegar ao conceito aqui tratado, a doutrina pátria procurou adotar e acrescentar novos elementos para tentar identificar, dentre os atos praticados no exercício da função

administrativa, aqueles que podem ser chamados de atos administrativos propriamente ditos. Nas palavras de Phillip Gil França²⁴, ato administrativo é:

[...] manifestação estatal, sob sua dimensão executiva, promotora dos valores constitucionais, consubstanciados na noção de desenvolvimento e bem geral dos administrados. Isto é, ato administrativo invoca o Estado como ente legitimamente escolhido para proporcionar, permanentemente, um amanhã melhor para os titulares do poder originário que o criou (FRANÇA, 2017, p. 11).

Há quem defenda, contrariando a parte inicial do conceito supratranscrito, que é preferível se falar em declaração estatal ao invés de manifestação estatal. Isso porque, a declaração compreenderia sempre uma exteriorização do pensamento, ao passo que a manifestação pode não ser exteriorizada, a exemplo do silêncio da administração pública, o qual pode significar manifestação de vontade e produzir efeitos jurídicos mesmo que não se trate de um ato administrativo. Nessa linha de pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo como:

[...] declaração do Estado (ou quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (MELLO, 2023, p. 303).

Quando se afirma que o ato administrativo corresponde a uma declaração do Estado, significa dizer que tanto os órgãos do Poder Executivo como os dos demais poderes – estes no exercício de suas funções atípicas - podem praticar atos administrativos. Contudo, esta não será a linha de pensamento adotada no presente estudo, de modo que se entenderá ato administrativo apenas como sendo aquele praticado pelo Poder Executivo no exercício da função administrativa.

Ademais, o regime jurídico que lhes rege é o regime jurídico administrativo, pois a administração age envolta de todas as prerrogativas e restrições próprias do poder público, afastando-se desta definição, por via consequência, os atos de direito privado que também são praticados pelo Estado.

²⁴ FRANÇA, Phillip Gil. Controle do ato administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia jurídica da PUC-SP: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo 2. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br>. Acesso em: 26 out. 2024.

Neste contexto, os atos administrativos propriamente ditos produzem efeitos jurídicos imediatos quando praticados a nível de caso concreto, e não com abstração e generalidade como o faz a lei ou os atos administrativos abstratos (regulamentos, instruções etc.). Existem, na verdade, para cumprir a estrita finalidade de dar concreção à lei ou excepcionalmente à própria Constituição Federal e, por essa razão, são passíveis de controle jurisdicional quanto à sua legalidade.

Com base nestas considerações, conclui-se que existem ao menos três elementos fundamentais e inafastáveis quando se busca definir ato administrativo, a saber: declaração de vontade emanada de agente da administração pública ou dotado de prerrogativas desta; produção de efeitos jurídicos imediatos com a finalidade de dar cumprimento à lei ou à própria Constituição Federal e; aplicação de um regime jurídico administrativo (direito público).

Portanto, para fins de aprofundamento do tema aqui tratado, adotar-se-á o conceito segundo o qual o ato administrativo propriamente dito corresponde a uma declaração de vontade unilateral emanada do Poder Executivo, no exercício da função administrativa, regida por regime jurídico administrativo e passível de controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

2.2 Elementos e pressupostos do ato administrativo

Grande parte da doutrina prefere analisar o ato administrativo a partir de sua anatomia, a fim de identificar possíveis patologias ou vícios que possam torná-lo inválido. Os principais elementos ou pressupostos do ato administrativo foram instituídos pelo art. 2º, da Lei Federal nº 4.717/1965, que regula a Ação Popular²⁵. São eles: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

A doutrina pátria não está em harmonia quanto ao número e identificação desses elementos, divergindo especialmente no que toca aos seus critérios de seleção. Alguns autores desdobram um elemento em dois; outros reúnem dois elementos em um, de modo que não há exatidão quanto ao tema.

²⁵ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

- a) incompetência;
- b) vício de forma;
- c) ilegalidade do objeto;
- d) inexistência dos motivos;
- e) desvio de finalidade.

Embora a majoritária doutrina brasileira admita, com alguns acréscimos, que os elementos do ato administrativo são aqueles previstos no art. 2º, da Lei nº 4.717/1965, é relevante esclarecer que Celso Antônio Bandeira de Mello sistematiza a matéria de forma diversa e peculiar.

O autor defende que o ato administrativo é composto de elementos, os quais seriam componentes intrínsecos/internos do ato, bem como de pressupostos, que lhe seriam os componentes extrínsecos/externos. Assim, apenas o conteúdo e a forma seriam considerados elementos do ato administrativo, porque internos a este, ao passo que a competência, objeto, motivo e finalidade integrariam a classe de pressupostos. Confira-se:

Preferimos, pois, sistematizar o assunto de outro modo, levando em conta que, dentre os assim chamados, dois são, realmente, elementos, ou seja, realidades intrínsecas do ato. Em uma palavra, componentes dele, a saber: o conteúdo e a forma. Não, porém, os outros. Daí separarmos os elementos do ato e os pressupostos do ato. Estes últimos, de seu turno, distinguem-se em pressupostos de existência, ou seja, condicionantes de sua existência, e pressupostos de validade, ou seja, condicionantes de sua lisura jurídica (MELLO, 2023, p. 308-309).

Para Celso Antônio, os pressupostos devem existir antes mesmo da prática do ato administrativo, ou seja, são as condições prévias para que o ato seja considerado válido, sendo subdivididos em pressupostos de existência e validade. Seriam pressupostos de existência apenas o objeto e a pertinência do ato ao exercício da função administrativa, enquanto os pressupostos de validade seriam o sujeito (pressuposto subjetivo), motivo e requisitos procedimentais (pressupostos objetivos), finalidade (pressuposto teleológico), causa (pressuposto lógico) e formalização (pressuposto formalístico).

Contudo, em que pese as classificações doutrinárias não serem certas ou erradas, e sim mais ou menos úteis, o presente estudo se debruçará apenas sobre o entendimento da doutrina predominante que, com alguns incrementos teóricos, defende existirem apenas elementos do ato administrativo, sendo eles, em sua maioria, aqueles elencados pela Lei da Ação Popular.

É o que defende, por exemplo, Irene Patrícia Diom Nohara:

Os elementos do ato administrativo são cinco: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade. O art. 2º da Lei de Ação Popular, Lei nº 4.717/65, denomina o sujeito ou o agente de “competência”.

As diferenças que normalmente são feitas entre os conceitos de elementos e de requisitos de validade do ato repousam no enfoque mais estático dado aos primeiros, por exemplo, a existência de um sujeito, de um objeto e de uma forma de exteriorização do ato, e mais dinâmico conferido aos segundos. Por exemplo, não basta ter sujeito para que o ato seja válido, ele terá de ser capaz e competente. Não basta existir um conteúdo ou um objeto do ato, esse conteúdo deve ser lícito, possível e determinado. E não basta ter forma. Para o ato ser válido a forma, se exigida em lei, deve ser obedecida (NOHARA, 2024, p. 154).

O sujeito refere-se ao agente público dotado de força legal para produzir o ato. Este é um elemento relevante para o estudo da capacidade jurídica da pessoa que praticou o ato, ou seja: por meio dele se examina se havia algum óbice ou não à atuação do sujeito e se sua vontade foi manifestada sem vícios. Frise-se que a competência do sujeito não é exercida à sua livre discricção, haja vista que seu exercício é obrigatório e intransferível, podendo apenas ser delegado ou avocado, desde que haja previsão legal para tanto²⁶.

A análise do sujeito que pratica o ato pode levar à identificação de vícios de competência, como a usurpação de função e excesso de poder, e vícios de consentimento (o erro ou ignorância, o dolo, a coação, o estado de perigo), além das hipóteses de impedimento e suspeição²⁷ previstas na Lei Federal nº 9.784/1999.

Considerando que, por força do princípio da legalidade, o Estado somente pode agir em conformidade com os ditames legais, isto é, quando houver norma que o autorize, o administrado pode e deve exigir que atos e condutas administrativas somente possam ser produzidos por agentes competentes, sob pena de invalidação.

O objeto, por sua vez, corresponde àquilo sobre o que o ato dispõe. Significa dizer que não pode haver ato administrativo sem que exista algo a que ele seja reportado. Se o ato dispõe sobre um objeto inexistente, que não se constitui em realidade, ou sobre um objeto que se revela jurídica e materialmente impossível, deve ser considerado ato nulo.

²⁶ Lei Federal 9.784/1999 - Art. 11. A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos.

²⁷ Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;
II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;
III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 20. Pode ser arguida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

A título de exemplo, um ato administrativo de permissão de uso de bem público imóvel terá por objeto o bem imóvel, ou seja, objeto existente. Em contrapartida, uma licença outorgada a pessoa desconhecida não tem objeto, pois não se sabe exatamente a qual pessoa específica o ato está se reportando. Portanto, ato jurídico não será.

Os vícios, neste caso, seriam a ilicitude, impossibilidade e indeterminação do objeto. Um ato administrativo cujo objeto seja contrário aos ditames legais, jurídica ou materialmente irrealizável ou indeterminado - isto é, não é claro, específico ou mensurável -, estará em desacordo com as normas jurídicas e pode violar o interesse público que deve impulsionar a declaração de vontade do Estado.

É pertinente, ainda, destacar que objeto e conteúdo são elementos diferentes e não se confundem. Embora parte da doutrina não faça distinção entre ambos, por ocasião deste estudo se adotará a postura de Diógenes Gasparini quanto à questão, segundo a qual o conteúdo do ato administrativo é:

[...] o que o ato prescreve, ou dispõe. [...] Assim, o conteúdo pode ser a aquisição, o resguardo, a transferência, a modificação, a extinção, a declaração de direitos, ou a imposição de obrigações aos administrados ou ao próprio Estado. O conteúdo do ato administrativo, vê-se, é aquilo para que o ato se preordena ou a que se destina. Em última análise, é a modificação do ordenamento jurídico (GASPARINI, 2012, p. 119)

Ao contrário do objeto, que é aquilo *sobre* o que o ato dispõe, o conteúdo é o *que* o ato efetivamente dispõe. Portanto, o conteúdo é o que o ato decide, enuncia, opina ou modifica na ordem jurídica, representando a própria medida em sua essência. Para ser válido, o ato administrativo precisa ter conteúdo lícito, que não contrarie a lei. E mais, é preciso que seja permitido ou imposto pela lei, caso contrário, a decretação de nulidade é medida de rigor.

No que diz respeito à forma, esta corresponde não apenas ao revestimento exterior do ato, mas também à observância das formalidades exigidas por lei para a formação do ato. Via de regra, os atos administrativos são produzidos por escrito²⁸, com exceção daqueles orais (ordens verbais), pictóricos (placas de sinalização),

²⁸ Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

eletromecânicos (semáforos) e mímicos (orientação manual do trânsito e tráfego por agentes públicos).

Caso haja previsão legal para que determinado ato seja praticado de forma específica, não existirá discricionariedade para o gestor público alterá-la, devendo apenas seguir os parâmetros já ordenados. Os vícios relacionados a este elemento são: ausência de forma – o ato administrativo que não possui forma não é válido, e; observância incompleta ou irregular de formalidades essenciais – o ato administrativo que não observa as formalidades impostas por lei não é válido, o que resulta em sua nulidade.

De sua parte, o motivo corresponde ao pressuposto de fato e de direito que autoriza ou exige a administração pública a praticar determinado ato administrativo. As circunstâncias de direito referem-se ao arcabouço jurídico que fundamenta o ato, ou seja, é a exposição legal abstrata de uma situação que pode vir a ocorrer no mundo fenomênico. Por seu turno, as circunstâncias de fato são os acontecimentos materiais que efetivamente se verificam no mundo real.

Neste contexto, é relevante distinguir o motivo, a motivação e o móvel. Como dito, o motivo compreende as razões de fato e de direito para a prática do ato (objetivo), enquanto a motivação é a exposição e descrição desses motivos, ocasião em que o agente público apresenta a causa do ato administrativo. Por conseguinte, o móvel expressa a intenção, aquilo que suscitou a vontade do agente que praticou o ato (subjeto).

Para o que interessa a este estudo, o motivo pode ou não estar previsto em lei. Se não estiver lá descrito, o administrador público tem margem de liberdade para escolher uma situação e, à vista dela, praticar o ato administrativo com pertinência lógica, cuja natureza será discricionária. No entanto, a validade deste ato dependerá da existência efetiva do motivo, por força da teoria dos motivos determinantes, segundo a qual o ato somente é válido se os motivos enunciados efetivamente ocorreram.

Portanto, se a administração motiva um ato, a exemplo dos discricionários, ela se vincula aos motivos declarados, de modo que o ato só pode ser válido se os motivos forem verdadeiros. Daí é que se depreende os dois principais vícios relacionados ao motivo, quais sejam: inexistência da situação de fato e inadequação do fato com o pressuposto de direito. Ambos acarretam a nulidade do ato administrativo.

Da relação de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato administrativo surge mais um elemento, denominado “causa”. A causa é, nas palavras de Diógenes Gasparini, “[...] a correlação lógica entre o motivo [...] e o conteúdo em função da finalidade legal do ato editado.” (GASPARINI, 2012, p. 120).

A causa como elemento do ato administrativo é importante para que o Poder Judiciário possa controlar a validade do comportamento da administração pública mesmo quando a lei não aponta os motivos que legitimam a prática de um ato. Assim, mesmo na hipótese de atos administrativos discricionários, quando o agente pode escolher os motivos a fundamentá-los, estes devem guardar relação de pertinência com o conteúdo do ato, sob pena de invalidação. É exatamente no âmbito da causa que se examina a razoabilidade e proporcionalidade necessárias à validade do ato administrativo.

O último dos elementos do ato administrativo é a finalidade. A finalidade corresponde ao bem jurídico tutelado e ao objetivo que se quer alcançar com o ato administrativo. Assim, o ato deve ser praticado unicamente para atingir um fim de interesse público, pois não há ato administrativo sem finalidade pública a sustentá-lo.

Quando o agente público utiliza um ato administrativo para atender a um propósito que não corresponde ao interesse público, ou seja, que visa alcançar seus interesses pessoais, surge a figura do desvio de finalidade ou desvio de poder²⁹. Esse vício ocorre porque se persegue um objetivo que, ou é vedado, ou, se permitido, não poderia ser alcançado por meio do ato em questão. Nestes casos, o ato será sempre viciado por não manter uma relação adequada com a finalidade em face da qual poderia ser produzido.

Assim, podem existir atos administrativos aparentemente acobertados por um manto de legalidade, isto é, que apresentam forma legal, são emanados de autoridades competentes, possuem motivos aparentemente verídicos e objeto lícito, contudo, a intenção do agente se desvia dos fins que justificam a outorga da competência, especialmente quando se trata da competência discricionária.

²⁹ Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:

Parágrafo único. Para a conceituação dos casos de nulidade observar-se-ão as seguintes normas: e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

2.3 Atos administrativos vinculados

Como sabido, os atos administrativos podem ser classificados com base no grau de liberdade atribuído à administração pública no que diz respeito à prática do ato. Ou seja, a depender da margem de liberdade conferida pela lei, os atos praticados pelo poder público podem ser vinculados ou discricionários.

Consoante afirma Rafael Carvalho Rezende Oliveira, atos administrativos vinculados são aqueles em que “[...] não há margem de liberdade por parte do agente público, uma vez que os elementos do ato estão integralmente previstos na legislação [...]” (OLIVEIRA, 2024, p. 310).

O grau de liberdade na atuação do gestor público pode variar de intensidade a partir da opção adotada pelo legislador. Em alguns casos, o legislador prevê se, quando e como deve agir ou decidir a administração pública, de modo que a vontade da lei somente estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à administração adotar qualquer outro. Neste cenário, não há qualquer subjetivismo ou valoração, razão pela qual o agente não possui liberdade de apreciação da conduta, porque se limita a passar para o ato o comando estatuído na Lei. Em suma, trata-se apenas da averiguação da conformidade do ato com o comando legal.

Em outros casos, o legislador autoriza, expressa ou implicitamente, a realização de opções pela administração pública, mediante a adoção de critérios de conveniência e oportunidade, tema que será mais bem analisado à frente.

Assim, haveria atuação vinculada e, portanto, um poder-dever vinculado, quando a norma jurídica a ser cumprida já predetermina de modo completo - descreve todos os elementos do ato a ser praticado - qual o único possível comportamento que o administrador estará obrigado a tomar perante o caso concreto cuja compostura esteja suficientemente descrita pela lei.

O principal fundamento para o poder-dever vinculado é o princípio constitucional da legalidade, previsto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal³⁰, segundo o qual a administração pública somente pode fazer aquilo que lhe é autorizado por lei, e nos exatos limites por ela impostos.

³⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

Por isso é que, diante de uma atuação vinculada da administração pública, surge para o particular o direito subjetivo de exigir da autoridade a edição de determinado ato, sob pena de controle jurisdicional se assim não o fizer. Isso porque, a atuação administrativa totalmente livre e fora do alcance do controle jurisdicional seria sinônimo de arbitrariedade.

2.4 Atos administrativos discricionários: conceito, fundamentos e limites à discricionariedade administrativa

Com o surgimento e aperfeiçoamento do Estado de Direito, este fundado na consagração de direitos individuais, superioridade da lei e divisão dos poderes, cujas funções devem se realizar em estrita observância às normas jurídicas, permitiu-se a outorga de discricção à administração, que corresponde à atribuição de certa margem de valoração subjetiva na aplicação das normas aos casos concretos pelo gestor público.

Muito se afirma, erroneamente, que a discricção por vezes atribuída à administração pública se refere a um “poder”, quando, na verdade, o correto seria entendê-la como um *dever* de atingir a finalidade da lei. Sem atribuição legal prévia, a administração não pode atuar, e quando a recebe, é apenas como mero instrumento para viabilizar o cumprimento do dever, ou seja: o “poder discricionário” nada mais é do que um mecanismo para permitir que o dever de alcançar a finalidade legal seja cumprido.

Assim, é possível concluir que a natureza jurídica da discricionariedade administrativa é a competência normativa para o exercício da função administrativa, que franqueia ao gestor público uma margem limitada de liberdade para eleger, segundo critérios de conveniência e oportunidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis perante cada caso concreto.

Como antecipado no tópico anterior, a lei, ao regulamentar as diversas situações possíveis a ocorrerem na prática, nos casos concretos, pode disciplinar o agir do agente público de forma estrita, objetiva, sem deixar qualquer grau de liberdade para aferição subjetiva das situações de fato que culminarão no exercício de uma dada conduta, ocasião em que, de modo integral, a lei já ordena qual o comportamento unívoco que naquele caso é exigível.

Contudo, é praticamente inviável que a lei consiga identificar sempre, em qualquer situação, a providência ótima para atender com suficiência absoluta a finalidade almejada. Isso se deve, logicamente, à limitação do ser humano, que não é onisciente, cuja aptidão para desvendar a solução que satisfaria perfeitamente a finalidade legal é finita e limitada.

É justamente em razão dessa impossibilidade de prever todas as situações possíveis a se materializarem no cotidiano da administração pública que a lei admite, em alguns casos, que o agente público se valha da discricção para, ainda dentro dos limites legais, escolher dentre duas ou mais soluções possíveis no caso concreto, aquela que mais adequadamente atende à finalidade estatuída pela norma aplicanda. Daí ser impraticável eliminar completamente o subjetivismo decorrente da outorga de competência discricionária.

Ao tratar do tema, Luis Manuel Fonseca Pires afirma que existem dois fundamentos para a existência da discricionariedade, quais sejam, o político e o jurídico:

Destarte, o fundamento político da competência discricionária é a absoluta impossibilidade lógica e material de o Estado existir e atuar sem que fosse possível aos órgãos que exercem a função administrativa concentrar, em alguma medida, mas sempre sob as medidas impostas pelo direito, uma liberdade de escolha e ação a serem deflagradas diante do caso concreto.

Pois da lei não se pode esperar o impossível: a capacidade de vaticinar todas as variantes das complexas e diversificadas relações humanas. A escolha política de prever as potestades discricionárias, portanto, é um imperativo insuperável. Primeiro, porque por uma análise da racionalidade de um sistema jurídico democrático encontra-se a conclusão de que para a existência desta organização jurídica necessariamente deve haver, junto à função administrativa, uma parcela de liberdade de condução, e segundo porque mesmo pela constatação em plano material chega-se à ilação de que não haveria qualquer realização no mundo fenomênico, nada aconteceria se a direção do Estado não fossem atribuídos poderes de deliberação e ação, pois as variantes das necessidades sociais exigem alguma capacidade de escolha que a lei, sobretudo por ser geral e abstrata, é incapaz de dispor.

Sob o fundamento jurídico a competência discricionária do Poder Público justifica-se pela necessidade de efetivar a identidade do Poder Executivo. Em outros termos, e em companhia de Afonso Rodrigues Queiró, haveria o comprometimento do Estado de Direito, da divisão de poderes, se a lei pudesse deixar de ser, como regra, uma norma geral e abstrata para atuar em todo e qualquer caso concreto de execução de suas próprias orientações normativas. Em última análise, o Legislativo açambarcaria a competência atribuída ao Executivo que reclama, para assegurar a sua existência, de uma parcela de liberdade de atuação (PIRES, 2020, p. 171).

Neste caso, o fundamento político da outorga da competência discricionária, segundo defendido pelo autor, decorre da complexidade das relações administrativas, haja vista que a norma geral nem sempre consegue prever todas as variações que surgem no cotidiano da administração pública.

Além disso, e tão importante quanto, o fundamento jurídico serve como legitimador da identidade do Poder Executivo, enquanto detentor da atribuição de fazer cumprir as normas perante as situações concretas. Pensar de modo diverso, notadamente em relação a este último fundamento, seria permitir o esvaziamento do Poder Executivo e consequente violação do princípio da separação dos poderes.

Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, em obra intitulada *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, aponta algumas “causas” normativas principais das quais a discricionariedade pode decorrer, a saber:

I) 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 deflagar o comando da norma, ou da omissão em descrevê-lo. Pode também derivar

II) do comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta, seja (a) quanto 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.

[...]

III) da finalidade da norma. É que a finalidade aponta para valores, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um conceito de valor, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos ou indeterminados) e não unissignificativos (MELLO, 2010, p. 19)

Neste sentido, costuma-se justificar a outorga de discricção em função: da intencional vontade legislativa em assegurar à administração pública certa margem de liberdade apreciativa no exercício de suas funções; da impossibilidade prática de antever todas as variações que a atuação administrativa pode apresentar; da limitação imposta ao Poder Legislativo de esgotar, por meio de comandos específicos e concretos, o conteúdo relativo à função administrativa, a fim de preservar o equilíbrio entre as funções estatais; e do emprego normativo de conceitos jurídicos indeterminados.

Por conceitos jurídicos indeterminados entende-se as expressões que recobrem conceitos com certa fluidez, imprecisão, vagueza, elasticidade ou

indeterminação (“interesse público”, “ordem pública”, “moralidade pública” etc.). Estes conceitos jurídicos indeterminados conferem discricionariedade à administração pública, desde que se trate de conceitos de valor, nos quais seja possível a apreciação do interesse público à vista do caso concreto.

Maria Sylvia Zanella de Pietro defende que não há discricionariedade, mas vinculação, quando os conceitos jurídicos indeterminados são “técnicos” ou “de experiência”. Os conceitos técnicos são aqueles que dependem de pronunciamento técnico de determinado órgão da administração, não restando alternativa ao gestor público que não seja acolhê-lo.

Já os conceitos de experiência referem-se àqueles em que existem critérios objetivos, que permitem extrair da experiência comum a única solução aplicável ao caso concreto. Confira-se:

Em determinadas hipóteses, não há dúvida: a lei usa conceitos técnicos que dependem de manifestação de órgão técnico, não cabendo à Administração mais do que uma solução juridicamente válida. [...]

Existem também os chamados conceitos de experiência ou empíricos, em que a discricionariedade fica afastada, porque existem critérios objetivos, práticos, extraídos da experiência comum, que permitem concluir qual a única solução possível. Quando a lei usa esse tipo de expressão é porque quer que ela seja empregada no seu sentido usual (DI PIETRO, 2024, p. 219).

Embora respeitável o entendimento da autora, que defende existir apenas discricionariedade técnica, o presente estudo discorda desse posicionamento, especialmente porque o administrador público, ao se valer da margem de discricção atribuída pela lei, atua em um campo que lhe permite interpretação subjetiva. Nestas ocasiões, a escolha não é técnica, pois decorre da ponderação de valores e princípios constitucionais.

É fato que nem sempre os juízos valorativos levados a cabo pelo administrador público podem ser reduzidos a uma análise meramente técnica, mesmo porque nem todas as situações concretas que se apresentam no cotidiano administrativo possuem critérios objetivos e inequívocos de avaliação. Ademais, mesmo que se admitisse que a discricionariedade do administrador depende apenas de pareceres técnicos, não se pode desconsiderar que tais pareceres também podem estar “contaminados” por interpretações subjetivas.

A discricionariedade, portanto, está necessariamente atrelada à realização de valoração, ponderação e interpretação subjetiva pelo administrador público, e é justamente esta subjetividade que deve ser submetida ao controle jurisdicional.

Cumprе esclarecer, ainda, sobre quais objetos é possível exercitar a discricionariedade. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello aponta o seguinte:

Nestes casos, diz-se que há discricionariedade, porque cabe interferência de um juízo subjetivo do administrador no que atina, isolada ou cumulativamente:

- a) à determinação ou reconhecimento – dentro de certos limites mais além referidos – da situação fática ou
- b) no que concerne a não agir ou agir ou
- c) no que atina à escolha da ocasião asada para fazê-lo ou
- d) no que diz com a forma jurídica através da qual veiculará o ato ou
- e) no que respeita à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal (MELLO, 2010, p. 17).

Portanto, a discricionariedade pode existir em relação: ao motivo, ou seja, o pressuposto de fato que antecede a prática do ato; à escolha entre a emanção, ou não, de certo provimento; ao momento da prática do ato; à forma, à modalidade de exteriorização do ato no mundo jurídico e; à definição do conteúdo do ato, isto é, a escolha da melhor medida possível para atingir o fim consagrado pela norma.

Em contraponto, parte da doutrina se posiciona no sentido de que a forma do ato não admite discricionariedade, ou seja, é sempre vinculada. A título de exemplo, José dos Santos Carvalho Filho destaca que “[...] não pode o agente proceder a qualquer avaliação quanto aos demais elementos do ato – a competência, a finalidade e a forma, estes vinculados em qualquer hipótese.” (CARVALHO FILHO, 2024, p. 107).

Estabelecidos estes contornos é que surge a figura do “ato discricionário”. Vale dizer que o ato administrativo em si não é discricionário, mas, a competência por meio da qual ele foi praticado, esta sim, discricionária. Inclusive, acerca do assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello tece as seguintes considerações:

Um das grandes distinções que se faz entre os atos administrativos e à qual se atribui o maior relevo, com justa razão, é a que os separa em atos vinculados e “discricionários”. Em rigor, estes últimos só se nominariam adequadamente como “atos praticados no exercício de competência discricionária”. Com efeito, a dicção “ato discricionário” só pode ser tolerada como uma forma elíptica de dizer “ato praticado no exercício de competência ensejadora de certa discricção” [...] (MELLO, 2023, p. 336).

No entanto, para fins deste estudo, adotar-se-á a nomenclatura “ato discricionário” para se referir aos atos administrativos praticados pela administração pública no exercício da competência discricionária, unicamente em razão da fluidez e funcionalidade da expressão.

Pois bem. Do ato administrativo discricionário surge o “mérito administrativo”, o que para Alexandre Santos de Aragão corresponde ao “[...] âmbito de escolha do administrador deixado pela lei, âmbito naturalmente limitado [...]” (ARAGÃO, 2013, p. 161). Em conjunto com a ideia de mérito administrativo tem-se os critérios por meio dos quais o administrador decide entre duas ou mais soluções admissíveis perante o caso concreto, denominados de conveniência e oportunidade.

O mérito administrativo somente é identificado nos atos discricionários, haja vista que nos atos vinculados não existe margem de liberdade decisória, muito menos conveniência ou oportunidade a serem apreciadas pelo gestor público.

Era rígida a concepção, até pouco tempo atrás, de que o mérito administrativo não era passível de controle jurisdicional, sob pena de usurpação, pelo Poder Judiciário, da competência constitucionalmente atribuída ao Poder Executivo, e consequente violação ao princípio da separação dos poderes. Entretanto, tanto a doutrina quanto a jurisprudência nacional têm se insurgido contra essa ideia de insindicalidade do mérito administrativo.

Assim, foram desenvolvidas teorias para justificar a extensão do controle judicial sobre aspectos outrora considerados integrantes do mérito do ato discricionário. Um exemplo é a teoria do desvio de finalidade ou desvio de poder, que permitiu o controle sobre a finalidade do ato, especialmente quanto ao atendimento do interesse público. Se o ato tiver por objetivo alcançar interesses privados, ou se busca fim público alheio à espécie do ato, o exercício da competência deixa de ser legítimo.

É que a administração pública está sujeita ao encargo de boa administração, que corresponde a um dever jurídico. Quando não há boa administração, a finalidade legal não é cumprida e, dessa forma, não há efetivo atendimento da norma.

Por seu turno, a teoria dos motivos determinantes permitiu o exame judicial dos fatos ou motivos que ensejaram a produção do ato, quer em relação à exatidão da realidade material que impulsionou o exercício da competência, quer em relação à subsunção dos fatos à norma.

Paralela ao motivo, está a motivação, também objeto de controle jurisdicional, notadamente porque a motivação não pode se limitar à mera indicação da norma que fundamenta o ato discricionário, uma vez que é por meio da motivação que se averigua se o ato está ou não em consonância com as leis e princípios que regem a atuação administrativa.

De igual modo, o exame da causa do ato discricionário (relação de pertinência entre motivo e conteúdo) é mecanismo de limitação da discricionariedade. É por meio do exame da causa que se verifica o nexo de causalidade jurídica suficiente em cada situação que exige o atuar administrativo.

Outro limitador da discricionariedade administrativa é a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, a qual permitiu que o judiciário passasse a examiná-los e adentrar em segmentos antes considerados de mérito. Isso porque, embora alguns conceitos versados na norma sejam vagos, fluidos ou imprecisos, eles ainda assim têm algum conteúdo determinável, alguma zona de certeza positiva ou negativa.

Além disso, a liberdade de escolha atribuída à administração, por meio dos conceitos jurídicos indeterminados, será menor diante do caso concreto. Mesmo existindo a nível da norma, a discricionariedade pode deixar de existir ante as peculiaridades de uma situação em concreto, se porventura concluir-se que somente uma única solução é adequada àquele caso. E, se somente uma solução é adequada, se estará diante de vinculação e não discricionariedade.

Sobre o assunto, José Roberto Pimenta Oliveira³¹ explica que:

São as singularidades da situação que concretamente enseja a ação administrativa que definirão se subsiste para Administração a margem de liberdade virtualmente contida nos conceitos imprecisos (infração grave, urgência, emergência, etc.), na zona de incerteza ou de penumbra, dentro da qual a significação eleita é acolhida legitimamente pela ordem jurídica (OLIVEIRA, 2008, p. 8).

Pouco importará a concepção particular, personalíssima de alguma autoridade pública sobre algum conceito jurídico indeterminado, de modo que jamais poderá atribuir a esses conceitos, em nome de sua fluidez, um significado cujo sentido não se reconhece de modo razoável no meio social.

³¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e razoabilidade**. Monografia. Disponível em: https://www.academia.edu/59704495/DISCRICIONARIEDADE_E_RAZOABILIDADE. Acesso em: 04 nov. 2024.

Também se limita a discricionariedade por meio do controle com base nos princípios, a exemplo dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, estes considerados importantes e contemporâneos instrumentos para enfrentar as condutas arbitrárias do administrador público, principalmente aquelas maquiadas de legalidade.

Discricionariedade e arbitrariedade não se confundem. Quando o agente público age de forma arbitrária, está maculando a ordem jurídica, haja vista que terá atuado fora dos limites impostos pela norma. Por via de consequência, o ato por ele praticado é ilícito e por isso mesmo sindicável.

Por estas razões, o conceito de legalidade ganhou um novo sentido, especialmente para abranger princípios e valores consagrados implícita ou explicitamente na Constituição Federal. Como consequência, se tem reduzido a amplitude da discricionariedade e alargado o controle jurisdicional sobre aspectos antes vistos como integrantes do mérito do ato administrativo discricionário.

3. OS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE

3.1 O princípio da razoabilidade

A razoabilidade indica a qualidade daquilo que é razoável, adjetivo de raiz latina derivado da palavra “razão” (*ratio*). O termo “razoável” é plurívoco e pode significar algo que é logicamente plausível; racional; aceitável pela razão; sensato; ponderado; não excessivo, dentre outros sentidos análogos. Além de termo plurívoco, é indeterminado e fluido, haja vista que possui elevada carga axiológica.

O princípio da razoabilidade se desenvolveu no sistema da *common law*, com origem remota na cláusula do *law of the land*, da Carta Magna de 1215. Seu surgimento ocorreu no direito norte-americano por meio da evolução jurisprudencial da cláusula do devido processo legal, consagrada nas emendas 5ª e 14ª da Constituição dos Estados Unidos.

Segundo a majoritária doutrina brasileira, o devido processo legal no âmbito norte-americano inicialmente possuía caráter meramente processual (formal), consubstanciando apenas o direito ao contraditório, à ampla defesa e algumas outras garantias processuais. Foi em razão do desenvolvimento da jurisprudência, especialmente na década de 50, que ganhou força o devido processo substancial (*substantive due process*), o qual acolheu uma concepção substancial e não formalista da legalidade, abrindo margem para aplicação dos princípios no caso concreto.

Na lição de José Roberto Pimenta Oliveira:

[...] o *due process* indica o acolhimento de uma concepção substancial, não formalista, da legalidade, que incorpora o respeito às diretrizes axiológicas acolhidas normativamente através das finalidades positivadas que regem a atividade administrativa. A razoabilidade aparece, desse modo, como o standard valorativo positivado que ratifica a validade jurídica da conduta administrativa em cada caso concreto (OLIVEIRA, 2008, p. 25).

Em contrapartida à posição sólida da maioria dos doutrinadores pátrios, Virgílio Afonso da Silva³² aponta que a “regra” da razoabilidade não teria origem na Magna Carta de 1215. Isso porque, na concepção do autor, a ideia de razoabilidade teria surgido na Inglaterra, por meio do denominado “*princípio da irrazoabilidade*”, também

³² SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

conhecido como *teste Wednesbury*, cujo advento ocorreu no bojo de decisão judicial proferida em 1948 na Inglaterra.

Apesar das divergências quanto à história do surgimento do cânone em questão, o fato é que ele se sedimentou no ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se importante mecanismo de valoração utilizado pelo Poder Judiciário como forma de exercer controle de constitucionalidade de leis e atos administrativos.

O princípio da razoabilidade enuncia que a administração pública, ao atuar no exercício de competência discricionária, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional. Significa dizer que, não se admite que as condutas praticadas pela administração pública sejam desarrazoadas, incoerentes, bizarras ou indiferentes às circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência e sensatez.

Consoante leciona José dos Santos Carvalho Filho:

Razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa. Ora, o que é totalmente razoável para uns pode não o ser para outros. Mas, mesmo quando não o seja, é de reconhecer-se que a valoração se situou dentro dos standards de aceitabilidade (CARVALHO FILHO, 2024, p. 35).

Apesar de a percepção da razoabilidade ser algo que emerge mais do conhecimento intuitivo, da sensação que determinado ato não atende aos elementos mínimos da razão, é de rigor, justamente em razão de sua carga axiológica, que o manuseio da noção de razoabilidade no caso concreto não se limite ao mero subjetivismo, mas seja feito por meio de processos intelectuais de justificação e argumentação.

Segundo afirma Thomas da Rosa de Bustamante³³:

A razoabilidade, enquanto tal, é uma noção completamente vazia, de modo que se deve indicar, sob pena de chegar a verdadeiros sofismas, quais os critérios de razoabilidade são adotados em cada caso concreto.

[...]

Com a sistematização proposta, procuramos dar ferramentas metodológicas para o jurista e evitar a prática – tão comum quanto deplorável – de se utilizar a razoabilidade como “cláusula de bloqueio” para a argumentação jurídica, parando a discussão justamente onde ela deve se iniciar. Não basta dizer que

³³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Conceito e critérios de razoabilidade: uma proposta para o direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 242-255, jul./dez. 2005. Disponível em: https://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bustamante_n27.pdf. Acesso em: 16 nov. 2024.

algo é razoável; é preciso saber *com que parâmetros, em quais dos sentidos da expressão, e, principalmente, por quê* (BUSTAMANTE, 2005, p. 242-254, grifos do autor).

Embora não previsto expressamente na Constituição Federal de 1988, o dever de razoabilidade, no direito positivo brasileiro, está assentado especialmente no princípio do Estado Democrático de Direito, que serve de alicerce para o sistema constitucional vigente (art. 1º, CF). A noção de Estado de Direito implica a submissão da administração à Constituição Federal e às leis, de sorte que o agir do gestor público encontra limites na promoção dos direitos e garantias individuais de cada cidadão.

Além disso, o princípio da razoabilidade fundamenta-se nos mesmos preceitos normativos que consagram os princípios da legalidade (arts. 5º, II e 37, *caput*, CF), da finalidade (art. 5º, LXIX, CF) e do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o que permite aos cidadãos impugnarem atos administrativos desarrazoados que afetem direitos individuais.

A nível infraconstitucional, o cânone em estudo está previsto de forma expressa no art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. De igual modo, a Lei Federal nº 9.472/1997³⁴, ao instituir a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL (Autarquia), condicionou sua atividade à observância do princípio da razoabilidade, notadamente por meio da redação de seu art. 38.

Assim, uma vez que o ordenamento jurídico dita não só a forma, como também o conteúdo e a finalidade da atuação administrativa, a administração pública está submissa a uma legalidade não meramente formal, mas que lhe vincula a princípios jurídicos materiais com o propósito de assegurar as liberdades individuais e a justiça social. Este é o caso do princípio da razoabilidade, que exige razão em cada manifestação concreta do agir estatal.

A razoabilidade tornou-se critério de aferição da legitimidade de decisões administrativas que não se mantém perante o direito em razão da insuficiência dos critérios de estrita racionalidade necessários a firmar sua validade. Assim, quando da aplicação da lei, e por meio de um processo de estimativa valorativa, a razoabilidade é o critério avaliativo do exercício da discricionariedade administrativa, ocasião em que se deve

³⁴ Art. 38. A atividade da Agência será juridicamente condicionada pelos princípios da legalidade, celeridade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, impessoalidade, igualdade, devido processo legal, publicidade e moralidade.

adotar uma lógica própria do direito voltada para a implantação e manutenção dos valores consagrados constitucionalmente.

Sob esta ótica, qualquer ato administrativo somente será válido se observar o estabelecido pela legalidade para o cumprimento do dever atribuído ao administrador público. O que desborda destes limites culmina em arbitrariedade, irracionalidade, irrazoabilidade e extravasamento da competência outorgada.

A outorga legal de certa margem de discricção ao administrador público não retira, ao contrário, intensifica o dever da administração pública de agir de forma razoável, pois a margem de liberdade concedida tem como objetivo a ótima satisfação do interesse público perante o caso concreto que exija o exercício da competência. Portanto, uma medida administrativa desarrazoada não pode estar em conformidade com a finalidade da lei.

Neste contexto, a razoabilidade deve ser entendida como um aspecto da própria legalidade do ato administrativo, pois a correta interpretação do direito exclui do universo jurídico alternativas irrazoáveis, imorais e ilegítimas. Dito isto, não é correto supor que a correção judicial de determinado ato administrativo discricionário, por meio da análise de sua razoabilidade, possa invadir o mérito administrativo, uma vez que a liberdade conferida ao administrador é liberdade conferida dentro da lei. Uma providência desarrazoada certamente não pode ser comportada pela lei.

É cediço que no Estado Democrático de Direito seria repulsivo ao senso comum social que a existência da discricção administrativa servisse como salvo conduto para que a atuação estatal ocorresse de modo incoerente e ilógico, e precisamente a título de cumprir uma finalidade legal. Assim, ao se pretender imputar a determinada conduta estatal a adjetivação de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá de se ter em mente que a ação é efetivamente ilegal.

Não prospera, por consequência, o argumento de que a correção judicial do ato administrativo discricionário, com base no princípio da razoabilidade, acabaria por permitir que o Poder Judiciário substituísse o juízo de valoração levado a cabo pelo administrador.

Isso porque, tal controle serve apenas para abrandar os excessos cometidos pelo Poder Executivo. Este, por seu turno, não tem sua competência usurpada, pois continua detendo o poder para exercer o juízo valorativo, conforme a atribuição conferida pela norma.

Na mesma linha de pensamento aqui delineada, Irene Patrícia Diom Nohara, em sua obra *Limites à Razoabilidade nos Atos Administrativos*, destaca que não é vedado o controle judicial da discricionariedade administrativa com base na razoabilidade:

[...] independentemente da positivação ou aplicação implícita ou explícita da razoabilidade pelo Judiciário, a análise da razoabilidade não extrapola o controle da legalidade, porque esta deve ser considerada em função da hermenêutica mais atualizada, que traz à operação de interpretação também as pautas valorativas, incorporadas nos princípios, que possuem dimensão normativa (NOHARA, 2006, p. 5).

Daí se depreende que a Constituição Federal não pode ser vista como um conjunto fechado de princípios e regras indiferente à realidade da sociedade. É justamente em razão disso que a utilização do juízo de razoabilidade no sistema jurídico pátrio é mecanismo adequado a lidar com os conflitos de interesses e valores de uma sociedade democrática e complexa, prestando-se a refrear atos estatais arbitrários.

A legalidade, por conseguinte, compreende necessariamente a razoabilidade, seja por influência da teoria do devido processo substantivo, desenvolvida nos Estados Unidos, seja pela noção de restrição da discricionariedade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro, como decorrência do Estado de Direito. A razoabilidade torna-se, neste cenário, parâmetro de legalidade do ato administrativo discricionário.

Ademais, o fato de a razoabilidade constituir um conceito jurídico dotado de fluidez e certa indeterminação, não limita sua utilização como elemento balizador da discricção. Na verdade, o referido princípio se revela como uma garantia adicional aos administrados pela possibilidade de atualização do seu significado ao longo do desenvolvimento e mudança social, notadamente em razão de sua carga axiológica.

Disto se conclui que ao Poder Judiciário compete examinar se a atuação estatal no exercício da competência discricionária se manteve nos limites impostos pela legalidade, pois o Estado de Direito implica a submissão do poder à razão. Assim, o ato administrativo discricionário somente pode ser considerado legítimo quando atender à razoabilidade esperada de quem serve às finalidades de interesse público.

3.2 Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade tem sua origem nas teorias jusnaturalistas desenvolvidas nos séculos XVII e XVIII, a partir do momento em que se reconheceu a existência dos direitos inerentes ao indivíduo e oponíveis ao Estado. No âmbito do Direito Administrativo, o referido cânone foi concebido durante o século XIX como meio de evitar eventuais arbítrios do Poder Público, sobretudo no exercício do poder de polícia.

Em seguida, o princípio da proporcionalidade ganhou dignidade constitucional na Alemanha, após a segunda guerra mundial, por meio da Lei Fundamental de Bonn de 1949. Embora não previsto expressamente nas disposições constitucionais alemãs, a doutrina e jurisprudência daquele país entendem o princípio em estudo como implícito e decorrente do próprio Estado de Direito.

A noção de proporcionalidade indica que as competências administrativas só podem ser exercidas de forma válida na exata extensão e intensidade correspondente ao que seja exigível para o cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Neste contexto, os atos administrativos que desbordem do necessário para alcançar o objetivo tutelado pela norma são inválidos, pelo que devem ser fulminados pelo Poder Judiciário em âmbito de controle de legalidade.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello “[...] o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II e 84, IV. O fato de se ter de buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele.” (MELLO, 2023, p. 93).

Tal como a razoabilidade, a proporcionalidade como dever a ser obedecido pela administração pública consta positivada expressamente no art. 2º, *caput*, da Lei Federal nº 9.784/1999. Note-se que o parágrafo único do mencionado artigo aponta os critérios que deverão reger a conduta administrativa, dentre os quais um deve ser considerado como aclarador da noção de proporcionalidade, a saber:

VI - **adequação entre meios e fins**, vedada a imposição de obrigações, **restrições e sanções em medida superior** àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público. (grifo nosso)

A proporcionalidade não postula outra coisa, senão uma adequação entre meios e fins. Inclusive, em harmonia com a Lei Federal nº 9.784/99, e tendo em vista a importância prática do referido princípio para a condução legítima de casos concretos, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, com as alterações trazidas pela Lei nº 13.655/2018, por via de seus arts. 20 e 21, impôs à administração pública a exigência de ponderação, mediante juízo de proporcionalidade, quando da tomada de decisões que afetem a esfera de direitos de seus administrados. Senão, vejamos:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a **necessidade e a adequação da medida imposta** ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (grifo nosso)

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de **modo proporcional e equânime** e sem prejuízo aos interesses gerais, **não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos**. (grifo nosso)

Além de reforçar a necessidade de motivação das decisões administrativas, a nova LINDB também enaltece a importância do princípio da proporcionalidade como norte para a atuação estatal. Este enunciado normativo é extremamente importante para a promoção de mais segurança jurídica no manuseio da competência discricionária, uma vez que, quanto maior for o grau de liberdade atribuído ao administrador, maior deve ser a necessidade de legitimação das condutas discricionárias praticadas, mediante demonstração de sua congruência jurídica.

É mediante o exame da proporcionalidade de determinado ato administrativo, notadamente os praticados no exercício da competência discricionária, que se verifica se a providência tomada perante certa situação se manteve nos limites necessários para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou extensa do que o exigido para o caso concreto. O excesso, acaso existente no agir estatal, serve apenas como meio de agravar inutilmente os direitos dos cidadãos, em nada lhes beneficiando, razão pela qual tais atos são juridicamente inaceitáveis.

Assim como ocorre nos atos administrativos irrazoáveis, os atos administrativos desproporcionais representam um extravasamento do dever-poder atribuído ao administrador pela regra de competência. É que em todo ato excessivo há, por definição, um excesso em relação à competência exercida, o que significa dizer que o agente supera a demarcação de seu dever-poder ao ultrapassar o necessário para o cumprimento da finalidade legal.

Apesar de muito frequentemente ser entendido como instrumento de controle contra excessos estatais, cada vez mais vem ganhando importância a discussão sobre a utilização do princípio da proporcionalidade para finalidade oposta, a saber, como instrumento contra a omissão ou ação insuficiente do Estado.

Em contrassenso à doutrina majoritária, que considera o referido princípio como verdadeiro princípio instrumental de interpretação constitucional, Humberto Bergmann Ávila considera a proporcionalidade (assim como a razoabilidade) como mero postulado normativo ou dever que estrutura a aplicação de outras normas. Senão, vejamos:

De qualquer forma, as exigências decorrentes da razoabilidade, da proporcionalidade e da proibição de excesso vertem sobre outras normas não, porém, para atribuir-lhes sentido, mas para estruturar racionalmente sua aplicação. Sempre há uma outra norma por trás da aplicação da razoabilidade, da proporcionalidade e da excessividade. Por esse motivo, é oportuno tratá-las como metanormas. E, como elas estruturam a aplicação de outras normas, com elas não se confundindo, é oportuno fazer referência a elas com outra nomenclatura. Daí a utilização do termo “postulado”, a indicar uma norma que estrutura a aplicação de outras (ÁVILA, 2018, p. 180).

Contudo, as controvérsias terminológicas não podem servir para diminuir a importância prático-normativa deste cânone, pois ele está intimamente associado à igualdade, à racionalidade e à justiça material, caracterizando-se como imprescindível instrumento de contenção dos excessos, omissões e ações insuficientes atreladas ao poder público.

Há quem defenda, ademais, que proporcionalidade e razoabilidade não se distinguem, sendo o princípio da proporcionalidade uma simples faceta da razoabilidade. É o caso, por exemplo, de Irene Patrícia Diom Nohara ao afirmar que “a razoabilidade é ontologicamente e pragmaticamente indissociável da proporcionalidade” (NOHARA, 2024, p. 75).

Com visão dissonante da acima apresentada, Virgílio Afonso da Silva³⁵ destaca que proporcionalidade e razoabilidade não se confundem. Confira-se:

Mas, quando se fala, em um discurso jurídico, em princípio da razoabilidade ou em princípio ou regra da proporcionalidade, é evidente que os termos estão revestidos de uma conotação técnico-jurídica e não são mais sinônimos, pois expressam construções jurídicas diversas. Pode-se admitir que tenham objetivos semelhantes, mas isso não autoriza o tratamento de ambos como sinônimos. Ainda que se queira, por intermédio de ambos, controlar as atividades legislativa ou executiva, limitando-as para que não restrinjam mais do que o necessário os direitos dos cidadãos, esse controle é levado a cabo de forma diversa, caso seja aplicado um ou outro critério (SILVA, 2002, p. 28).

Segundo o autor, a proporcionalidade, na forma como desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, possui estrutura racionalmente definida e subelementos independentes – os quais serão estudados em tópico próprio –, que são aplicados em uma ordem pré-definida, conferindo ao princípio da proporcionalidade uma individualidade que claramente lhe diferencia da simples exigência de razoabilidade. A proporcionalidade, portanto, seria mais ampla do que a razoabilidade.

Tendo por base a vigência de um Estado de Direito, o princípio da proporcionalidade pode ser visto como um mandamento de otimização, ou seja, uma norma que obriga que algo seja realizado na maior medida possível, ante as possibilidades fáticas e jurídicas. Assim, além de orientar o julgador, a proporcionalidade também serve como parâmetro para o administrador público no exercício da competência discricionária.

É sobre os pressupostos de fato e de direito (motivo) e a providência adotada (conteúdo) que será realizado o exame da proporcionalidade. Noutras palavras, a “causa” do ato administrativo discricionário será o campo propício para aferir se houve excesso no agir estatal.

Daí que o controle exercido pelo Poder Judiciário, com fundamento no referido princípio, representa um exame de legalidade em sentido amplo, com fundamento na Constituição Federal, na lei e nos princípios basilares do ordenamento jurídico.

³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

3.2.1 Adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito

Como dito, o princípio da proporcionalidade se divide em três subprincípios, quais sejam: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Estes subprincípios representam um teste sucessivo e racional a ser realizado quando da análise da proporcionalidade ou não de determinado ato administrativo discricionário.

Por adequação entende-se que a providência adotada pelo Estado seja propícia para alcançar ou ao menos fomentar o objetivo pretendido pela norma. Assim, o agir estatal será adequado quando, por meio da medida escolhida, a finalidade legal for atingida ou fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. Se determinada medida sequer contribui para promover a realização do objetivo pretendido, deve ser considerada inadequada.

Nas palavras de Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

[...] o ato estatal será adequado quando estiver apto para atingir o resultado pretendido. Em verdade, a adequação não pressupõe a realização completa do objetivo estatal, mas, sim, que a medida contribua para fomentar a realização do objetivo pretendido. A “adequação” pode ser assimilada a partir da metáfora: “é inadequado tentar tapar o sol com uma peneira” (OLIVEIRA, 2013, p. 127).

A necessidade, por sua vez, pressupõe que a conduta adotada deve ser o meio menos gravoso ou oneroso para alcançar a finalidade pública, ou seja: o meio escolhido deve ser aquele que causa o menor prejuízo possível para os indivíduos. O exame da necessidade é imprescindivelmente comparativo, pois visa identificar qual a providência ótima para limitar em menor medida a esfera de interesses individuais e, ao mesmo tempo, atingir o interesse público colimado pela norma.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito prevê que a restrição imposta pelo poder público deve ser equilibradamente compatível com o benefício social visado. Significa dizer que, ainda que determinada medida seja adequada e necessária, não será efetivamente proporcional caso a intensidade da restrição imposta seja maior do que a importância da realização do direito que com ela colide. Sinteticamente, a proporcionalidade em sentido estrito é um mandamento de ponderação ou sopesamento que busca atingir o grau excelente de realização do interesse público.

Se os motivos que fundamentam a providência tomada não tiverem peso suficiente para justificar a restrição do direito atingido, tal providência será considerada desproporcional em sentido estrito.

Em suma, os três subprincípios acima tratados são assertivamente conceituados por Humberto Bergmann Ávila nos seguintes termos:

Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim (ÁVILA, 2018, p. 203).

O exame da proporcionalidade faz-se necessário sempre que se estiver diante de uma providência concreta que busque atingir determinada finalidade legal. Neste cenário é que se analisam as possibilidades de a medida efetivamente ser capaz de levar ao atingimento da finalidade (adequação), de a medida ser a menos restritiva de direitos dentre aquelas consideradas adequadas (necessidade) e de a finalidade colimada pela norma ser tão importante a justificar tal restrição (proporcionalidade em sentido estrito).

É relevante pontuar que a ordem pré-definida dos subprincípios ora estudados deve ser necessariamente observada para que o dever de proporcionalidade seja corretamente aplicado. O que se quer dizer é que a análise da adequação precede a da necessidade, que, por sua vez, precede a da proporcionalidade em sentido estrito.

Se observada esta ordem, a aplicação da proporcionalidade nem sempre exigirá o exame de todos os subprincípios em questão, pois eles relacionam-se de forma subsidiária entre si. Portanto, a análise da necessidade somente será exigível quanto a análise da adequação já não tiver resolvido o caso, assim como a análise da proporcionalidade em sentido somente se fará imprescindível quando examinados os dois primeiros subprincípios sem resolução do caso.

Deste modo, haverá casos em que somente o exame da adequação será suficiente para identificar a proporcionalidade ou não de determinado ato administrativo discricionário. Noutros, será necessário debruçar-se sobre os três subprincípios para se alcançar uma conclusão.

Traçado o panorama necessário, conclui-se que as prerrogativas inerentes à administração pública devem ser objeto de controle pelo Poder Judiciário, especialmente porque podem justificar a restrição de direitos fundamentais. Daí se depreende que o ato administrativo discricionário pode ser objeto de controle de legalidade mediante o princípio da proporcionalidade (assim como razoabilidade), uma vez que não se retirará do ordenamento jurídico um ato praticado em obediência a critérios de conveniência e oportunidade, mas sim um ato ilegal.

Não se controla o mérito do ato administrativo em descompasso com a proporcionalidade. O que se reconhece é que o conteúdo desproporcional do ato simplesmente não representa mérito, pois não há conveniência e oportunidade fora dos limites do que é proporcional. Não mais se admite que o controle de legalidade dos atos administrativos discricionários se detenha apenas sobre os aspectos extrínsecos do ato, razão pela qual deve se estender à conveniência e oportunidade que levaram ao exercício da competência.

Por conseguinte, o mérito administrativo não é totalmente imune a uma equilibrada e legítima sindicabilidade judicial com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Se assim o fosse, estar-se-ia diante de um poder absoluto, incompatível com o Estado Democrático de Direito.

4. CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 Controle judicial da administração pública: o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o princípio da separação dos poderes

No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre em grande parte dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição (*una lex, una jurisdictio*), isto é, o chamado sistema de monopólio de jurisdição ou sistema inglês. Por meio dessa modalidade de sistema, que pode se especializar em órgãos (Varas de Fazenda Pública) ou em ramos (Justiça Federal) para tratar especificamente de questões atinentes ao Estado, todos os litígios administrativos ou mesmo de cunho privado se sujeitam à apreciação e decisão do Poder Judiciário, não havendo que se falar em um “contencioso administrativo” com função jurisdicional.

O fundamento positivo para utilização desse sistema no Brasil está consolidado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal vigente³⁶, mediante o qual se consagra o princípio da inafastabilidade da jurisdição. Assim, nenhuma decisão proferida por qualquer dos poderes que ofenda direito, ou ameace ofendê-lo, pode ser excluída do exame, com força de definitividade, por órgãos jurisdicionais.

Neste contexto, cabe ao Poder Judiciário controlar, *in concreto*, a legitimidade dos comportamentos da administração pública, a exemplo dos atos administrativos discricionários, com o objetivo de anular os vícios cometidos, compelindo-a a praticar aqueles atos que seriam obrigatórios e condenando-a a indenizar os lesados, quando for este o caso. Via de regra, este controle se dá *a posteriori*, ou seja, após a produção e ingresso do ato administrativo no mundo jurídico.

A submissão dos atos administrativos ao controle jurisdicional é uma decorrência do Estado de Direito, uma vez que, de nada valeria sujeitar a administração à Constituição e às leis, se não fosse viável - perante um órgão dotado de imparcialidade e independência, equidistante dos interesses das pessoas públicas e privadas - contestar seus atos. É que a ação administrativa não se “juridiciza” na

³⁶ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

ausência da lei, visto que qualquer ato estatal praticado sem o correspondente calço legal ou excedente do âmbito demarcado pela norma expõe-se à anulação.

Nas palavras de Luís Roberto Barroso:

O princípio da inafastabilidade da jurisdição prevê o direito de acesso ao Judiciário, a fim de submeter-lhe toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito. Abrange não apenas o direito à tutela jurisdicional em sentido amplo, mas a um processo acessível, célere, eficiente e justo – portanto, à tutela jurisdicional efetiva (CF, art. 5º, XXXV). Impõe ao Judiciário o dever de eliminar eventuais obstáculos que impeçam os cidadãos, especialmente os economicamente desfavorecidos, de acessar a justiça, bem como inspira a incorporação de meios alternativos de resolução de conflitos, que permitam conferir maior racionalidade ao funcionamento judicial. Trata-se de garantia essencial, na medida em que de nada vale proteger um conjunto amplo de direitos se não houver mecanismo apto a fazê-los valer na prática, em caso de descumprimento (BARROSO, 2024, p. 693).

A palavra “lei” contida no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, deve ser compreendida em seus sentidos material e formal, especialmente para englobar todas as pautas jurídicas de comportamento que, porventura, pretendam servir como obstáculo ao acesso à justiça, e não apenas aquelas produzidas pelo Poder Legislativo. A lição de Edmir Netto de Araújo é útil para clarear este ponto nodal:

A edição do ato administrativo (ou prática de atos materiais) pelo agente do Estado poderá, ocasionalmente, não estar de acordo com o modelo legal ou com o interesse público, lesando assim direitos ou interesses do administrado, o qual, em certos casos, poderá recorrer ao Poder Judiciário para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica, lesado com a medida e, assim, recolocar as coisas no “status quo ante”. O fundamento do controle jurisdicional da atividade administrativa repousa no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, segundo o qual nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída ao exame do Poder Judiciário (ARAÚJO, 2018, p. 1332).

Todo cidadão, portanto, independentemente de raça, credo, condição econômica, posição política ou social, ostenta o direito de ter sua demanda apreciada por um Tribunal independente e imparcial, na defesa de seu patrimônio ou liberdade, especialmente quando a lesão ou ameaça de lesão a direito emanar dos átrios estatais.

A inafastabilidade da jurisdição, por conseguinte, tornou-se a expressão maior da reivindicação de direitos em uma ordem jurídica democrática, que preza (ou deveria prezar) pela justiça social, possuindo relação intrínseca com o instituto da garantia jurídica.

O alargamento do acesso ao judiciário procura fazer com que a administração pública seja contida dentro de seus limites constitucionais e legais. Neste cenário, o poder cautelar do juiz não pode ser amesquinçado por qualquer norma infraconstitucional, pois seu berço é constitucional, tem estatura de cláusula pétrea. Tão importante é o controle jurisdicional, que é denominado por grande parte da doutrina de princípio estruturante do Estado de Direito, a exemplo de Lúcia Valle Figueiredo³⁷, para quem:

[...] o **controle jurisdicional** é princípio estruturante do Estado de Direito. A possibilidade de controle jurisdicional, como hoje se conhece, como influência da Constituição Americana, sobretudo de Marshall, do *judicial review*, aparece na Constituição de República, 1891, e sobrevive até agora. A possibilidade de controle judicial é a mola propulsora do Estado de Direito (FIGUEIREDO, 2001, p. 15, grifos da autora).

A esta altura, já é possível conceituar o controle jurisdicional da administração pública como sendo a atribuição de vigilância, orientação e correção, dada ao Poder Judiciário, pela via constitucional, para que exerça controle de legalidade sobre a atividade e atos administrativos do Poder Executivo, com o objetivo de ratificá-los ou desfazê-los, conforme sejam ou não legais, convenientes ou oportunos.

É no âmbito do controle jurisdicional exercido sobre os atos praticados pelo Poder Executivo, especialmente os atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, que surge a comum discussão acerca da eventual violação ao princípio da separação dos poderes, previsto no art. 2º, da Constituição Federal.

Em síntese, a separação dos poderes é um conceito fundamental do constitucionalismo moderno, e esteve presente na origem da liberdade individual e dos direitos fundamentais. A Constituição Federal de 1988 não apenas indicou expressamente a existência de três poderes, independentes e harmônicos entre si, como também incluiu a separação entre eles no rol de cláusulas pétreas³⁸. Seu núcleo

³⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 6, 2001. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/748>. Acesso em: 18.11.2024.

³⁸ Art. 60. “A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
[...] § 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
[...] III – a separação dos Poderes

de sentido básico é vedar a existência de instâncias hegemônicas, que não estejam sujeitas a controle.

Consoante afirma Uadi Lammêgo Bulos:

[...] a Constituição vigente enuncia a intangibilidade do princípio insculpido no art. 2º, que não pode ser objeto de emenda. Isso evidencia o seu caráter insuprimível (art. 60, § 4º, III), insurgindo daí a sua grande importância como guia ou vetor interpretativo para a determinação do sentido, significado e alcance das demais normas constitucionais.

Ultimamente, tem-se admitido a releitura do princípio da separação dos poderes, a fim de adequá-lo à realidade atual, em que o Estado não mais se limita a uma postura absenteísta. Notadamente porque, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social, passou-se a exigir dos poderes públicos incontáveis prestações positivas, como forma de dar plena efetividade aos direitos fundamentais.

É justamente neste contexto de agigantamento do Poder Executivo, e ampliação de seus instrumentos de atuação, que emerge a necessidade de investigar a forma como a atividade administrativa tem sido exercida, dispondo-se de instrumentos de coordenação e controle desse exercício, cuja finalidade é a de não se cometerem desvios e permitir que se alcance o fim tutelado pela Lei Maior.

Frise-se que o poder político é uno e indecomponível (não cinde a sua forma), razão pela qual quando se discute a separação dos poderes, se está a falar apenas em uma separação instrumental das funções estatais, conferindo-as a órgãos especializados para cada atribuição. Tal fato não impede, contudo, a interferência de um órgão em outro, pois é preciso assegurar o mecanismo de freios e contrapesos, bem como impedir os arbítrios e o autoritarismo, o que só é possível mediante o controle.

Cumpra destacar que a administração pública, em diversas ocasiões, crê que o mérito do ato administrativo é inatingível, não só em razão da harmônica separação dos poderes, mas também em razão da suposta incapacidade técnica de o Poder Judiciário atestar a correção ou não de determinados atos administrativos com sofisticação, refinamento técnico.

Todavia, a tentativa, muitas vezes escamoteada, de a administração pública se blindar contra o controle do mérito do ato administrativo, não subsiste se firmada apenas nestas frágeis premissas. Em obra que trata do tema, Phillip Gil França aborda este ponto com agudeza peculiar:

Como visto, nada mais falacioso do que tal raciocínio apresentado. O Judiciário possui prerrogativas (sem que para tanto ofenda o princípio da tripartição dos poderes, pois é o operador da prestação da tutela jurisdicional do Estado) e ferramentas plenamente hábeis para o questionamento de qualquer questão técnica que esteja sob a responsabilidade da Administração Pública, pois esta é a legal função dos peritos judiciais indicados quando necessários (FRANÇA, 2016, p. 163).

Especificamente no campo do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, cumpre dizer que não mais se aceita que o Poder Judiciário se debruce apenas sobre a legalidade estrita dos atos da administração. Ao invés disso, tem se desenvolvido um conceito amplo de legalidade - legalidade substancial e não apenas formal -, que admite a análise de princípios como forma de controle da atuação estatal, a exemplo dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Não é adequado admitir que o Poder Judiciário se substitua ao Poder Executivo, ou melhor, às competências administrativas, de modo que passe a fazer as opções de conveniência e oportunidade no lugar do gestor público. No entanto, quando ultrapassados os limites legais pela administração pública, esta não poderá se escudar do controle jurisdicional invocando uma competência teoricamente discricionária, indevidamente utilizada no caso concreto.

Não substituir não significa não corrigir, quando necessário e com a respectiva competência para tanto. Quer-se dizer, em síntese, que se deve respeitar a competência legal para a produção do ato e, na mesma intensidade, atender à competência legal de plena verificação dos aspectos que o compõem.

Assim, o controle jurisdicional, para ser efetivo, não pode se restringir aos atos vinculados praticados no exercício da função administrativa. É necessário que seja exercido sobre os atos da administração de maneira ampla e abrangente, permitindo-se a verificação da existência de sua racionalidade, proporcionalidade e coerência.

Nesta linha de pensamento, Luis Manoel Fonseca Pires destaca que:

O Judiciário deve controlar a coerência da interpretação jurídica que se materializa na decisão administrativa, os precedentes administrativos, enfim, a racionalidade da decisão [...].

O mesmo paradigma - a racionalidade da decisão administrativa - serve para o controle judicial da discricionariedade administrativa. A interpretação jurídica feita pela Administração Pública, e igualmente as escolhas junto ao espaço legítimo da discricionariedade administrativa. isto é, em relação ao momento de ação (5.2.1), à forma, aos requisitos procedimentais, à formalização (5.2.2), ao objeto, ao conteúdo (5.2.3) e ao motivo de direito

(5.2.4), devem externar, como primeira condição de legitimidade, racionalidade (PIRES, 2020, p. 284).

Portanto, somente haverá violação à cláusula pétrea da separação de poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Significa dizer que, só haverá infração ao referido princípio se a decisão emanada do órgão jurisdicional culminar na concentração de funções em um único poder, constituindo uma instância hegemônica de poder e esvaziando a independência orgânica dos Poderes.

Afunilando-se a discussão relativa ao tema do estudo, e considerando as premissas de que o controle jurisdicional da administração pública é inafastável no Estado de Direito; e de que tal controle, quando realizado de forma correta, não viola a separação dos poderes, cabe definir se o exame levado a cabo pelo Poder Judiciário pode abranger princípios como instrumento para infirmar ou não a atuação estatal exercida no âmbito da competência discricionária.

É comum se defender, na doutrina contemporânea da teoria geral do direito, sobretudo por influência do jurista alemão Robert Alexy, que o direito deve ter por meta uma “pretensão de correção”. Ou seja, que o direito deve ter a intenção de ser corretamente aplicado, o que depende, nas palavras de Luís Manoel Fonseca Pires “[...] de uma escoreita fundamentação que só é atingida por um procedimento de discurso, por um procedimento de argumentação fundado em princípios.” (PIRES, 2020, p. 277).

Sob esta ótica, entende-se a argumentação por meio de princípios como um mandamento de otimização, ou melhor, um dever de que algo seja realizado na melhor medida das possibilidades de fato e de direito que se façam presentes no caso concreto. Justamente por sua carga axiológica e por serem mandamentos ideais, os princípios, em determinadas situações, acabam colidindo entre si, o que atrai a necessidade de se realizar o procedimento de ponderação.

Phillip Gil França assevera o seguinte sobre a questão:

A relação da doutrina de Alexy e a atuação do Judiciário sugerida apontam ao caminho do abandono da mera blindagem do aspecto discricionário do ato administrativo. Como já tratado, é insuficiente verificar a adequação de mérito técnico do ato administrativo, pois, também, seu núcleo essencial deve estar em conformidade com a ponderação racional e proporcional de legalidade – dita, repita-se, de forma final, pelo Judiciário.
[...] Desse modo, deve buscar-se uma ponderação humanamente (não há como escapar da subjetividade) racional dos valores envolvidos, de igual forma, precisa-se estabelecer quais são os princípios aplicáveis para o alcance da resposta. Finalmente, deve-se buscar – de modo racional e

utilizando o critério de proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade estrita) – dizer qual é a resposta mais bem adequada para o caso posto (não há furtar da hierarquização, quando desta interpretação). Busca-se sempre, então, a superação da questão, não sua mera eliminação. (FRANÇA, 2016, p. 165).

Este procedimento de ponderação é importante especialmente nos casos em que a administração pública possui certa margem de liberdade para decidir qual a medida mais adequada a atingir a finalidade pública (discricionariedade), visto que são os princípios que permitem averiguar a regularidade da atuação estatal. Os princípios, neste cenário, a exemplo da razoabilidade e proporcionalidade, são imprescindíveis como técnica de redução e controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

Não se trata, esclareça-se, de o magistrado substituir o critério da administração pública por seu próprio e subjetivo critério. Se assim o fosse, permitir-se-ia apenas substituir uma discricionariedade (administrativa) por outra (judicial). O controle jurisdicional por meio de princípios se trata, na verdade, de penetrar na decisão objeto de julgamento até encontrar uma explicação objetiva mediante a qual se expressa um princípio.

Não por outra razão, Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do tema, afirma que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra (MELLO, 2007, p. 949).

Tem-se, pois, que a ofensa aos princípios é ainda mais impactante na esfera de direitos, do indivíduo e da sociedade como um todo, do que a ofensa a uma regra (lei posta). Daí, é inconcebível admitir o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, por eventual violação de uma regra (texto legal), mas, em paralelo, inadmitir que este controle seja feito sobre o ato discricionário que vai contra as vigas mestras do ordenamento jurídico, inclusive quando tal violação estiver inserida no mérito do ato administrativo.

4.2 O desvio de finalidade ou desvio de poder

Ao tratar da extensão do controle jurisdicional exercido sobre os atos administrativos discricionários, é imprescindível tecer breves considerações acerca da teoria do desvio de finalidade ou desvio de poder.

Foi no final do século XIX que a jurisprudência do Conselho de Estado francês desenvolveu as primeiras noções de desvio de poder, surgindo esta teoria como uma espécie do gênero excesso de poder (*excès de pouvoir*) para justificar a sindicabilidade dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. A ideia de excesso de poder adveio das leis constitucionais de 1791 sob a influência da teoria da separação de poderes desenvolvida por Montesquieu.

O desvio de finalidade, também conhecido como desvio de poder, na concepção da majoritária doutrina nacional, trata-se da utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que propiciou sua atribuição. Isto é, o desvio de finalidade nada mais é senão o mau uso de uma competência que o agente possui para praticar atos administrativos em busca de uma finalidade que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo mediante o ato efetivamente utilizado.

Em suma, o desvio de finalidade é um vício sobre a finalidade do ato, porque se trata da frustração do próprio objetivo traçado à administração pública pela lei. Portanto, tratando-se de uma transgressão da lei e de uma modalidade de abuso de direito, seu controle pelo Poder Judiciário é de estrita legalidade, de modo algum agredindo a margem de liberdade atribuída ao administrador público.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, o desvio de finalidade pode manifestar-se de dois modos:

- a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo;
- b) quando o agente busca uma finalidade - ainda que de interesse público - alheia à "categoria" do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: "Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal" (MELLO, 2023, p. 319).

Na primeira modalidade apontada pelo autor, o desvio de finalidade é alheio a qualquer finalidade pública, pois a competência é utilizada para dar vazão a intuítos

particulares de favoritismo ou perseguição, e se revela especialmente quando o agente está no exercício de competência discricionária. Nestas situações, a autoridade pública, invocando sua discricção administrativa, aventura-se na busca de objetivos escusos, e o faz de forma mascarada a fim de exhibir uma aparente legalidade da conduta.

Na segunda modalidade de desvio de finalidade, o agente administrativo mira em determinado objetivo público por meio de ato administrativo que, à luz do direito positivo, serve para atingir finalidade diversa da pretendida. Frise-se que a administração pública está adstrita não somente aos fins colimados de antemão pela norma, mas também aos meios que a lei categorizou como sendo os adequados para atingir dada finalidade.

Há, ainda, quem defenda a existência de desvio de finalidade por omissão, a exemplo de Luis Manoel Fonseca Pires:

[...] Isto é, o desvio ocorre tanto na ação quanto na deliberada omissão quando há, neste caso, o dever de agir. E o desvio de finalidade consequente da omissão abrange [...] a potestade regulamentar quando a lei define direitos cujo exercício depende da edição de disposições regulamentares pela Administração.

A lição é pertinente ao direito brasileiro. Não há restrição, nem haveria razões para prescrevê-la, de aplicação do desvio de finalidade para as omissões da Administração Pública. (PIRES, 2020, p. 270).

Nas duas primeiras modalidades de desvio de finalidade, cabe ao magistrado a indeclinável tarefa de esmiuçar as peculiaridades do caso, se valendo de todo o contexto probatório para formar a convicção, por meio de argumentação jurídica racional, da existência ou não de desvio de finalidade no ato administrativo praticado.

Já na terceira modalidade, é possível reclamar que o Poder Judiciário supra a omissão, seja mediante o provimento de um pronunciamento, seja impondo à administração pública que se manifeste oficialmente, caso se esteja diante de competência discricionária.

O desvio de finalidade pode ser entendido como um vício objetivo, uma vez que o importante não é se o agente pretendeu ou não desviar da finalidade legal, mas se efetivamente dela desviou. Para irromper esta patologia, basta que haja mero descompasso entre o fim legal e o fim que o ato atingiu, sendo prescindível o elemento subjetivo (móvel) para sua caracterização. Tal entendimento é sobremaneira relevante para amenizar a problemática acerca da prova em juízo do desvio de finalidade.

Isso porque, durante muito tempo se defendeu que o desvio de finalidade somente poderia ser identificado se analisada a intenção do agente para conferir se o móvel que o inspirou a praticar o ato foi aquele que deveria impulsioná-lo ou se desviou-se para intentos diversos. Contudo, a intenção é um elemento psicológico, difícil de ser determinado, salvo quando o agente a manifesta expressamente, de modo que é deveras árdua a tarefa de conhecer a verdadeira intenção daquele que pratica o ato.

Portanto, na tentativa de diminuir a subjetividade do exame do desvio de finalidade, buscou-se a objetivação de tal procedimento, razão pela qual foram sendo desenvolvidas teorias, pelas doutrinas pátria e estrangeira, defendendo a necessidade de o magistrado se fiar em provas indiciárias ou elementos circunstanciais como forma de revelar o vício em questão.

É que no desvio de finalidade nem sempre há um móvel. A título de exemplo, na segunda modalidade de desvio de finalidade apontada por Celso Antônio, como retro citado, o agente pode até pretender alcançar o fim legítimo colimado pela norma, porém, o faz mediante ato administrativo inadequado para tanto. Neste caso, não há intenção de favoritismo, perseguição ou benefício próprio do agente, mas apenas um equívoco quanto ao meio utilizado.

Mais uma vez, Luis Manoel Fonseca Pires trata do tema com maestria:

[...] é possível simplesmente cotejar o fim prescrito pela norma com a conduta do agente para verificar o descompasso ou correspondência entre a atividade e o interesse público que se deve perseguir. **Uma vez mais encarecemos que a vontade que se apura como viciada no desvio de finalidade não é a vontade íntima, introspectiva do sujeito, mas a vontade normativa, o que permite a simples confrontação - objetiva do que aconteceu com o que deveria ocorrer.**

Em última análise, ao menos para a categoria do desvio de finalidade o elemento subjetivo é absolutamente dispensável (PIRES, 2020, p. 275, grifo nosso).

Assim, pode e deve o magistrado apreciar tal vício mediante o controle de legalidade do ato administrativo discricionário - pois se trata de vício a acarretar nulidade, não sendo passível de convalidação - sem que tal proceder atinja o mérito do ato. Como antes dito, obedecer à lei não é simplesmente atender à forma, mas, sobretudo, ao conteúdo exigido. Não há ofensa, por conseguinte, à margem de liberdade que o agente dispõe no exercício da competência, pois não há discricção e sim ilegalidade quando se destoa da finalidade legal.

Concorrem, para a viabilização objetiva de tal controle, fatores como a irrazoabilidade ou desproporcionalidade da medida. Extrapolam o mérito do ato e podem culminar em desvio de finalidade os critérios que o agente adota que revelam opção desarrazoada, uma vez que a lei não confere liberdade para providências incoerentes, bem como aqueles critérios que incidem em desproporcionalidade da medida em relação aos fatos que lhe deram ensejo, sendo inadequados, desnecessários ou desproporcionais em sentido estrito.

Neste contexto, José Roberto Pimenta Oliveira³⁹ afirma que:

Na determinação concreta do conseqüente, isto é, da norma individual e concreta veiculada pelo “ato administrativo discricionário”, a razoabilidade exigirá que a prescrição emanada da Administração mantenha relação de congruência lógica com a realidade que desencadeia sua ação, em qualquer dos aspectos retrocitados. A aferição da compatibilidade é possível pela verificação do atendimento à finalidade da competência, observável no contexto sistemático em que se insere (OLIVEIRA, 2008, p. 32).

Em todas estas situações o administrador público haverá extravasado o mérito do ato, desviando-se do campo de liberdade que lhe havia sido atribuído. Isto é, terá ultrapassado a linha legítima de discricionariedade para invadir seara proibida pela norma de competência. Daí que o ato será ilegal e o Poder Judiciário deverá fulminá-lo, sob pena de privilegiar o arbítrio e conseqüente violação de princípios jurídicos basilares ao Estado de Direito.

4.3 A teoria dos motivos determinantes

A teoria dos motivos determinantes foi inicialmente concebida na França, em 1919, no *arrêt* Gomel (Acórdão Gomel), por meio do qual o Conselho de Estado francês principiou o controle dos fatos sob uma técnica denominada de erro manifesto de apreciação dos fatos relacionados aos atos praticados pela administração pública.

A partir daí, formulou-se teoria acerca do controle dos motivos de fato dos atos administrativos, que restou estruturada em quatro graus diferentes, a saber: grau mínimo, em que se analisava se os fatos eram ou não materialmente exatos, ou se produzidos sob coação; grau médio, em que se analisava se os fatos estavam de

³⁹ *Ibidem*, p. 32

acordo com a aplicação da lei; grau normal, em que se debruçava sobre a qualificação jurídica dos fatos e; grau máximo, em que se apreciava propriamente os fatos.

Foi em razão da preocupação com a averiguação da realidade que se desenvolveu a teoria do erro manifesto na apreciação dos fatos, o que proporcionou ao Conselho de Estado francês examinar conceitos vagos e indeterminados diante do caso concreto. Assim, a teoria dos motivos determinantes anuncia que os motivos que norteiam a vontade do agente, ou seja, os fatos que servem de arrimo à sua decisão, integram a própria validade do ato administrativo.

A Construção doutrinária acerca da referida teoria implicou enorme avanço no controle jurisdicional dos atos administrativos, uma vez que alargou o conceito de legalidade passível de exame judicial, abarcando os motivos e a necessária correlação entre eles e a medida adotada pela administração pública.

Deste modo, quando o agente aponta os motivos em que se calçou para adotar determinada medida, estes motivos devem ser existentes e verdadeiros como condição inafastável para a validade do ato praticado. Em contrapartida, a invocação de motivos de fato falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados é causa de mácula do ato.

Sabe-se que, se a lei de antemão estabelece o motivo para a prática de determinado ato administrativo, a competência para praticá-lo é vinculada. Trata-se, em verdade, do que comumente se denomina de motivo de direito, ocasião em que já estão pré-estabelecidas as hipóteses fáticas legitimadoras de uma dada ação estatal.

Contudo, em alguns casos a lei permite ao administrador público escolher, *in concreto*, o motivo a justificar a adoção da medida, e é neste contexto que surge a discricionariedade quanto ao motivo do ato. Daí que, se possui certa margem de liberdade para escolher o motivo, o administrador deve apontar um fato existente como suporte à sua decisão - fato este que vincula sua ação - sob pena de a medida ser submetida a controle judicial pleno, em todos os quatro graus de controle acima citados.

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello proclama:

Se a regra de direito enuncia que um dado ato pode (ou deve) ser produzido quando presente determinado motivo (isto é, uma dada situação de fato), resulta óbvio ser condição da lisura da providência adotada que efetivamente tenha ocorrido ou seja existente aquela situação pressuposta na norma a ser aplicada. Se o fato presumido pela lei não existe, sequer irrompe a competência para expedir o ato, pois as competências não são conferidas

para serem exercidas a esmo. Os poderes administrativos são irrogados para que, em face de determinadas situações, o agente atue com vistas ao escopo legal. Donde, o motivo é a demarcação dos pressupostos fáticos cuja ocorrência faz deflagrar *in concreto* a competência que o agente dispõe em abstrato (MELLO, 2010, p. 86).

Em casos tais, admite-se que o controle judicial se estenda, inevitavelmente, ao exame dos motivos do ato, especialmente quando se tratar de ato administrativo praticado no exercício da competência discricionária. Negar ao Poder Judiciário a verificação objetiva dos motivos de fato que levaram à ação estatal, seria o mesmo que convertê-lo em simples endossante da autoridade administrativa, de modo a substituir o controle de legalidade por um processo de referenda extrínseco.

Portanto, cabe ao juiz, ante o caso concreto, indagar se os motivos de fato que levaram à adoção da medida realmente existiram, se são próprios, se há um ajuste entre a realidade concreta e a finalidade consagrada pela norma a ser atingida naquela hipótese específica. Tal proceder pode ser denominado de “qualificação” dos motivos, pois não se pode admitir que o agente público expeça um ato sem motivo algum ou que escolha qualquer motivo a justificar sua ação, o que configuraria verdadeiro absurdo de irracionalidade.

É que o Poder Judiciário deve controlar a coerência da interpretação jurídica que se materializa na decisão tomada pelo gestor público, isto é, deve avaliar a racionalidade do ato como forma de limitação da discricionariedade às balizas legais. Aliás, é o que defende Luis Manoel Fonseca Pires ao afirmar que:

Referir-se à racionalidade da decisão administrativa implica avaliar a ponderação da deliberação feita pela Administração Pública, tanto quanto à interpretação do direito como em referência às escolhas feitas no espaço legítimo da competência discricionária [...] (PIRES, 2020, p. 285).

Frise-se, ademais, que a Lei Federal nº 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, notadamente por meio de seu art. 2º, dispõe que nos processos administrativos deve ser observado o critério da indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram a atuação estatal. Neste contexto é que surge a motivação, como exigência da exposição dos motivos de fato e de direito da prática do ato.

Como afirma Lúcia Valle Figueiredo⁴⁰ “A motivação será, pois, a pedra de toque para o controle da discricionariedade [...]” (FIGUEIREDO, 2001, p. 19). Será a motivação o critério que diferenciará o ato discricionário do ato arbitrário, mediante a averiguação da coerência lógica entre o exercício da discricção e os fatos aos quais se dirige.

Sob esta ótica, serão avaliadas a razoabilidade e proporcionalidade da decisão administrativa, à luz do motivo de fato apontado como legitimador da conduta. José Roberto Pimenta Oliveira arremata a questão na seguinte afirmativa:

Os parâmetros objetivos que balizam a produção de certo ato em face das circunstâncias concretas, sobretudo quando estas permitem a adoção de outro comportamento administrativo, devem estar consignados na motivação, que deve ‘demonstrar a razoabilidade deles, para revelar se estão ou não abrigados dentro da zona de liberdade deixada pela lei’.

Além de permitir visualizar a racionalidade no processo de construção da decisão, a fundamentação é condição necessária para estabelecer a sua razoabilidade do seu conteúdo.

[...]

A motivação do ato discricionário será o pressuposto procedimental apto a afirmar qualquer arbitrariedade, irracionalidade ou irrazoabilidade no cumprimento da função, ao expor as razões fáticas, lógicas e jurídicas que sustentam a legitimidade do proceder da Administração. (OLIVEIRA, 2008, p. 38-44).

Por conseguinte, ao Poder Judiciário caberá verificar se a atuação administrativa se manteve ou não dentro dos limites do razoável e do proporcional perante o caso concreto, corrigindo-a sempre que observe ter havido qualificação imprópria dos motivos ou mesmo abusiva e desproporcional extensão do sentido extraído do conceito legal ante os fatos a que se quer aplicá-lo.

4.4 O exame da causa do ato e a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade

Finalmente, outro meio de contraste judicial do ato administrativo discricionário é o exame de sua “causa”. Consoante explanado em capítulos antecedentes, a causa do ato administrativo corresponde à necessária relação de adequação entre o motivo que serviu de arrimo para a adoção da medida, e o seu conteúdo, em vista da finalidade legal consagrada pela lei.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 19

O exame da causa do ato administrativo é extremamente importante nos casos em que a lei não prevê, de antemão, os motivos de direito legitimadores de determinada conduta estatal. Nestas situações, não há como cotejar o motivo legal com a situação de fato a fim de averiguar se há ou não ajuste entre eles. Portanto, sendo o caso de o agente escolher o motivo de fato a embasar sua atuação, cumpre que este motivo seja logicamente correlacionado com o conteúdo do ato (aquilo que o ato dispõe).

É de rigor, pois, que nestas hipóteses se busque a relação de pertinência lógica, em face dos princípios encampados pelo Direito - a exemplo da razoabilidade e proporcionalidade - entre a situação tomada como fundamento para a atuação discricionária do agente e a finalidade que a lei atribui à competência ali exercitada. Na lição consagrada por Celso Antônio Bandeira de Mello:

Com efeito, se o administrador embasa-se em determinados eventos ou situações e diante deles pratica ato desproporcional ao que era requerido para atingir o fim legal ou inapto a lhe dar satisfação, por insuficiente ou excessivo, inadequado, imprestável, verifica-se que os motivos em que se apoiou não eram justificadores da providência; em uma palavra: não podiam ser os motivos implícitos na lei, porque 'não haverá a correlação lógica necessária' entre o que se tomou como estribo para expedir o ato e o conteúdo dele. Vale dizer: não era perante aqueles fatos que o bem jurídico consagrado na finalidade legal reclamaria a adoção da medida tomada (MELLO, 2010, p. 95).

Importante destacar que a pluralidade de decisões legítimas que caracteriza a discricionariedade administrativa é manifestada especialmente no conteúdo do ato, e é nesta declaração jurídica expressada pela administração pública que se determina a opção adotada pelo agente.

Nesta ocasião, averigua-se a razoabilidade e proporcionalidade da conduta estatal, a fim de concluir se a providência tomada (conteúdo) perante certa situação (motivo) se manteve nos limites corretos para atender à finalidade legal ou se foi mais intensa ou extensa do que o necessário, visto que um ato que extrapola o exigido para atingir o escopo normativo não pode ser considerado, nem de longe, razoável. A corroborar tal assertiva, destaca-se palavras de José Roberto Pimenta Oliveira:

Além da consideração dos motivos, a decisão administrativa razoável, quando há liberdade estipulativa do conteúdo, exige proporcionalidade, uma certa relação de adequação entre o meio utilizado pela Administração e o fim de interesse público cuja persecução lhe compete. Enfim, 'deve ser

estabelecida uma relação de justa proporção entre a situação, a finalidade e a decisão' [...] (OLIVEIRA, 2008, p. 34).

Quando se afirma que o mérito do ato administrativo por vezes se relaciona com o motivo e o conteúdo do ato, quer-se dizer que o mérito, em determinados casos, está intrínseco à própria causa do ato administrativo. Justamente por meio deste mérito, isto é, pela causa, é que se pode aferir a legitimidade ou não do ato administrativo discricionário à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Ato contínuo, cumpre destacar que a ausência de adaptação do conteúdo em relação às finalidades públicas estabelecidas pelo ordenamento jurídico culmina verdadeiramente no ato arbitrário, enquanto declaração jurídica emanada única e exclusivamente com amparo na vontade do titular da competência, o que caracteriza desvio de finalidade.

Por conseguinte, a postura absenteísta do Poder Judiciário em cenário como este permitirá que o agente se valha da competência outorgada pela norma – atribuída inicialmente como instrumento para atingir um fim legítimo - para buscar seus objetivos pessoais, utilizando-se, para tanto, da máquina pública.

Se o ato, portanto, destoar dos parâmetros legais de racionalidade, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, a margem de liberdade concedida pela lei ao gestor público transforma-se em arbitrariedade, antítese da discricção. Daí a importância dos princípios jurídicos para o controle judicial dos atos discricionários, como mecanismos de garantia dos direitos individuais.

As lições do precitado José Roberto Pimenta Oliveira ainda são imprescindíveis para a discussão do tema. Confira-se:

Para o controle do seu exercício concreto, encontra-se assentado o controle dos motivos e da finalidade do 'ato discricionário'. Na atualidade, desenvolve-se, a passos largos, o controle através dos princípios positivados no sistema, que postula a verificação do nexo de imputação normativa criador da norma individual e concreta, para ratificar a observância dos princípios jurídicos que, como garantia dos administrados, balizam o atuar concreto da Administração, dentre os quais a razoabilidade vem adquirindo enorme relevância (OLIVEIRA, 2008, p. 42).

Na análise da causa do ato, além de aferir a racionalidade/razoabilidade da decisão, é de rigor examinar se o conteúdo é: (i) adequado, isto é, apto e idôneo para a promoção do resultado almejado mediante o uso da competência; (ii) necessário, cuja prescrição nele contida é indispensável para integral satisfação da finalidade

pública e; (iii) proporcional em sentido estrito, cujo bem jurídico tutelado pelo ato praticado tem relevo maior, no caso concreto, do que o direito sobre o qual recai a restrição em detrimento do administrado.

É fato que sob o rótulo do mérito do ato administrativo frequentemente são proferidas decisões judiciais que recusam a legitimidade do controle jurisdicional de atos praticados no exercício da competência discricionária.

Basicamente, é como se a palavra “mérito” possuísse uma invocação mágica: ora a administração alega perante o Poder Judiciário que sua atividade não pode ser examinada, porque se trata de ato praticado mediante critérios de conveniência e oportunidade, ora o próprio Poder Judiciário se adianta para esquivar-se de levar a cabo qualquer controle de legalidade do ato, utilizando-se do mesmo argumento genérico.

Contudo, a omissão jurisdicional em tais casos servirá apenas como forma de legitimar medidas tomadas em uma extensão ou intensidade prescindendas, excessivas em relação àquilo que bastaria para a proteção do interesse público. É, pois, ratificar o desvirtuamento da finalidade legal e “lavar as mãos” para clara ilegalidade que torna o ato nulo.

Assim, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, quando utilizados como mecanismo de controle dos atos administrativos discricionários, tem a primordial função de externar se há racionalidade, coerência, adequação, necessidade e proporcionalidade na atuação estatal diante do caso concreto. Em suma, são princípios que consagram o entendimento segundo o qual a esfera jurídica dos administrados somente será afetada *se, quando e na medida necessária* para a persecução do interesse público.

5. POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES BRASILEIROS

5.1 Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Findos os apontamentos doutrinários acerca do tema em estudo, cumpre agora que sejam esmiuçadas algumas das decisões judiciais proferidas pelos Tribunais Superiores Brasileiros a fim de entender se o controle jurisdicional do ato administrativo discricionário, à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pode ser efetivamente admitido ante os casos concretos postos à apreciação do Poder Judiciário.

Cronologicamente, é possível observar da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que, desde o ano de 2005, já existiam decisões proferidas por aquela Corte tratando da possibilidade de revisão judicial do ato administrativo à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. A título de exemplo, tem-se o acórdão proferido nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 24699, de relatoria do então Ministro Eros Grau.

Em síntese, o referido recurso fora interposto contra decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que havia mantido ato administrativo de demissão do então recorrente por suposta prática de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/1992⁴¹). A ementa⁴² do acórdão restou elaborada nos seguintes termos:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. **A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem**

⁴¹ Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 24699**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 30 de novembro de 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RMS%2024699&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 16 dez. 2024.

a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido. (RMS 24699, Relator(a): EROS GRAU, Primeira Turma, julgado em 30-11-2004, DJ 01-07-2005 PP-00056 EMENT VOL-02198-02 PP-00222 RDDP n. 31, 2005, p. 237-238 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 167-183 RTJ VOL-00195-01 PP-00064, grifo nosso).

Na fundamentação exposta no inteiro teor do acórdão, e ao que interessa ao presente estudo, o Ministro Relator teceu importantes considerações acerca da necessidade de submissão da atuação administrativa aos princípios contemplados pelo ordenamento jurídico, bem como acerca da possibilidade de controle jurisdicional de atos administrativos discricionários à luz da razoabilidade e proporcionalidade. Senão, vejamos:

14. Nesse sentido, **o Poder Judiciário vai à análise do mérito do ato administrativo, inclusive fazendo atuar as pautas da proporcionalidade e da razoabilidade**, que não são princípios, mas sim critérios de aplicação do direito, ponderados no momento das normas de decisão. Não voltarei ao tema, até para não maçar demasiadamente esta Corte. **O fato, porém, é que, nesse exame do mérito do ato, entre outros parâmetros de análise de que para tanto se vale, o Judiciário não apenas examina a proporção que marca a relação entre meios e fins do ato, mas também aquela que se manifesta na relação entre o ato e seus motivos, tal e qual declarados na motivação.**

[...]

16. **Esse exame evidentemente não afronta o princípio da harmonia e interdependência dos poderes entre si** [CB, art. 2º]. Juízos de oportunidade não são sindicáveis pelo Poder Judiciário; mas juízos de legalidade, sim. **A conveniência e oportunidade da Administração não podem ser substituídas pela conveniência e oportunidade do juiz. Mas é certo que o controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.** (GRAU, 2004, p. 232-233, grifo nosso).

Vê-se, portanto, que a defesa apresentada pelo Ministro Relator reflete a visão, reiteradamente defendida neste trabalho, segundo a qual a atuação da administração pública, ainda que dotada de certa margem de discricionariedade, encontra limites

nos direitos fundamentais e nos axiomas impostos pelo ordenamento jurídico (razoabilidade e proporcionalidade).

Seguindo a mesma posição acima, o Ministro Dias Toffoli, na condição de relator do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.900, proferiu acórdão em 2.4.2013 por meio do qual, arrimando-se e passando adiante a reflexão do Ex-ministro Eros Grau, afirmou que o controle jurisdicional de ato administrativo eivado de ilegalidade, além de não violar a separação dos poderes, pode ser feito por meio da averiguação dos parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade do ato.

O acórdão do caso em questão restou ementado⁴³ nos moldes a seguir:

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Processo administrativo disciplinar. Legislação infraconstitucional. Ofensa reflexa. Reexame de provas. Impossibilidade. Controle judicial. Ato administrativo ilegal. Possibilidade. Precedentes. 1. A afronta aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional, quando depende, para ser reconhecida como tal, da análise de normas infraconstitucionais, configura apenas ofensa indireta ou reflexa à Constituição da República. 2. A eventual ofensa ao princípio da ampla defesa em processo administrativo disciplinar possui natureza eminentemente processual, o que enseja a análise prévia da legislação infraconstitucional pertinente e, também, não prescinde, no caso, do reexame dos fatos e das provas da causa. Incidência das Súmulas nºs 636 e 279/STF. 3. **O controle pelo Poder Judiciário de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade não viola o princípio da separação dos poderes, podendo-se aferir a razoabilidade e a proporcionalidade da sanção aplicável à conduta do servidor** 4. Agravo regimental não provido. (RE 634900 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 02-04-2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-096 DIVULG 21-05-2013 PUBLIC 22-05-2013, grifo nosso).

Percebe-se que a posição do Supremo Tribunal Federal, ao longo dos anos, foi se fortalecendo e ganhando ainda mais rigidez argumentativa para admitir a sindicabilidade do agir administrativo no exercício da competência discricionária.

Neste contexto, da jurisprudência produzida no ano de 2014 perante aquela Corte Suprema, chama atenção, especialmente pelo rico aprofundamento teórico, acórdão proferido nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.208, de relatoria do Ministro Luiz Fux.

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.900**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 02 de abril de 2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20634900%20AGR&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 16 dez. 2024.

Resumidamente, tratava-se de recurso interposto contra decisão proferida pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, mediante a qual havia-se denegado a segurança ao *writ* interposto pelo então recorrente.

Impugnando o *decisum* advindo do Superior Tribunal de Justiça, o recorrente se valeu da via recursal direcionada à Corte Suprema, requerendo, de forma nuclear, a revisão judicial de ato administrativo que havia culminado em sua demissão do cargo de Assistente de Administração pela suposta prática dos crimes de formação de quadrilha e advocacia administrativa (arts. 288 e 321, do Código Penal). O recorrente defendia que o ato administrativo em questão havia se desviado dos parâmetros gerais de razoabilidade, pois havia desconsiderado sua absolvição na seara criminal.

Ao apreciar a controvérsia, o Ministro Luiz Fux exarou voto consolidado na ementa⁴⁴ adiante:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PENA DE DEMISSÃO. IMPOSIÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE NO ÂMBITO PENAL. PENALIDADE DESCONSTITUÍDA. RECURSO PROVIDO. **1. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem nortear a Administração Pública como parâmetros de valoração de seus atos sancionatórios, por isso que a não observância dessas balizas justifica a possibilidade de o Poder Judiciário sindicar decisões administrativas. 2. A Lei 9.784/1999 dispõe que “Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. [...] i) Ex positis, dou provimento ao presente recurso ordinário em mandado de segurança para desconstituir a pena de demissão cominada a Ermino Moraes Pereira e determinar sua imediata reintegração ao quadro do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA. 5. Recurso ordinário em mandado de segurança provido para desconstituir a penalidade de demissão imposta ao ora recorrente. (RMS 28208, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 25-02-2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-055 DIVULG 19-03-2014 PUBLIC 20-03-2014, grifo nosso).**

No que é pertinente à matéria, cumpre destacar que o sobredito acórdão foi construído sobre bases robustas, notadamente quando se dissecam as razões argumentativas apresentadas pelo Ministro Relator, as quais viabilizaram a necessária

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.208**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 25 de fevereiro de 2014. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RMS%2028208&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 16 dez. 2024.

aplicação dos subprincípios da proporcionalidade ao caso concreto (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), como meio de sindicatado o ato administrativo vergastado judicialmente.

Nas palavras do Ministro Luiz Fux, extraídas do inteiro teor do acórdão:

A concepção estrutural do princípio da proporcionalidade reconhecida hodiernamente pela doutrina e jurisprudência é sua conformação por três subprincípios: i) adequação ou conformidade; ii) necessidade ou exigibilidade; e iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, observa-se a adequação ou conformidade da medida quando houver a congruência entre a providência adotada e a finalidade da norma. Na observação do subprincípio da necessidade, a decisão tomada é considerada necessária quando nenhum outro meio, igualmente efetivo, possa ser adotado. A necessidade deve ser avaliada de forma quantitativa e qualitativa, traduzindo a máxima “dos males o menor”. E, por último, à luz do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, a medida deve ser avaliada em face da relação custo-benefício da restrição.

Muito embora a absolvição penal nem sempre vincule a decisão a ser proferida no âmbito administrativo disciplinar, *in casu*, não há comprovação da prática de qualquer falta residual pelo Recorrente de gravidade ímpar capaz de justificar a sua demissão.

No caso sob exame, o ato de demissão culminou na saída de um antigo servidor do órgão, com serviços prestados por um grande lapso temporal, afrontando a proporcionalidade como integrante do núcleo da razoabilidade, hoje cânones lindeiros da proporcionalidade. Percebe-se que o benefício não foi superior ao ônus, conforme determina o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Ressalto que a Administração Pública deve ter o princípio da razoabilidade como parâmetro de valoração dos atos do Poder Público, com a finalidade de aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça. Essa medida visa à neutralização do abuso do Poder Público no exercício das funções que lhe são inerentes (FUX, 2014, p. 16-17, grifo nosso).

O Ministro Relator concluiu, portanto, que o ato administrativo impugnado pelo recorrente havia se desviado da razoabilidade e proporcionalidade, o que justificava a atuação controladora do Poder Judiciário como via necessária para evitar a ocorrência e perpetuação de desvio de finalidade na aplicação de uma sanção mais grave do que aquela que a situação concreta reclamava.

Ainda no campo do direito administrativo sancionador – matéria em que se observou maior controle dos atos administrativos por parte do Supremo Tribunal Federal -, vale citar acórdãos proferidos nos anos de 2019 e 2021, nos autos do

Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.174.793⁴⁵ e Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.320.412⁴⁶, ambos de relatoria do Ministro Edson Fachin.

Nos dois acórdãos adiante ementados, que tiveram por base o voto proferido pelo Ministro Relator, reforçou-se o entendimento já sedimentado e difundido no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2005, segundo o qual “[...] o controle jurisdicional do ato administrativo considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicat os aspectos relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade” (FACHIN, 2019 e 2021, p. 13 e p. 10). Confira-se:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO EM 04.02.2019. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. EXONERAÇÃO. ATO ADMINISTRATIVO. NULIDADE. REINTEGRAÇÃO NO CARGO. ESTÁGIO PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DA PENA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. ALEGADA AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES. IMPROCEDÊNCIA. TEMA 660 DA RG. 1. **Conforme firme jurisprudência desta Suprema Corte, o controle jurisdicional do ato administrativo considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicat os aspectos relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade.** 2. Eventual divergência em relação ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem, no que se refere à falta de razoabilidade/proporcionalidade na aplicação da penalidade ou, ainda, a respeito da reintegração de servidor público municipal em estágio probatório, demandaria o reexame de fatos e provas, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF. 3. A questão concernente à ofensa aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e dos limites da coisa julgada, quando a violação é debatida sob a ótica infraconstitucional, não tem repercussão geral (Tema 660). 4. Cabível a majoração dos honorários advocatícios à parte sucumbente no recurso, no caso, porque a ausência de trabalho adicional na instância recursal pela parte recorrida não tem o condão de afastar a aplicação do disposto no artigo 85, §§ 3º e 11, do CPC, eis que a medida tem o claro intuito de desestimular a interposição de recursos procrastinatórios, como o que ora se apresenta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que já

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.174.793**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 25 de outubro de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%201174793%20AGR&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 dez. 2024.

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.320.412**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 10 de setembro de 2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%201320412%20AGR&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 17 dez. 2024.

majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC. (RE 1174793 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25-10-2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 07-11-2019 PUBLIC 08-11-2019, grifo nosso).

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. LICENCIAMENTO EX-OFFICIO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. AUSÊNCIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DA PENA APLICADA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279 DO STF. ILEGALIDADE. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES. **1. Nos termos da orientação firmada no STF, o controle jurisdicional do ato administrativo considerado ilegal ou abusivo não viola o princípio da separação dos Poderes, sendo permitido, inclusive, ao Judiciário sindicat os aspectos relacionados à proporcionalidade e à razoabilidade.** 2. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal de origem demandaria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, tendo em vista a vedação contida na Súmula 279 do STF. 3. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC. Mantida a decisão agravada quanto aos honorários advocatícios, eis que já majorados nos limites do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC. (ARE 1320412 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 30-08-2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-179 DIVULG 09-09-2021 PUBLIC 10-09-2021, grifo nosso).

Para fins de contextualização, nos autos do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.174.793 se discutia a exoneração de um servidor público municipal durante seu período de estágio probatório. O Tribunal de Justiça do Piauí entendeu por bem anular o ato administrativo de demissão, haja vista a inexistência de provas suficientes para justificar a aplicação de tal penalidade.

Ao assim decidir, aquele Tribunal Estadual reputou o ato administrativo praticado pelo ente municipal como sendo desarrazoado e desproporcional, uma vez que a punição aplicada ao servidor não era compatível com a gravidade dos fatos apurados. Tal entendimento foi mantido pelo Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que o controle judicial da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo é legítimo, mesmo nos casos em que há discricção atribuída ao gestor público.

Não por outra razão, tal assertiva foi aplicada quando do julgamento do Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.320.412, caso que envolvia o licenciamento *ex-officio* de determinado servidor por envolvimento em crime de tráfico de drogas.

Neste segundo caso, a análise levada a cabo pelo Tribunal de Justiça de Alagoas culminou na constatação de que o ato administrativo em questão havia ferido os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois não houve correta adequação entre a conduta do servidor e a sanção aplicada, posição que fora ratificada pelo Supremo Tribunal Federal em sede recursal.

Outro caso relevante à discussão do tema corresponde ao Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.403.169⁴⁷, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, cuja decisão foi publicada em 14.10.2022. Sumariamente, a controvérsia apreciada pelo Supremo Tribunal Federal neste caso envolvia ato administrativo praticado pela Agência Nacional do Petróleo – ANP, entidade integrante da administração pública federal indireta.

Referida agência havia aplicado multa administrativa à empresa Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda, originalmente fixada em R\$20.000,00. Posteriormente, a multa foi agravada em 1.200%, de modo que ocorreu a elevação do valor devido para R\$260.000,00. A empresa multada questionou a legalidade do ato administrativo, pleiteando a nulidade do agravamento da multa por violar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Em decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, mantida em sua integralidade pelo Supremo Tribunal Federal, entendeu-se que o ato administrativo de aumento do percentual da multa aplicada careceu de fundamentação concreta e adequada pela ANP, o que justificou considerá-lo como desarrazoado e desproporcional, com a consequente redução da penalidade imposta.

A posição expressada pelo Ministro Dias Toffoli é harmônica com o já citado entendimento majoritário e sólido do Supremo Tribunal Federal, no que toca à possibilidade de incursão, pelo Poder Judiciário, nos elementos do ato administrativo com a finalidade de anular ou corrigir decisões desproporcionais, abusivas. Senão, vejamos:

Sustenta a recorrente, nas razões do apelo extremo, violação do artigo 2º da Constituição Federal.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.403.169**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 07 de outubro de 2022. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoese&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%201403169&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 17 dez. 2024.

Aduz, em síntese, que “não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na esfera de competência da administração pública examinando os critérios de conveniência e oportunidade por ela adotados, alterando a penalidade aplicada sob a justificativa de não se estar respeitando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade”.

[...]

A irresignação não merece prosperar, haja vista que este Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o controle pelo Poder Judiciário, de ato administrativo eivado de ilegalidade ou abusividade, não viola o princípio da separação dos poderes, podendo atuar, inclusive, nas questões atinentes à proporcionalidade e à razoabilidade (TOFFOLI, 2022, p. 3).

Ato contínuo, também calha à colação voto recente proferido pelo Ministro Gilmar Mendes, em 26.2.2024, nos autos do Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.893, de sua relatoria. Abaixo se colaciona a ementa do acórdão que teve por base o voto retro citado⁴⁸, que demonstra, em poucas linhas, que a posição da Corte Suprema acerca da sindicabilidade dos atos administrativos à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade se mantém firme até os dias atuais:

Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Processo administrativo disciplinar. Demissão. Valoração das provas pré-constituídas. **Desproporcionalidade da sanção. Possibilidade de controle judicial acerca da razoabilidade e proporcionalidade da pena. Precedentes.** Recurso ordinário provido para reintegrar a impetrante ao cargo anteriormente ocupado. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Negado provimento ao agravo regimental. (RMS 36893 AgR, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 26-02-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 11-03-2024 PUBLIC 12-03-2024, grifo nosso).

A controvérsia instalada no recurso ora tratado envolvia ato administrativo que aplicou pena de demissão à então recorrente, sob o fundamento de que ela havia se utilizado do cargo que ocupava para lograr proveito pessoal ou de outrem em detrimento da dignidade da função pública, nos moldes do art. 117, IX, da Lei Federal nº 8.112/1990⁴⁹.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.893**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 26 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RMS%2036893&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 17 dez. 2024.

⁴⁹ Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Ao descrever seu voto, o Ministro Relator adentrou à análise da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo que havia aplicado a pena de demissão à servidora, ocasião em que concluiu pela desproporcionalidade da medida adotada, uma vez que a administração pública não havia logrado êxito em comprovar o dolo ou mácula significativa à dignidade da função pública por parte da então recorrente.

Os excertos a seguir colacionados apontam os argumentos tecidos pelo Ministro Relator:

Dessa forma, o mandado de segurança revela-se adequado para reenquadramento de fatos e provas, prestando-se excepcionalmente para **aferir a proporcionalidade da sanção administrativa aplicada**, se houver provas constituídas suficientes para tal análise. No caso em apreço, o acervo probatório já está devidamente e suficientemente pré-constituído e não se faz necessária a dilação probatória.

Em que pese se reconhecer a impossibilidade de se adentrar na análise meritória própria do Poder Executivo, a apreciação de mérito da Administração está delimitada por parâmetros de legalidade a serem protegidos pelo Poder Judiciário. Para aplicação da demissão à servidora, deve ter sido concretizada uma das hipóteses legais previstas taxativamente pela Lei 8112/1990 (MENDES, 2024, p. 4-5, grifo nosso).

É de se destacar que os julgados aqui apresentados, assim como tantos outros que podem ser localizados na base de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, refletem o entendimento majoritário daquela Corte acerca do controle judicial dos atos administrativos, o qual, inclusive, está consolidado na súmula 473⁵⁰, a saber:

Súmula 473. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e **ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial** (grifo nosso).

Vale a pena observar que ainda existem decisões pontuais proferidas por aquela Corte Suprema que expõem entendimento contrário ao aqui defendido, fundamentadas na teoria impugnada nos tópicos anteriores, segundo a qual a revisão judicial de ato administrativo discricionário, mesmo ante a perspectiva da razoabilidade e da proporcionalidade, é vedada ao Poder Judiciário, sob pena de usurpação da competência do Poder Executivo.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 473. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 19 dez. 2024.

Apesar disso, vê-se que a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal tem se consolidado ao longo dos anos, e atualmente consagra o entendimento segundo o qual é possível ao Poder Judiciário sindicar os atos administrativos praticados com certa margem de discricção pela administração pública, notadamente à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, visando a que sejam protegidos os direitos fundamentais contra abusos e arbitrariedades.

5.2 Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

Assim como o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que o controle judicial dos atos administrativos discricionários, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não representa incursão no mérito do ato, mas visa aferir a própria legalidade da atuação estatal.

Por primeiro, é imprescindível trazer à colação o acórdão proferido nos autos do Recurso em Mandado de Segurança nº 16.536, que teve por relator o Ministro Celso Limongi. O voto elaborado pelo Ministro Relator, proferido em 2.2.2010, é simplesmente um apanhado teórico dos principais temas debatidos no presente estudo, e trata do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários com exegese legal e rigor doutrinário louváveis.

O resumo do acórdão, que se baseou inteiramente no voto do Ministro Relator, pode ser visualizado mediante a ementa⁵¹ a seguir:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. FISCAL DO TESOUREIRO. LANÇAMENTO DE ICMS A MENOR. DIFERENÇA DE R\$ 150,00 (CENTO E CINQUENTA REAIS). PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO DESPROPORCIONAL E DESARRAZOADA. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA PROVIDO. **1. É sabido que em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade, assim como a proporcionalidade, fundadas no devido processo legal, decorrem da legalidade, por isso que podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário, quando provocado a fazê-lo.** 2. A pena de demissão deve ser revista pelo Poder Judiciário, quando desarrazoada e desproporcional ao fato apurado no PAD, o que ocorreu nos presentes autos. Precedentes do STJ. 3. Recurso ordinário em mandado de segurança provido. (RMS n. 16.536/PE,

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.536**. Relator: Ministro Celso Limongi. Julgado em 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3ERECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURANca+16.536%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=RECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURANca+16.536>. Acesso em: 19 dez. 2024.

relator Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 2/2/2010, DJe de 22/2/2010, grifo nosso).

Para fins de contextualização, tratava-se, originalmente, de Mandado de Segurança impetrado contra ato administrativo do Estado de Pernambuco, que havia determinado a demissão do então recorrente do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Estadual, sob o argumento de que ele havia cometido, de forma reiterada e dolosa, erros de lançamento tributário, culminando em recolhimento tributário a menor aos cofres públicos.

A diferença entre o valor cobrado na autuação fiscal pelo recorrente e o valor que deveria ter sido efetivamente recolhido aos cofres estaduais havia sido de exatamente R\$150,00. O Tribunal de Justiça pernambucano denegou a segurança pretendida, de modo que fora interposto o recurso em questão, ao qual o Superior Tribunal de Justiça deu provimento.

O Ministro Celso Limongi, na fundamentação de seu voto, destacou que analisar a razoabilidade e proporcionalidade de um ato administrativo não é adentrar à conveniência e oportunidade da administração pública, mas averiguar se a decisão está dentro dos parâmetros necessários de legalidade. Confira-se:

É sabido que **em tema de controle judicial dos atos administrativos, a razoabilidade e a proporcionalidade decorrentes da legalidade podem e devem ser analisadas pelo Poder Judiciário**, quando provocado a fazê-lo.

Com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, **a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais**, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito.

[...]

Vale dizer, **analisar a razoabilidade do ato administrativo, bem como a proporcionalidade não é analisar a conveniência e oportunidade da Administração**. É, em termos efetivos, garantir a própria legalidade da decisão.

Sob esse ângulo, acentua Marino Pazzaglini Filho que o Judiciário pode e deve anular ações, atos e contratos administrativos, originados de juízo discricionário, que contrariem o sistema normativo, envolvendo desvio de finalidade, ineficiência, desproporcionalidade, ou excesso em relação ao fim específico ou ao resultado prático que a Administração pretende alcançar ao aplicar, no âmbito de sua competência, norma jurídica a uma dada situação concreta [...] (LIMONGI, 2010, p. 5-9, grifo nosso).

Com base no entendimento acima esposado, o Ministro Relator entendeu que a pena de demissão imposta ao então recorrente se mostrava desproporcional, especialmente porque a quantia que deixou de ser recolhida aos cofres públicos foi irrisória e não havia qualquer registro que desabonasse a conduta do servidor. Ou seja, a atuação do Poder Judiciário no caso em tela é um exemplo claro da importância da sindicabilidade da atuação estatal, notadamente para fulminar atos administrativos produzidos ao arrepio da legalidade e contrários a uma correta interpretação sistemática do ordenamento jurídico.

A mesma linha de pensamento foi adotada pelo Ministro Herman Benjamin nos autos do Recurso Especial nº 1.762.260, de sua relatoria, julgado em 27.11.2018. No bojo do acórdão⁵², que também envolvia revisão judicial de ato administrativo que impunha penalidade a determinado servidor, defendeu-se o seguinte:

Quanto à alegação de violação de separação dos poderes, a jurisprudência do STJ entende que o Poder Judiciário no exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, além de aferir a legalidade dos aspectos formais do procedimento, pode anular ou reformar sanções aplicáveis à conduta do servidor quando contrárias aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (BENJAMIN, 2018, p. 6).

Além de lides envolvendo o direito administrativo sancionador, também existem julgados do Superior Tribunal de Justiça em matéria de concurso público, dos quais se depreende o exercício do controle judicial sobre atos administrativos praticados também neste segmento. Caso paradigmático é o Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.453.461, de relatoria da Ministra Regina Helena Costa⁵³.

Para fins de contextualização, a controvérsia relacionava-se com ato administrativo que eliminou o então recorrente de concurso público para provimento de cargos de Escrivão da 3ª Classe da Polícia Civil do Estado de Goiás, em razão de seu indiciamento pela prática de figura típica de menor potencial ofensivo (art. 16, da antiga Lei de Drogas - 6.368/1976).

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.762.260**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=REsp+1.762.260&O=JT>. Acesso em: 19 dez. 2024.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.453.461**. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 09 de outubro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271453461%27\)+ou+\(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271453461%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESP%27.clas.+e+@num=%271453461%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271453461%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 dez. 2024.

Apesar de o Tribunal de Justiça de Goiás ter mantido o ato administrativo estatal de eliminação do recorrente do referido concurso público, o Superior Tribunal de Justiça, mediante o bem fundamentado voto da Ministra Relatora, acabou por reformar a decisão sob o argumento de que o ato em questão não se mostrou razoável, nem tampouco proporcional.

Veja-se trecho do inteiro teor do acórdão, publicado em 15.10.2018, que é de ímpar relevância ao tema:

Por fim, sublinhe-se que as expressões “comportamento irrepreensível” e “não gozar de bom conceito moral e social”, consignadas no item 13.3 do edital do concurso público em tela, relativo à investigação social, transcrito no aresto recorrido, **revelam o emprego de conceitos jurídicos indeterminados de valor, facultando, desse modo, comportamento discricionário à Administração Pública, o qual é sujeito a controle judicial, acerca dos seus limites e contornos, dentre eles, a proporcionalidade e razoabilidade** (COSTA, 2018, p. 10, grifo nosso).

Nas palavras da Ministra Relatora, nos casos em que se estiver diante de conceitos jurídicos indeterminados, ocasião em que a significação do conceito é preenchida por uma apreciação subjetiva do administrador público, o princípio da razoabilidade toma importância fundamental para nortear a valoração do agente, a fim de que adote uma solução que seja socialmente aceitável. Defendeu, portanto, que a razoabilidade deve funcionar como uma regra de experiência idônea para aferir o juízo de valor levado a cabo pela administração pública.

Baseada nestas premissas é que a Ministra Relatora adentrou à análise da razoabilidade e proporcionalidade do ato administrativo ali debatido, reputando-o como dissonante de tais princípios.

Compartilha do entendimento acima apontado o Ministro Og Fernandes, notadamente nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 1.806.617, no bojo do qual exerceu a relatoria. A ementa⁵⁴ do acórdão, publicado em 1.6.2021, serve como vislumbre da posição do citado Ministro Relator:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR. SINDICÂNCIA DA VIDA PREGRESSA. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.806.617**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em 01 de junho de 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ARESP%27.clas.+e+@num=%271806617%27\)+ou+\(%27AREsp%27+adj+%271806617%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ARESP%27.clas.+e+@num=%271806617%27)+ou+(%27AREsp%27+adj+%271806617%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 dez. 2024.

POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO REALIZADA PELO PRÓPRIO CANDIDATO. USO DE DROGAS NA JUVENTUDE. FATO OCORRIDO HÁ VÁRIOS ANOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. POSTERIOR INGRESSO NO SERVIÇO PÚBLICO. CARGO DE PROFESSOR. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO ATO RESTRITIVO. REEXAME. CABIMENTO. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL.

1. A jurisprudência do STJ sedimentou o entendimento de que, tratando-se da fase de investigação social para cargos sensíveis, como são os da área policial, a análise realizada pela autoridade administrativa não deve se restringir à constatação de condenações penais transitadas em julgado, englobando o exame de outros aspectos relacionados à conduta moral e social do candidato, a fim de verificar sua adequação ao cargo pretendido.

2. A discricionariedade administrativa não se encontra imune ao controle judicial, mormente diante da prática de atos que impliquem restrições de direitos dos administrados, como se afigura a eliminação de um candidato a concurso público, cumprindo ao órgão julgador reapreciar os aspectos vinculados do ato administrativo, a exemplo da competência, forma, finalidade, bem como a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

3. O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar casos envolvendo a eliminação de candidatos na fase de investigação social de certame público para as carreiras policiais, já teve a oportunidade de consignar que a sindicância de vida pregressa dos candidatos a concursos públicos deve estar jungida pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

4. No caso, tem-se o relato de um fato pelo próprio candidato, no respectivo formulário de ingresso na incorporação, de que foi usuário de drogas quando tinha 19 (dezenove) anos de idade e que não mais possui essa adição há sete anos. Destaca-se, ainda, a informação de que o referido candidato, atualmente, é servidor público do Distrito Federal, exercendo o cargo de professor, não havendo qualquer registro sobre o envolvimento em qualquer ato desabonador de sua reputação moral. E mais, há o registro de que esse mesmo candidato foi aprovado na fase de investigação social no concurso para Soldado da Polícia Militar do Estado do Maranhão.

5. Impedir que o recorrente prossiga no certame público para ingresso nas fileiras da Polícia Militar do Distrito Federal, além de revelar uma postura contraditória da própria Administração Pública, que reputa como inidôneo um candidato que já é integrante dos quadros do serviço público distrital, acaba por aplicá-lo uma sanção de caráter perpétuo, dado o grande lastro temporal entre o fato tido como desabonador e o momento da investigação social. 6. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial. (AREsp n. 1.806.617/DF, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 1/6/2021, DJe de 11/6/2021, grifo nosso).

O feito acima referido é um exemplo do que se afirmou em capítulos anteriores, acerca da posição comum de alguns magistrados ou Tribunais em se esquivarem do exame de legalidade de atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, com base na pseudo-doutrina de que o chamado “mérito” não pode ser objeto de sindicabilidade judicial.

Pois bem. A lide em tela tinha por discussão central a desclassificação do recorrente na fase de investigação social de um concurso público para ocupação de vagas do Curso de Formação de Praças da Polícia Militar do Distrito Federal – PMDF,

haja vista que o então recorrente havia declarado ter feito uso de drogas no ano de 2011, quando tinha apenas 19 anos de idade.

Embora se tenha concedido a pretensão do recorrente em primeiro grau de jurisdição, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios reformou a sentença para manter a eliminação do recorrente no certame, fiando-se no argumento de que o respectivo ato administrativo seria de caráter discricionário, razão pela qual não poderia ser objeto de reexame pelo Poder Judiciário.

Contudo, a decisão foi impugnada pelo recorrente, o que levou a discussão até o Superior Tribunal de Justiça, que, por sua vez, entendeu por reformá-la. Em suma, o Ministro Relator destacou que o Tribunal de origem havia trilhado caminho dissonante da jurisprudência daquela Corte Superior ao reconhecer a impossibilidade de controle judicial do ato que reprovou o recorrente no certame, pois ficou demonstrado que a administração pública não havia adotado a medida em obediência aos cânones da razoabilidade e da proporcionalidade. Confira-se:

Nesse contexto, entendo que a irresignação recursal merece acolhimento, na medida em que o aresto recorrido, ao reconhecer a impossibilidade de controle judicial do ato que reprovou o candidato da sindicância de vida pregressa, trilhou orientação contrária ao entendimento desta Corte Superior, estando demonstrado, no caso, que a Administração não se pautou pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade (FERNANDES, 2021, p. 11).

Portanto, depreende-se que o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que a discricionariedade do gestor público encontra limites na razoabilidade e na proporcionalidade, que devem nortear a prática de todo e qualquer ato administrativo, sob pena de posterior invalidação judicial. Não por outra razão, sua jurisprudência mais recente está assim consolidada.

Para exemplificar, cita-se os Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.109.076, de relatoria do Ministro Afrânio Vilela⁵⁵, cujo julgamento ocorreu em 14.5.2024. Ao que importa ao tema, vale transcrever a ementa abaixo, por via da qual se demonstra o posicionamento atual da Corte

⁵⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.109.076**. Relator: Ministro Afrânio Vilela. Julgado em 14 de maio de 2024. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EEDcl+no+AgInt+no+AGRAVO+EM+RECURSO+ESPECIAL+2109076%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&livre=EDcl+no+AgInt+no+AGRAVO+EM+RECURSO+ESPECIAL+2109076>. Acesso em: 20 dez. 2024.

Superior sobre o controle judicial da discricionariedade administrativa à luz dos princípios jurídicos:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1.022 DO CPC/2015. VÍCIO DE OMISSÃO. ACOLHIMENTO COM EFEITOS INFRINGENTES. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. INDEPENDÊNCIA RELATIVA DE INSTÂNCIAS. VINCULAÇÃO DA ABSOLVIÇÃO CRIMINAL POR NEGATIVA DE AUTORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. RECURSO PROVIDO. 1. A omissão que autoriza a oposição dos embargos de declaração, nos termos do art. 1.022 do CPC, ocorre quando o órgão julgador deixa de se manifestar sobre algum ponto do pedido das partes, como no caso, em que não enfrentada a tese recursal de afastamento dos óbices e do dissídio jurisprudencial (art. 255 do RISTJ; e art. 105, III, c da CF).

2. Constatados os vícios indicados no art. 1.022 do CPC, devem ser acolhidos os embargos de declaração para, com a atribuição de efeitos infringentes, exercer o juízo de retratação no agravo interno, para, conhecendo do agravo, conhecer do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento.

3. A discricionariedade administrativa não impede o controle judicial de seus atos, notadamente se restritivos aos direitos dos administrados, cabendo ao Poder Judiciário reapreciá-los à luz da legalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

4. É entendimento pacificado o da independência das esferas penal, cível e administrativa, à exceção dos casos de absolvição por inexistência de fato ou negativa de autoria, o que reflete o espírito do art. 386, IV, do CPP; do art. 935, do CC; e do art. 126 da Lei 8.112/1990, também aplicável, por analogia, ao servidor militar. (EDcl no AgInt no AREsp n. 2.109.076/MG, relator Ministro Afrânio Vilela, Segunda Turma, julgado em 14/5/2024, DJe de 20/5/2024, grifo nosso)

De todos os julgados aqui expostos, percebe-se que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é majoritária quanto à possibilidade de sindicatizar atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, utilizando-se, para tanto, de parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

A razão de ser deste cenário perante a Corte Superior, bem como perante o Supremo Tribunal Federal, decorre da necessidade de garantir a promoção dos direitos individuais, ao mesmo tempo em que se coloca a administração pública dentro dos eixos de legalidade aos quais sua atuação deve estar submetida.

CONCLUSÃO

Após a análise realizada ao longo de todo este estudo, que teve como ponto nodal averiguar se é possível o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, conclui-se que o exercício da discricionariedade administrativa no ordenamento jurídico brasileiro encontra limites claros estabelecidos tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Muito embora não estejam previstos de forma expressa na Constituição Federal de 1988, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade se encontram espalhados por toda a sistemática jurídico-constitucional, especialmente em razão da força normativa e do caráter axiológico conferido aos princípios no período pós-positivista. Sob este ângulo, tais princípios são alçados a verdadeiros corolários a balizar toda a atuação da administração pública.

Isso porque, o constitucionalismo contemporâneo tem como núcleo essencial a proteção e concretização dos direitos fundamentais. Para tanto, confere-se ao Poder Judiciário a missão de garantir a observância das normas constitucionais, podendo, inclusive, realizar ampla sindicabilidade dos atos administrativos praticados no exercício da competência discricionária, a fim de que não se desgarrarem das finalidades legais e constitucionais.

Destaca-se que o Estado, ao denominar-se “democrático de direito”, deve ter a consciência do exercício da justiça como forma de pacificação e desenvolvimento social. Mais do que isso, deve saber instrumentalizar e manusear os meios para atingir os objetivos traçados pelas linhas constitucionais.

Portanto, o controle dos atos da administração pública - notadamente os atos discricionários -, feito pelo Poder Judiciário, existe em prol de todos aqueles que concederam parcela de sua liberdade individual ao Estado, e tem como função garantir o mínimo de segurança de que os direitos individuais não serão ameaçados ou efetivamente violados sem que haja a legítima ação controladora do Poder Judiciário.

Daí se falar na necessidade de observância do princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois, para que haja uma adequada proteção do cidadão, é de rigor que a eficácia de tal princípio prepondere ante os efeitos de qualquer norma que indevidamente restrinja ou viole direitos fundamentais do cidadão.

Isto é, espera-se que o Poder Judiciário conceda a prestação jurisdicional apropriada e que esta atividade seja exercida em atenção aos princípios insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, a exemplo da razoabilidade e da proporcionalidade.

Saber *como, quando* e *se* agir em prol do interesse público é certamente um dos maiores e mais atuais desafios da administração pública, especialmente se considerada a complexidade das demandas da sociedade moderna. Se ao Estado é concedido este poder, por óbvio que seu exercício precisa estar acompanhado da respectiva atividade de controle por parte do Poder Judiciário.

Neste contexto, observou-se no decorrer do presente estudo que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade ganham destaque como mecanismos de controle jurisdicional dos atos administrativos praticados pela administração pública no exercício da competência discricionária. Por conseguinte, devem servir como balizas para o agente público, a fim de conformar as decisões estatais com a racionalidade e proporcionalidade que se espera daquele que detém a atribuição de alcançar o interesse público estatuído pela lei.

Todo ato administrativo, por sua vez, está sujeito a controle de sua legalidade pelo Poder Judiciário, especialmente quando tratar-se de ato administrativo discricionário, ocasião em que se deve sindicá-lo não apenas os elementos formais do ato, mas sua juridicidade à luz dos princípios jurídicos, de modo que se possa concluir pela sua legalidade ou não.

Dissecando a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, percebeu-se que ambos admitem, como posição majoritária, o controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários por meio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente diante da prática de atos ilegais que impliquem restrições de direitos dos administrados.

Tal proceder não representa, como visto, violação ao princípio da separação dos poderes, uma vez que o controle judicial dos atos administrativos deve ser exercido na mesma proporção em que é exercida a competência discricionária pela administração pública, sob pena de se admitir a perpetuação de arbitrariedades e eventuais levantes tirânicos ou antidemocráticos, tornando o Poder Judiciário, consequentemente, mero endossante da atuação estatal.

É importante destacar que, em algumas das decisões examinadas e em muitas outras estudadas, mas não mencionadas neste trabalho, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça por vezes tratam os princípios da

razoabilidade e proporcionalidade como sendo sinônimos. Todavia, a posição aqui adotada é a de que razoabilidade e proporcionalidade não se confundem.

E não se confundem, em primeiro lugar, porque sua aplicação se dá sobre objetos diferentes. Enquanto o princípio da razoabilidade visa avaliar se o ato administrativo é lógico/racional frente às finalidades legais e elementos do caso concreto, o princípio da proporcionalidade tem como objetivo examinar se há equilíbrio entre os meios utilizados e os fins pretendidos pela administração pública.

Não fosse o bastante, a proporcionalidade se revela mais ampla do que a razoabilidade, pois adota uma abordagem tripartite (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) como forma de viabilizar uma análise mais estruturada e específica do ato administrativo.

Ato contínuo, dos diversos julgados analisados, foi possível verificar uma evolução significativa na compreensão acerca da discricionariedade administrativa pelos Tribunais Superiores, afastando-se a noção de que ela possa ser utilizada de forma arbitrária ou desvinculada dos princípios constitucionais.

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça têm consolidado o entendimento de que a discricionariedade administrativa não confere ao gestor público um poder absoluto, razão pela qual deve ser manuseada em consonância com os valores e objetivos fundamentais do Estado de Direito.

Neste contexto, a razoabilidade e a proporcionalidade surgem como critérios normativos que orientam e delimitam a atuação estatal, funcionando como ferramentas indispensáveis na avaliação da legalidade dos atos administrativos, especialmente quando aferidas por meio da causa (elemento) do ato. Mediante estes cânones, o Poder Judiciário pode averiguar se a escolha realizada pela administração pública respeitou os limites impostos pela lei e se está em harmonia com os direitos fundamentais.

Portanto, o controle judicial dos atos administrativos discricionários não significa usurpação da competência do Poder Executivo ou substituição da discricção do gestor público pela discricção do magistrado.

Trata-se, na verdade, de uma forma de garantir que a atividade administrativa seja conduzida em conformidade com os parâmetros legais, interpretação amplamente reconhecida pelos Tribunais Superiores, que reforça o compromisso do Estado com a proteção dos direitos fundamentais e com a construção de uma administração pública orientada pelo respeito às normas jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Manual de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ARISTÓTELES. **A política**. Editora Martins Fontes, p. 113.

ÁVILA, Humberto. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set./out./nov. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/repensando-o-principio-da-supremacia-do-interesse-publico-sobre-o-particular>. Acesso em: 31 out. 2024.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 239, p. 1–32, 2005. DOI: 10.12660/rda.v239.2005.43855. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/43855>. Acesso em: 31 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 29 set. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei 4.657 de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Lei 4.717 de 1965**. Regula a ação popular. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm. Acesso em: 29 nov. 2024.

BRASIL. **Lei 9.784 de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9784.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. **Lei 13.655 de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público.

Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm. Acesso em: 13 out. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança nº 24699**. Relator: Ministro Eros Grau. Julgado em 30 de novembro de 2004.

Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RMS%2024699&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 634.900**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 02 de abril de 2013. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%20634900%20AGR&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 28.208**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 25 de fevereiro de 2014. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RMS%2028208&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 16 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 1.174.793**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 25 de outubro de 2019. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=RE%201174793%20AGR&sort=score&sortBy=desc>. Acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.320.412**. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgado em 10 de setembro de 2021. Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%201320412%20AGR&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.403.169**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 07 de outubro de 2022.

Disponível em:

https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=decisoes&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ARE%201403169&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 36.893**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 26 de fevereiro de 2024. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=RMS%2036893&sort=score&sortBy=desc. Acesso em: 17 dez. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 473**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=1602>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 15.536**. Relator: Ministro Celso Limongi. Julgado em 2 de fevereiro de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3ERECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURANca+16.536%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&livre=RECURSO+EM+MANDADO+DE+SEGURANca+16.536>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.453.461**. Relator: Ministra Regina Helena Costa. Julgado em 09 de outubro de 2018. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AIRESPE%27.clas.+e+@num=%271453461%27\)+ou+\(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271453461%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AIRESPE%27.clas.+e+@num=%271453461%27)+ou+(%27AgInt%20no%20REsp%27+adj+%271453461%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.762.260**. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 27 de novembro de 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=ACOR&livre=REsp+1.762.260&O=JT>. Acesso em: 19 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 1.806.617**. Relator: Ministro Og Fernandes. Julgado em 01 de junho de 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27ARESP%27.clas.+e+@num=%271806617%27\)+ou+\(%27AREsp%27+adj+%271806617%27\).suce.\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27ARESP%27.clas.+e+@num=%271806617%27)+ou+(%27AREsp%27+adj+%271806617%27).suce.)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 20 dez. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Declaração no Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial nº 2.109.076**. Relator: Ministro Afrânio Vilela. Julgado em 14 de maio de 2024. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?pesquisaAmigavel=+%3Cb%3EEDcl+no+AgInt+no+AGRAVO+EM+RECURSO+ESPECIAL+2109076%3C%2Fb%3E&b=ACOR&tp=T&numDocsPagina=10&i=1&O=&ref=&processo=&ementa=¬a=&filtroPorNota=&orgao=&relator=&uf=&classe=&juizo=&data=&dtpb=&dtde=&operador=e&thesaurus=JURIDICO&livre=EDcl+no+AgInt+no+AGRAVO+EM+RECURSO+ESPECIAL+2109076>. Acesso em: 20 dez. 2024.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2023.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Conceito e critérios de razoabilidade: uma proposta para o direito brasileiro. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 242-255, jul./dez. 2005. Disponível em: https://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bustamante_n27.pdf. Acesso em: 16 nov. 2024.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 38. ed., rev., atual. e ampl. Barueri [SP]: Atlas, 2024.

CONTI, José Maurício; MOUTINHO, Donato Volkers; NASCIMENTO, Leandro Maciel do (org.). **Controle da administração pública no Brasil**. 1 ed. São Paulo: Blucher Open Access, 2022.

COSTA, Karoline da Silva. **O princípio da proporcionalidade como instrumento de controle jurisdicional da discricionariedade administrativa**. [livro eletrônico] 1. ed. João Pessoa, PB: Ed. da Autora, 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. A nova LINDB e o direito administrativo: o que esperar? **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**, São Paulo, ano 22, n. 58, p. 113-120, abr./jun. 2021. Disponível em: https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/cj_n58_08_a%20nova%20lindb%20e%20o%20direito%20administrativo%20-%20o%20que%20esperar_2p.pdf?d=637605061866057063. Acesso em: 16 nov. 2024.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 37. ed., rev., atual. e ampl. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Forense, 2024.

EMBAIXADA DA FRANÇA NO BRASIL. **Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão**. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>. Acesso em: 29 set. 2024.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Controle jurisdicional da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Curitiba, n. 6, 2001. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/748>. Acesso em: 18 nov. 2024.

FRANÇA, Phillip Gil. **Controle da administração pública: combate à corrupção, discricionariedade administrativa e regulação econômica**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. Controle do ato administrativo. In: CAMPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz (Coord.). **Enciclopédia Jurídica da PUC-SP: direito administrativo e constitucional**. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Tomo 2. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/>. Acesso em: 26 out. 2024.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta – São Paulo: Saraiva, 2012.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2024.

MAFFINI, Rafael. Administração pública dialógica (proteção procedimental da confiança) em torno da súmula vinculante nº 3, do Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 253, p. 159–172, 2010. DOI: 10.12660/rda.v253.2010.8051. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/8051>. Acesso em: 31 out. 2024.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 36 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Direito administrativo**. 13. ed., rev., atual. e ampl. - Barueri [SP]: Atlas, 2024.

OLIVEIRA, Aline Silva de. Discricionariedade administrativa e controle judicial: a vinculação pelos princípios. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 43, p. 197-231, jan./mar. 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308088837_Discricionariedade_administrativa_e_controle_judicial_a_vinculacao_pelos_principios. Acesso em: 15 nov. 2024.

OLIVEIRA, José Roberto Leme Alves de. Interesse público. **Cadernos Jurídicos**, São Paulo, ano 20, nº 47, p. 151-164, Janeiro-Fevereiro/2019. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/CadernosJuridicos/47.10.pdf?d=636909377789222583>. Acesso em: 31 out. 2024.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Discricionariedade e razoabilidade**. 2008. Monografia. Disponível em: https://www.academia.edu/59704495/DISCRICIONARIEDADE_E_RAZOABILIDADE. Acesso em: 04 nov. 2024.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. **Segurança jurídica, limites à discricionariedade e LINDB**. 2022. Disponível em: https://www.academia.edu/93154964/Seguran%C3%A7a_jur%C3%ADdica_limites_%C3%A0_discricionariedade_e_LINDB. Acesso em: 16 nov. 2024.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Princípios do direito administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Organização administrativa**. 4. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. - [2. Reimp.] - Rio de Janeiro: Método, 2024.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. Interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional. In: SARMENTO, Daniel (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, n. 798, p. 23-50, 2002. Disponível em: <https://constituicao.direito.usp.br/wp-content/uploads/2002-RT798-Proporcionalidade.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo: o novo olhar da LINDB**. - [2. Reimp.] – Belo Horizonte: Fórum, 2022.