

Capítulo 5 - DOI:10.55232/1082024.5

**DA EROSÃO DA LEGALIDADE À USURPAÇÃO DA
LEGITIMIDADE: AS TRÊS FASES DA DOCTRINA
JURÍDICA DO CONTROLE JURISDICIONAL DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO BRASIL**

Antonio Rodrigues Do Nascimento

RESUMO: Mais que os enunciados do direito constitucional positivo que prescrevem a divisão ou separação dos poderes do Estado, a teoria jurídica (dogmática) tem papel determinante para conformação e operacionalização do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, instituto controvertido, preordenado a servir de instrumento do acoplamento estrutural dos sistemas jurídico e político. Diante desta constatação, considerando-se que a tarefa doutrinária de definição da extensão e intensidade do controle jurisdicional da Administração Pública é fundamental à segurança jurídica e ao equilíbrio político-institucional, o presente ensaio metateórico propõe demonstrar o protagonismo da atividade teórica na configuração dos diferentes modos de controle vivenciados ao longo da história do país, propondo a explicação do desenvolvimento da doutrina nacional sobre a o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa em três fases: (1) controle restrito: a doutrina sobre a discricionariedade administrativa que até então “harmonizava” o instituto com a atividade do “Estado de polícia”; (2) controle amplo: a doutrina promove um deslocamento metodológico da discricionariedade administrativa, afastando-a do “terreno político” para juridicizá-la integralmente; (3) controle extremo: com a promulgação da Constituição de 1988, intensifica-se ao extremo o controle da discricionariedade administrativa, afastando-se a doutrina majoritária de uma vez por todas do princípio da separação de poderes e da legalidade em sua versão tradicional de vinculação à lei em favor do controle jurisdicional com base na vinculação da atividade discricionária da Administração diretamente aos princípios constitucionais positivados (princípios expressos) ou formulados pela própria doutrina (princípios não expressos ou implícitos). A doutrina contemporânea do controle principiológico da discricionariedade administrativa ressentese da falta de consenso mínimo na teoria do direito quanto ao que seja “princípio jurídico”, bem como da identificação destes e de seus respectivos conteúdos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação aos princípios ditos “implícitos” ou “doutrinários”. Estas circunstâncias são agravadas diante da instrumentalização judicial de conceitos fundamentais à doutrina principiológica, como “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “ponderação”, frequentemente aplicados como meros topois argumentativos que aludem a determinados pressupostos teóricos, porém não logram demonstrar sua adequada aplicação na atividade de controle dos atos discricionários da Administração Pública.

Palavras-chave: Metateoria do direito, discricionariedade administrativa, controle jurisdicional

INTRODUÇÃO

A denominada “ciência do direito administrativo brasileiro” – ainda que não seja exclusividade dela – trata da discricionariedade administrativa sob viés marcadamente garantístico cuja preocupação principal é reduzir ao mínimo, ou mesmo a “zero”, o conteúdo normativo do instituto que consiste na outorga pelo ordenamento jurídico de margens de escolha para ação administrativa diante dos casos concretos. Quando se diz de um ato administrativo que é *discricionário* vale dizer que na prática de tal ato o agente público competente poderá escolher uma dentre várias decisões possíveis, sendo elas todas juridicamente válidas. A tendência de restrição da discricionariedade administrativa, perfilhada pela maior parte da doutrina administrativista nacional de referência, constitui verdadeiro consenso majoritário quanto ao exame do mérito das decisões atos administrativas discricionárias pelo Poder Judiciário em bases exclusivamente discursivas/argumentativas, prevalecendo as escolhas dos juízes sobre as escolhas da Administração Pública. Diante desta constatação, o presente ensaio metateórico pretende identificar o processo de imbricação teórico-metodológica da doutrina administrativista com o projeto ético-político assumido pelo Poder Judiciário brasileiro no limiar do século XXI.ⁱ Neste processo a doutrina vai construir o arcabouço técnico-científico que será aparelhado à conformação de um modelo de controle jurisdicional que coloca em xeque os tradicionais fundamentos do regime jurídico-administrativo, a exemplo da vinculação da atividade administrativa à lei produzida pelo Parlamento e a legitimidade democrática da Administração Pública.

Verifica-se do ponto de vista teórico-metodológico que houve um deslocamento progressivo do tema da discricionariedade administrativa ao longo do século XX. Inicialmente alocada no campo da “gestão política”, a discricionariedade administrativa foi deslocada para o campo “hermenêutico”, deslocamento teórico que teve efeito relativamente neutralizador da problematização sobre suas causas normativas e relações necessárias com os princípios da separação de poderes e da legalidade democrática. Em outras palavras, a doutrina deslocou a discricionariedade administrativa do plano da “separação de competências (poderes) e da legitimidade jurídico-constitucional” para a “via normativo-teórica-interpretativa” (COLAÇO ANTUNES, 2013).ⁱⁱ Como resultado, os problemas relacionados ao controle jurisdicional da discricionariedade foram remetidos às questões

sobre os conceitos jurídicos indeterminados e à ponderação de princípios de razoabilidade e proporcionalidade.

Para relativização máxima do mérito administrativo, a doutrina atribuiu ao agente público titular da competência discricionária o dever constitucional de decidir sempre por uma “providência ótima” (BANDEIRA DE MELLO, 2000).ⁱⁱⁱ sujeita à aferição valorativa do Poder Judiciário, que a realiza por meio da “ponderação” de princípios constitucionais expressos ou implícitos que permitem afastar as regras atributivas da discricionariedade *in concreto*. Esta justiciabilidade axiológica irrestrita em matéria de escolhas discricionárias radica nas teses neoconstitucionalistas que (i) reivindicam a superação da legalidade pela juridicidade como resultado da conexão necessária entre o direito e a moral; (ii) postulam a diferenciação entre regras e princípios, (iii) afirmando a prevalência destes últimos sobre as regras e, logo, (iv) a superação da subsunção lógico-formal pela ponderação principialista.

Posto isto, pretende-se oferecer uma breve síntese descritiva da contribuição da doutrina administrativista nacional para o processo de *erosão da legalidade* no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, partindo da tese do *controle restrito*, fundada na recepção da doutrina francesa sobre o abuso ou desvio de poder (*détournement de pouvoir*); passando pelo *controle amplo*, cujas teses iniciam o deslocamento do tema campo jurídico-político para o teórico-hermenêutico, para chegar ao *controle extremo* sob a vigência da Constituição de 1988.

DESENVOLVIMENTO

a) A progressiva erosão do princípio da legalidade

Antes de tudo é preciso consignar que o termo *erosão* aplicado ao princípio da legalidade foi utilizado por MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (, em artigo publicado em 1977, para referir-se aos efeitos da “inflação legislativa” promovida pelos governos militares, que ao recorrer à multiplicação de leis visando solucionar problemas contingentes acabavam por produzir incerteza e insegurança jurídicas.^{iv} Mais recentemente, PAULO OTERO (2011) vai relacionar o termo *erosão* ao princípio da legalidade em pelo menos três sentidos diversos, a saber: i) aplicado à função legislativa, a *erosão* decorreria do fato de que “a profunda evolução do significado e do valor da Constituição (...) veio colocar limites

procedimentais e materiais ao exercício da função legislativa, transformando a lei num ato subordinado”; ii) aplicado à Administração Pública, refere-se à “erosão na legalidade da actuação administrativa provocada pelas ‘normas legais em branco’” e, iii) à “derrogação administrativa, revelando também a erosão da legalidade, [que] confere aos órgãos administrativos uma verdadeira disponibilidade sobre a estatuição legal.”^v

Não obstante, a conotação sugerida neste ensaio não confere com nenhum dos sentidos citados: *erosão da legalidade* indica aqui o *processo de progressiva indeterminação do princípio da legalidade*, com o processo de desgaste de seu conteúdo original – identificado com o direito positivado *a priori* – pela ação relativizante da doutrina e da jurisprudência. Na doutrina francesa, o marco inicial desta indeterminação da legalidade pode ser identificado no início do século XX, com o “bloco da legalidade” (*bloc légal*) de Hauriou.^{vi} Meio século mais tarde, CHARLES EISENMANN (1959) observaria que para os “representantes mais marcantes” da doutrina francesa (citando nominalmente além de Hauriou, André de Laubadère e Georges Vedel), o princípio de legalidade teria passado a representar, mais que a singela vinculação à lei, “uma certa relação entre os atos ou as ações administrativas e a massa imensa de normas gerais e de normas individuais.”^{vii}

No Brasil, identificamos a gênese do processo de erosão na recepção das teses francesas do controle jurisdicional do mérito administrativo restrito aos casos de desvio de poder ou de finalidade, entendimento notabilizado por MIGUEL SEABRA FAGUNDES n’*O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário* (1948), publicado originalmente em 1941. Já na função de Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte e Relator do acórdão da *Apelação Cível nº 1.422*, em 1948, Seabra Fagundes reafirmaria a tese do controle jurisdicional do mérito em caso de ato administrativo que “encobrendo fins de interesse público, deixe à mostra finalidades pessoais (...) não obstante originário do exercício de competência livre.”^{viii} O acórdão é unanimemente considerado o *leading case* do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa.

b) Do “Estado de polícia” ao controle jurisdicional da discricionariedade administrativa

Dada a incontornável colonialidade epistêmica e cultural, a doutrina jurídica nacional, em regra, descreve institutos desenvolvidos em contextos históricos, políticos e normativos como se fossem realidades transcendentais, neutras e universais, logo, aplicáveis

tout court aos sistemas político-institucional e jurídico-constitucional brasileiros. A reprodução deste padrão na doutrina administrativista parece confirmar a percepção de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA (2008) quanto ao fato de que “trazendo de países distantes nossas formas de vida, nossas instituições e nossa visão do mundo, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos uns desterrados em nossa terra.”^{ix} Esta marca do desterro estará presente na produção teórica do direito administrativo brasileiro também no que concerne à discricionariedade administrativa e seu controle jurisdicional, caracterizada pela transposição da doutrina europeia para a realidade brasileira por vezes de forma acrítica e descontextualizada.

Para os “pais fundadores” da doutrina administrativista nacional não pareceu interessar que o instituto da discricionariedade administrativa não haveria de passar no teste de realidade brasileiro porque, na conformação idel descrita pela doutrina, é um produto do processo histórico, político e social peculiar dos países do ocidente europeu, forjado no interior de conflitos que remontam à formação dos Estados nacionais; às revoluções liberais; às grandes guerras mundiais; à reconstrução política-institucional do século XX até às contradições e desafios da experiência comunitária do direito administrativo europeu e sua doutrina no século XXI. Verifica-se, pois, que as primeiras gerações de administrativistas conviveram com regimes políticos autocráticos e oligárquicos que constituem a maior parte da história republicana brasileira, ficando nítida na produção dogmática deste período a idealização dos conceitos e a mistificação da realidade. Discricionariedade administrativa e arbitrariedade da Administração confundem-se naquele período de “Estado de polícia” (*Polizestaat*) em que a organização estatal “realiza intromissão opressiva na vida dos particulares” (ODETE MEDAUAR, 1995), realidade em tudo contraposta à submissão do poder estatal no Estado de Direito.^x Sob estes regimes a atividade discricionária do Poder Executivo brasileiro – quer sob o Absolutismo Monárquico do Império ou sob as oligarquias autoritárias da República Velha e do Estado Novo –, no comando da Administração Pública era considerada *soberana*, vale dizer, não sujeita a controles externos, pois a dogmática descreverá a discricionariedade administrativa como “ato político” e, com base no direito administrativo francês, preconizará a insusceptibilidade de controle jurisdicional do *mérito administrativo* (conveniência e oportunidade) com base na separação de poderes.

A fase do “Estado de polícia” na doutrina sobre o controle da discricionariedade administrativa só vai começar a ser superada a partir do início da década de 1940, quando elementos igualmente importados do direito administrativo francês

permitirão uma tímida fundamentação da sindicabilidade do *mérito* do ato administrativo nos casos de evidente abuso de poder ou desvio de finalidade, fundamentos que seriam incorporados pelo direito positivo uma década mais tarde, após o fim da ditadura do Estado Novo (1930-1945).^{xi} Este processo de “conversão democrática” da doutrina administrativista será interrompido pelo golpe militar de 1964, restringindo-se novamente, a partir dos governos militares, à admissão do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário aos casos de comprovação de abuso de poder ou desvio de finalidade.

Em fins da década de 1970, começaria projetar-se a geração de administrativistas que teria o privilégio e o desafio de testemunhar, pela primeira vez, a efetiva democratização formal do Estado e da Administração Pública, bem como seus efeitos sobre o regime jurídico-administrativo. Dentre os nomes que se destacam na doutrina administrativista desse período estão Celso Antônio Bandeira De Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Lúcia Valle Figueiredo, Almiro do Couto e Silva, Sérgio Ferraz, Adilson Abreu Dallari, Diógenes Gasparini, Odete Medauar, dentre outros juristas do campo do direito administrativo, muitos ainda atualmente em plena e profícua atividade. São os integrantes da geração denominada por CARLOS ARI SUNDFELD (2004) “publicistas da geração de 60”, de modo a identificar a década da formação acadêmica e profissional destes investigadores, professores e operadores do direito administrativo brasileiro. A geração de 1960 é aquela que “sofre o trauma do Golpe de 1964, convive duas décadas com o autoritarismo militar, já está madura quando da redemocratização e da Constituinte no final dos anos 80 e ainda testemunhará a ‘Reforma do Estado’ dos anos 90”,^{xii} e, acrescenta-se, será a responsável por elaborar uma doutrina da discricionariedade administrativa e de seu *controle amplo* de cariz manifestamente garantístico.

Após a promulgação da Constituição de 1988 uma geração de administrativistas composta por juristas que bacharelaram-se no Direito ou completaram sua formação acadêmica na década de 1990, sob influência das teses “pós-positivistas” e “neoconstitucionalistas” elaborarão a doutrina do *controle extremo* da discricionariedade administrativa.

Identifica-se, pois, três fases da doutrina administrativista brasileira quanto ao tema do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, definidas pela *amplitude* e *intensidade* que admitem para este controle. Sem a pretensão de criar uma classificação temporal estanque, uma vez que coexistem simultaneamente aspectos de uma

fase no interior de outras, a doutrina administrativista brasileira sobre o controle jurisdicional da discricionariedade pode ser explicada, então, pelas seguintes fases:

(1) *controle restrito*: a doutrina sobre a discricionariedade administrativa que até então “harmonizava” o instituto com a atividade do “Estado de polícia” e, portanto, não aprofundava teses sobre seu controle, a partir de 1941, ainda que a doutrina majoritária mantenha o instituto no “terreno da gestão política”, passa-se a admitir, sob influência da doutrina francesa, o controle jurisdicional de legalidade e legitimidade do ato discricionário praticado com abuso de poder ou desvio de finalidade (*détournement de pouvoir*);

(2) *controle amplo*: a doutrina promove um deslocamento metodológico da discricionariedade administrativa, afastando-a do “terreno político” para juridicizá-la integralmente; este movimento inicia a secundarização dos princípios da separação de poderes e da reserva de administração para o controle da discricionariedade administrativa, agora definido como “tarefa interpretativa” do Poder Judiciário, necessária para determinação de sentidos dos enunciados normativos que conferem discricionariedade à Administração, reconhecendo-se à jurisdição o papel de “encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa” (BANDEIRA DE MELLO, 1987).^{xiii}

(3) *controle extremo*: com a promulgação da Constituição de 1988, intensifica-se ao extremo o controle da discricionariedade administrativa, afastando-se a doutrina majoritária de uma vez por todas do princípio da separação de poderes e da legalidade em sua versão tradicional de vinculação à lei em favor do controle jurisdicional com base na vinculação da atividade discricionária da Administração diretamente aos princípios constitucionais positivados (princípios *expressos*)^{xiv} ou formulados pela doutrina (princípios *não expressos* ou *implícitos*).^{xv}

c) A deferência da doutrina do *controle restrito*

De saída, é preciso notar que a tradicional adjetivação dos “órgãos de soberania” ou “poderes” do Estado enquanto “*independentes e harmônicos entre si*”, aparentemente exprime uma contradição semântica. Isso porque apesar da ideia contida na palavra “*independentes*” não ser o antônimo de “*harmônicos*”, enquanto a primeira é um parecido de família do conceito de “*soberano*”, denotando uma liberdade assimétrica que não deve obediência ou sujeição de qualquer tipo a ninguém, o conceito de “*harmonia*” remete às ideias de equilíbrio de forças, elementos, interesses ou partes de determinado

conjunto e, ainda, à concórdia, acordo entre partes simétricas ou ausência de conflitos. Ao intentar descrever o conteúdo jurídico-político desta brasileiríssima formulação constitucional, JOSÉ AFONSO DA SILVA (2021) afirma que “a *harmonia entre os poderes* verifica-se primeiramente pelas normas de cortesia no trato recíproco e no respeito às prerrogativas e faculdades a que mutuamente todos têm direito.”^{xvi} O apelo de SILVA à “cortesia” (sinônimo de “gentileza”, “acatamento”, “deferência” etc.) e ao “respeito” não resiste ao teste de realidade imposto pela dinâmica político-institucional, afinal, além de processos de *impeachment* que resultaram na interrupção de mandato de dois presidentes (1992 e 2015), houve subversão da ordem institucional em seis eventos da história republicana.

A primeira Constituição da República foi promulgada em 1891 sob tutela do poder militar que derrubara a Monarquia Constitucional, em 1889. Vigeu até o fim da chamada “República Velha” e sucumbiu em 1930, com o advento do “Estado Novo”, uma ditadura que durou até 1945, ano em que foi promulgada a primeira Constituição democrática do país que vigeu até o golpe militar de 1964, cujo produto seria a ditadura que teria fim com a “Nova República”, instituída pela Constituição de 1988. Durante os 128 anos de constituições republicanas, desde as cartas outorgadas nos períodos autoritários — que representam mais de 60% da história da República —, até a Constituição de 1988, verifica-se uma contradição genética que vai impactar a doutrina sobre o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa: por um lado, os textos constitucionais sempre enunciaram expressamente o princípio da separação de poderes em sua versão rígida, conformador de um sistema de administração pública executiva centralizada no Chefe do Poder Executivo ao qual são conferidos o comando dos “poderes-deveres” da Administração Pública (“poder regulamentar”, “poder normativo”, “poder discricionário”, “poder de polícia”, “poder hierárquico” etc.), exercidos sob um regime jurídico-administrativo em quase tudo baseado nos institutos elaborados nos duzentos anos de jurisprudência do *Conseil d'Etat* francês. Por outro lado, desde a primeira Constituição da República foi introduzida a forma de controle jurisdicional da atividade administrativa pela jurisdição comum, extinguindo-se o *Conselho de Estado* do Império e transplando-se ao país modelo estadunidense da *judicial review*, modelo este que além de não compatibilizar-se com o sistema de separação rígida de poderes “à francesa” adotado pela Constituição da República, sequer expressava a vontade dos *Framers*, uma vez que não há na Constituição dos EUA previsão expressa da *judicial review*, tratando-se de um modelo de controle jurisdicional que teve suas características particulares definidas de maneira concreta e pragmática, segundo MARCELO CASSEB

CONTINENTINO (2016), após a Guerra da Secessão como resultado do enfrentamento pela Suprema Corte de “questões contextuais políticas e institucionais, as quais tendem a mostrar que o *judicial review* configura mais propriamente uma estrutura institucional contingente, ainda que de longa duração.”^{xvii}

Esta configuração jurídico-constitucional e político-institucional híbrida, nas palavras de LAFAYETE PONDÉ (1994), “soa como um paradoxo termos uma Constituição rígida, avessa ao regime de ‘common law’, excluirmos a possibilidade de uma ‘justiça administrativa’ e admitirmos a jurisprudência como fonte formal do nosso direito positivo.”^{xviii} O paradoxo, no entanto, pouco repercutiu na doutrina administrativista nos albores da República, que admitia apenas o controle jurisdicional restrito da discricionariedade administrativa com base no princípio da separação de poderes. Durante os períodos de autoritarismo da República Velha (1889-1930) e Estado Novo (1930-1945), a doutrina administrativista, de modo geral, apropriou-se do princípio da separação de poderes para salvaguardar o poder discricionário da Administração da sindicabilidade pelo controle jurisdicional, uma vez que o princípio da legalidade estava comprometido com os regimes de arbítrio que relegavam os Poderes Legislativo e Judiciário ao papel de coadjuvantes legitimadores da atividade administrativa sob as ordens do Poder Executivo.

Assim, a doutrina administrativista contribuiu com elementos para imunização da Administração ao controle das decisões administrativas discricionárias atribuindo-lhes a natureza “política” que afastava o controle do Poder Judiciário com fundamento no princípio constitucional da separação de poderes, diante de uma Administração sob o comando de um Poder Executivo hipertrófico, cujo chefe acumula as chefias de Estado, Governo e Administração, a doutrina consolidou a teoria da insuscetibilidade do *mérito* administrativo, ora identificado com o *motivo*, ora com a *finalidade* do ato, à *judicial review*. O *mérito* seria o elemento do ato administrativo revestido, por excelência, do poder discricionário do Executivo, vedado seu controle pelo Poder Judiciário uma vez que, nas palavras do sempre citado SEABRA FAGUNDES (1957), “se o fizesse, exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade, próprio dos órgãos executivos).”^{xix}

Contudo, ainda sob o Estado Novo, a doutrina vai começar a oferecer subsídios teóricos para que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa comece a ser realizado em bases puramente “garantísticas” para a verificação de eventual abuso de poder ou desvio de finalidade. Nesta primeira fase de *controle restrito* da

discricionariedade administrativa a doutrina nacional buscará os fundamentos para a ultrapassagem da separação de poderes no controle jurisdicional da legalidade e legitimidade do ato administrativo na teoria elaborada a partir do precedente de anulação pelo *Conseil d'Etat* do ato administrativo discricionário praticado com *détournement de pouvoir* (desvio de poder), no *arrêt Lesbats* (julgado em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865), quando o tribunal administrativo decidiu pela anulação de ato do Prefeito de Fontainebleau que no uso do poder de polícia administrativa negara autorização ao ingresso de viaturas no pátio da estação de estrada de ferro para servir os passageiros que desembarcavam. O Conselho de Estado decidiu então que o objetivo do ato administrativo que denegou o ingresso das viaturas não visara atender, como deveria, à finalidade da competência discricionária deferida para garantir o atendimento satisfatório dos usuários, mas na verdade, o ato administrativo buscava garantir ao transportador já autorizado o monopólio do serviço. A partir deste precedente formular-se-ia, segundo HENRI EBREN, “uma teoria engenhosa que alcança no ato administrativo o vício mais oculto e imperceptível, e talvez o mais perigoso, abuso de poder” (apud CAIO TÁCITO, 1974).^{xx}

O precursor doutrinário da abertura do mérito administrativo ao controle jurisdicional no Brasil, ainda que se tratasse de um controle restrito à verificação de abuso de poder ou desvio de finalidade, foi MIGUEL SEABRA FAGUNDES. Sua obra *O Contrôlo dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, publicada originalmente em 1941 (durante a ditadura do Estado Novo e reeditada em 1950, 1957, 1968, 1979 e 1984), tornou-se referência obrigatória em virtude do trabalho de sistematização inédito e pelo fôlego e profundidade das reflexões sobre o controle jurisdicional da discricionariedade, até então inéditas na doutrina nacional e consideradas, até hoje, uma reviravolta no estudo do tema. Uma década após a publicação da obra, em artigo que também tornar-se-ia referência, Seabra Fagundes discorreria, uma vez mais, sobre a alocação do mérito, enquanto produto da discricionariedade administrativa, no “terreno da gestão política” e sobre os limites de seu controle jurisdicional:

“Considera-se que o mérito do ato administrativo constitui um aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dados os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por êle exercida, que ao juiz é vedado penetrar no seu conhecimento. Se o fizesse exorbitaria, ultrapassando o campo da apreciação jurídica (legalidade ou legitimidade), que lhe é reservado como órgão específico de preservação da ordem legal, para incursionar no terreno da gestão política (discricionariedade), próprio dos órgãos executivos. Substituir-se-ia ao administrador, quando o seu papel não é tomar-lhe a posição no mecanismo jurídico-constitucional do regime, senão apenas contê-los nos estritos limites da ordem jurídica

(contrôle preventivo) ou compeli-Lo a que os retome, se acaso transpostos (contrôle *a posteriori*).” (SEABRA FAGUNDES, 1951)^{xxi}

A escolha de M. Seabra Fagundes para ilustrar o reposicionamento da doutrinação brasileiro pré-1988 sobre os limites do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não é de modo algum gratuita. Agraciado com o título de *Doutor honoris causa* pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo por sua produção no campo do direito administrativo,^{xxii} Seabra Fagundes também foi Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, função na qual foi responsável pela relatoria do acórdão do julgamento da *Apelação Cível nº 1.422*, em 1948, considerado ainda hoje, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, o *leading case* do controle jurisdicional do ato administrativo discricionário.

Já em fins dos anos 1960, a doutrina sobre o controle da discricionariedade da Administração Pública vai seguindo a trilha aberta por Seabra Fagundes. OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (2007 [1969]), professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC e também desembargador do Tribunal de Justiça do Estado, admitia que atos discricionários “sujeitam-se à apreciação do Judiciário, como já observado, para verificar se existiu, na sua prática, abuso de direito”, uma vez que para ele o ato discricionário era equivalente ao “ato político”. Coerentemente com a premissa de igualar a discricionariedade ao juízo político, O. A. BANDEIRA DE MELLO (2007), vai afirmar a inadmissibilidade de “em princípio, por ilações – do exame em conjunto dos textos, mediante interpretação extensiva ou analógica – estar a Administração presa a poderes vinculantes de ação.”^{xxiii}

Outra não é oposição de HELY LOPES MEIRELLES (1973), para quem “o Poder judiciário visa à defesa dos administrados e à manutenção da Administração dentro das normas legais, pelo que é apenas um *controle de legalidade*.” MEIRELLES admite o controle jurisdicional para verificar a “conformidade com o Direito (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade) e com o interesse público (princípio da finalidade)”, todavia, ressalva peremptoriamente o *mérito* do ato administrativo do controle.^{xxiv} Também JOSÉ CRETELLA JR. (1989), professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, em seu *Manual de Direito Administrativo*, publicado em 1975 originalmente, prelecionava que “*ato discricionário* é insuscetível de apreciação por outro Poder que não aquele que o editou. Assim, nem o Judiciário, nem o Legislativo podem revogar atos do Executivo.”^{xxv} (itálicos no original). A posição declinada no *Manual* seria ratificada por CRETELLA JR. (1975) no mesmo ano do lançamento da obra em artigo publicado na *Revista de Direito Administrativo*:

“Seguiu o trâmite assinalado pela norma, não se afastou do *fim* colimado. É juiz do ato editado. Tomou medida insuscetível de revisão por outro poder, no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência*. A mais completa intangibilidade revisionista o protege” (itálicos no original). Na 4ª edição do seu *Manual*, publicada em 1989 e atualizada em outubro de 1988, segundo o próprio autor, “em grande parte, adaptando-o aos parâmetros da nova Carta Constitucional”, o mesmo não apresenta mudança de entendimento, restringindo o tema do controle jurisdicional da Administração Pública ao último capítulo da obra destinado ao resumo histórico do contencioso administrativo no Brasil.^{xxvi}

Dos excertos das obras dos juristas citados colhe-se que a doutrina administrativa brasileira de referência no período compreendido entre a década de 1940 e 1980, reconhecia o fundamento jurídico-constitucional da discricionariedade administrativa na separação de poder, evidenciado pela admissão da discricionariedade no “terreno da gestão política” (SEABRA FAGUNDES) e pelo reconhecimento do “caráter político” do ato administrativo discricionário (O. A. BANDEIRA DE MELLO), fundamentos que o tornaria “insuscetível de revisão por outro poder no que tange à *oportunidade* ou à *conveniência*” (JOSÉ CRETELLA JR.).

d) A doutrina garantística do *controle amplo*

A reação à identificação doutrinária da discricionariedade administrativa com a atuação política do Governo ao longo dos períodos de autoritarismo consistirá na elaboração de uma doutrina garantística que começará a ser produzida a partir do momento em que os governos militares entram em declínio, no início dos anos 1980. Fruto do labor teórico de juristas que conviveram e sobreviveram aos abusos do Estado a serviço dos regimes de força, esta doutrina do *controle amplo* surge num momento em que inicia-se a distensão do regime militar instaurado em 1964 e vai fundar suas teses sobre o controle do *mérito* do ato administrativo discricionário em bases garantísticas derivadas da narrativa ético-política liberal do direito administrativo enquanto “*um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.*” (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, 2011, itálicos no original).^{xxvii}

Nesta fase de transição para a democracia, a doutrina administrativista inicia um processo de despolitização da atividade discricionária da Administração Pública que passa pela supressão de conteúdo dos manuais e monografias de referência sobre o controle

jurisdicional a relação deste instituto jurídico-político com o princípio da separação de poderes, bem como das barreiras que necessariamente decorrem deste princípio sobre o controle dos atos discricionários. Esta pauta vai ser relegada às investigações teóricas do direito constitucional, da teoria geral do Estado e da ciência política, circunstância que cobrará um preço alto ao direito e à própria democracia. A desimportância atribuída à separação de poderes a partir do ocaso da ditadura de 1964 e, logo, aos consectários lógicos e políticos deste princípio, como a *autocontenção* e a *deferência* do Poder Judiciário diante da atuação discricionária legítima da Administração Pública, corresponde ao deslocamento epistêmico e metodológico que a doutrina efetuou ao remeter o tema do controle da discricionariedade administrativa ao campo da teoria geral do direito e da hermenêutica jurídica, de maneira a circunscrever os debates teóricos sobre seu controle aos problemas de interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados e à aferição da proporcionalidade e razoabilidade *in concreto*.

Como resposta ao autoritarismo precedente encabeçado pelo Poder Executivo, a fase do *controle amplo* da discricionariedade administrativa adota uma linha teórica que CARLOS ARI SUNDEFELD chama de “*postura de combate*” contra as competências do Chefe do Poder Executivo e da Administração Pública, postulando a “defesa de que as leis sejam maximalistas, não podendo deixar espaço para deliberações próprias da administração” e a “crítica e denúncia de inconstitucionalidade contra leis que atribuam à Administração competências amplas (...)” Para Sundefeld, o grande responsável por esta postura de combate é Celso Antônio Bandeira de Mello, o “manualista intelectualmente mais influente das últimas décadas no direito administrativo brasileiro, que se mantém fiel à clássica formulação de Carré de Malberg (v. *La loi, Expression de la Volonté Générale*, Paris, Economica 1984).”^{xxviii}

Embora desde a 1ª edição de seu *Elementos de Direito Administrativo*, CELSO ANTÔNIO (1980), então professor titular de direito administrativo da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC, reconhecesse *en passant* e apenas nas últimas linhas do *Capítulo VIII*, dedicado à “Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial”, que o controle jurisdicional não poderia invadir o “campo de apreciação meramente subjetiva (...) exclusivo do administrador e indevassável ao juiz, sem o que haveria substituição de um pelo outro” e “se poria às textilhas com o próprio princípio da separação de poderes”, já ali também afirmava que “é precisamente em casos que comportam discricção administrativa, que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado (...) já que a pronúncia representa a garantia última de contenção do administrador.”^{xxix}

Em 1992, CELSO ANTÔNIO publica estudo monográfico intitulado *Discricionariedade Administrativa e Controle Jurisdicional*, no qual propõe identificar as causas da discricionariedade administrativa, que para ele decorreria exclusivamente três fatores: 1) da *hipótese da norma* (quando a lei descreve de modo impreciso a situação fática que deflagra o comando legal); 2) do *comando da norma* (quando a lei prevê alternativas ao agente quanto à possibilidade de praticar ou não o ato, definir o tipo de medida ser adotada, o melhor momento para sua adoção ou a forma mais adequada para fazê-lo); 3) da *finalidade da norma* (que aponta valores perseguidos pelo legislador cujos conceitos são plurissignificativos, a exemplo da própria expressão “interesse público”). Após esta identificação das causas da discricionariedade administrativa, o autor conclui que qualquer que seja ela, “o controlador da legitimidade do ato (muitas vezes o Poder Judiciário)” será o responsável por “um exame de pura legitimidade e que impõe a fulminação dos atos — praticados embora *sub color* de (pretenso) exercício de discricionariedade — sempre que seja objetivamente demonstrável que a conduta adotada não foi a **providência ótima** almejada pela lei (...).” (negrito nosso).^{xxx} Esta é a posição que o autor vai adotar ao longo das sucessivas reedições de *Elementos*, que a partir da 4ª edição (1993) passará a ser denominado *Curso de Direito Administrativo*: “já se tem reiteradamente observado, com inteira procedência, que não há *ato propriamente discricionário*, mas apenas discricionariedade por ocasião da prática de certos atos”, afirmando explicitamente a posição garantística de que “não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela (...)”, limites estes cuja fixação estaria compreendida na “tarefa interpretativa” do Poder Judiciário.^{xxxi}

Pouco mais jovem que CELSO ANTÔNIO, a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (sucessora de JOSÉ CRETILLA JR. na titularidade da cadeira de direito administrativo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP) vai reforçar as teses do *controle amplo* com sua pioneira na análise dos efeitos da Constituição de 1988 sobre o controle da discricionariedade administrativa, tema objeto de sua tese *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, com a qual obteve, em 1991, o título de Professora Titular. Para a autora, os “princípios e valores” previstos implícita ou explicitamente na novel Constituição, tais como “razoabilidade, moralidade, motivação e interesse público”, ampliaram sobremaneira a própria legalidade administrativa e, conseqüentemente, restringiram a discricionariedade. A introdução de “considerações axiológicas” no ordenamento abriria aos juízes e tribunais a possibilidade de contrastar “atos administrativos praticados com inobservância de certos valores” que ampliavam o controle jurisdicional ao mesmo tempo que o

tornava “mais difícil” porque aos juízes e tribunais atribuía-se a prerrogativa de “perquirir zonas de maior incerteza.” (DI PIETRO, 1991).^{xxxii}

Após duas décadas da publicação de sua tese, DI PIETRO (2012) retornou ao tema para responder críticas à carência de parâmetros jurídicos uniformes e objetivos no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa pós-1988. No artigo “Da constitucionalização do direito administrativo – Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, a autora vai admitir que o processo de constitucionalização “produziu nova forma de interpretação judicial que pode gerar maior insegurança jurídica, em decorrência da própria imprecisão dos dispositivos constitucionais consagradores de princípios e valores”. Esta constatação, segundo Di Pietro, constituiria “um paradoxo no momento em que o princípio da segurança jurídica se fortalece no direito público brasileiro,” concluindo seu raciocínio com a esperança de que o risco causado pela “imprecisão” dos princípios constitucionais na aplicação do direito poderia “ser superado com o decurso do tempo, pela formação paulatina de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e pelo maior conhecimento da Constituição, não pode significar a crise no princípio da legalidade, no sentido de sua redução ou extinção.”^{xxxiii}

Um ano depois, no artigo “Limites do controle externo da administração pública: ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, publicado em 2013, Di Pietro constata que “fácil é concluir-se o quanto a inserção, no conceito de legalidade, de *princípios e valores* (expressos por termos indeterminados) contribuiu para reduzir a discricionariedade administrativa”, concedendo, contudo, que “remanesce para a Administração Pública uma certa margem de apreciação para aplicar os conceitos jurídicos indeterminados, levando em conta principalmente os princípios da razoabilidade e da motivação; como remanesce também o conceito de mérito, ainda que bastante reduzido”.^{xxxiv} Como se percebe, DI PIETRO também pensa a discricionariedade administrativa a partir de seu controle, restringindo a aplicação do instituto, ao fim e ao cabo, aos conceitos jurídicos indeterminados, os quais, ainda assim, terão no Poder Judiciário sua última instância de determinação a partir da ponderação de princípios. Encontram-se ligeiras nuances quanto às causas da discricionariedade administrativa em CELSO ANTÔNIO e DI PIETRO: enquanto o primeiro reconhece a decisão discricionária com base em critérios conveniência e oportunidade, para a segunda a discricionariedade só tem como causa os conceitos jurídicos indeterminados. Contudo, em matéria de controle jurisdicional, ambos sujeitam a discricionariedade administrativa irrestritamente à “tarefa interpretativa” incumbida ao Poder judiciário para “encontrar barreiras que delimitam mais acertadamente a zona de liberdade de avaliação administrativa” (DI PIETRO, 2013) ou “inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável” (CELSO ANTÔNIO, 2000).

Deste modo, a decisão discricionária da Administração Pública, submetida à legitimidade jurídico-política, é **substituída** pela decisão discricionária do Poder Judiciário, pautada pela interpretação normativa diante do caso concreto e definidora, em última instância e em qualquer caso, da “providência administrativa ótima” ou da “interpretação adequada da lei” no caso concreto. Vê-se que, para os autores referidos, ao controle jurisdicional não é relevante se a discricionariedade administrativa funda-se na separação de poderes e na legalidade ou na imprecisão da linguagem. Em ambos percebe-se a indiferença quanto à discricionariedade administrativa como *categoria ontológica*, como observa DAVID DUARTE (2008), que a identifica como significado de enunciado normativo determinado pelo Legislador para conferir à Administração Pública a prerrogativa de escolher entre duas ou mais soluções diante do caso concreto.^{xxxv} Como consectário lógico não se encontra nestes autores qualquer referência substantiva quanto ao dever de autocontenção judicial ou deferência dos tribunais nos casos de discricionariedade administrativa ontológica como limites inerentes à separação orgânica e funcional de poderes.

e) As teses neoconstitucionalistas do *controle extremo*

Em que pese os contextos jurídico-constitucional e político-institucional totalmente distintos daqueles que ensejaram a “*postura de combate*” da doutrina administrativista em matéria de controle dos poderes discricionários da Administração Pública, as teses neoconstitucionalistas parecem querer recuperar o discurso do início dos anos 1980 ao fazer com referências tardias, porque pós-1988, à “desmistificação” da discricionariedade administrativa, à reversão do seu “enclausuramento político”.^{xxxvi} Dentre as principais teses neoconstitucionalistas que vão influenciar diretamente a doutrina administrativista sobre o controle jurisdicional da discricionariedade destacam-se:

- i) a centralidade da distinção qualitativa entre princípios e regras para a interpretação e aplicação do direito;
- ii) a força normativa e vinculante dos princípios constitucionais;
- iii) a ponderação de princípios constitucionais como método sucedâneo e oposto à subsunção na interpretação e aplicação do direito;

iv) a primazia do Poder Judiciário em relação ao Legislador e ao Administrador na interpretação dos princípios da Constituição (judicialização das relações políticas e sociais).

A questão do controle principiológico da discricionariedade administrativa remete à teoria do direito, uma vez que a própria definição de “princípios” não é consensual na doutrina. Expressiva maioria recorre ora ao critério hermenêutico de Ronald Dworkin, diferenciando princípios das “regras” pela *dimensão de peso* (*dimension of weight*) na aplicação, uma vez que os princípios, segundo Dworkin, ao contrário das regras que são aplicadas ao modo *tudo ou nada* (*all-or-nothing*), devem ter seu “peso” ponderado na aplicação. Também é comum o recurso ao critério estrutural de Robert Alexy que propõe serem os “princípios” *mandados de otimização* e as regras *mandados de definição*, deixando clara a supremacia dos princípios sobre as regras. HUMBERTO ÁVILA (2010) vai relacionar definições de “princípios” de Josef Esser (“fundamento normativo para que determinado fundamento seja encontrado”); Karl Larenz (“normas que estabelecem fundamentos normativos para interpretação e aplicação do direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento”) e, Claus-Wilhelm Canaris (“princípios, ao contrário das regras, possuiriam conteúdo axiológico explícito (...) e receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação”).^{xxxvii}

Diante desta pluralidade de acepções, RICCARDO GUASTINI afirma que a doutrina sequer deveria buscar uma “definição única” para o conceito de “princípios jurídicos”, mas reconhecer *pragmaticamente* que alguns autores os utilizam com determinado significado e outros com significado diverso, e que o termo “princípio” pode denominar mais de um fenômeno.^{xxxviii} Todavia, tais considerações estão longe de perquirir qual a relevância ou conveniência para a ciência jurídica da densificação do conceito de “princípio”. Pretende-se apenas chamar a atenção para a circunstância de que não obstante a indefinição teórica quanto ao que sejam ou devam ser “princípios jurídicos”, há um consenso da corrente principal do direito administrativo brasileiro quanto ao seu caráter vinculante para a atuação da Administração Pública, sejam os princípios “explícitos” ou “expressos”, constantes do *caput* do art. 37 da Constituição (*legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade*), sejam aqueles princípios elaborados pela doutrina e jurisprudência, denominados por sua condição *não-expressa* como princípios “implícitos”, “inerentes”, “doutrinários”, “reconhecidos”, “decorrentes” etc., os quais variam de autor para autor, de juiz para juiz e de tribunal para tribunal.

A doutrina administrativista (assim como a jurisprudência dos tribunais) vai fornecer inúmeros “cardápios” alternativos de princípios e contribuirá para aquilo que LENIO LUIZ STRECK chama de “pan-principiologismo”, fenômeno autorizativo de que “na ‘ausência’ de ‘leis apropriadas’ (...) o intérprete ‘deve’ lançar mão dessa ampla principiologia, sendo que, na falta de um ‘princípio’ aplicável, o próprio intérprete pode criá-lo”.^{xxxix} Neste quadro de incontáveis (e alguns incontroláveis) princípios, “a legalidade, embora ainda muito importante, passa a constituir apenas um princípio do sistema de princípios e regras constitucionais”,^{xl} avultando o papel da “ponderação” diante do caso concreto, ainda que não se encontre na literatura especializada de direito administrativo quaisquer tentativas de demonstrar como eventuais “colisões de princípios” podem ser resolvidas dentro de parâmetros de racionalidade nos moldes propostos pela aplicação da “fórmula do peso” de Robert Alexy, jurista alemão ao qual os administrativistas e constitucionalistas brasileiros, em regra, apelam para fundamentar a técnica da “ponderação de princípios”, utilizando o instrumental teórico do autor como meros *topois* argumentativos (por todas as obras de Alexy referidas *ad nauseam*, cf. *Teoria dos Direitos Fundamentais* e o artigo “A fórmula do peso”).

Sob o argumento da “constitucionalização do ordenamento jurídico” o processo de erosão da legalidade administrativa pela ação da doutrina atinge o que parece ser o seu auge no conjunto de teses instrumentalizado pela jurisprudência para relativizar e limitar *in extremis* a atividade discricionária da Administração Pública, usurpando a legitimidade democrática das decisões da Administração Pública, advinda das eleições periódicas dos Chefes dos Poderes Executivos, além de proporcionar a fundamentação jurídica para criminalização político-civil das escolhas discricionárias dos agentes públicos pelo Poder Judiciário e Ministério Público.

CONCLUSÃO

A *mainstream* contemporânea da doutrina administrativista brasileira parece infensa às críticas ao crescente protagonismo judicial e para os riscos que o alargamento do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa baseado exclusivamente na “ponderação de princípios” pode representar para a separação de poderes, a legalidade e legitimidade democráticas da governança e à segurança jurídica. Na apuração do consenso majoritário em torno da “normatividade principialista” no controle jurisdicional da discricionariedade administrativa no Brasil percebe-se expectativas empolgadas por teses

que apostam na superação ou reformulação do positivismo jurídico no contexto do regime jurídico-administrativo brasileiro. Estes fundamentos dogmáticos assumidos pela corrente principal da doutrina administrativista nacional contribuem para aquilo que parece ser o estágio final de erosão da legalidade administrativa entendida como vinculação da Administração à lei.

Esta doutrina administrativa ressentese da falta de consenso mínimo na teoria do direito quanto ao que seja “princípio jurídico”, bem como da identificação destes e de seus respectivos conteúdos jurídicos no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com relação aos princípios ditos “implícitos” ou “doutrinários”. Estas circunstâncias são agravadas diante da instrumentalização judicial de conceitos fundamentais à doutrina principiológica, como “razoabilidade”, “proporcionalidade” e “ponderação”, frequentemente aplicados como meros *topois* argumentativos que aludem a determinados pressupostos teóricos, porém não logram demonstrar sua adequada aplicação na atividade de controle dos atos discricionários da Administração Pública.

A doutrina administrativista que fundamenta a substituição da interpretação dos textos normativos por meio do processo lógico-subsuntivo em favor da “ponderação de princípios” de conteúdo incerto parece fundar-se num certo exagero ético-político quanto aos problemas relativos ao exercício da discricionariedade administrativa, na mesma medida em que parece exagerar as virtudes político-administrativas do Poder Judiciário para controlá-la irrestritamente. Esta postura é responsável pelo arcabouço técnico-operativo utilizado pelo Poder Judiciário para capturar a competência discricionária, tornando-a refém de interpretações casuísticas, contraditórias e, não raras vezes, desprovidas de fundamento constitucional ou legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, LUÍS FILIPE COLAÇO. *A Ciência Jurídica Administrativa* Coimbra: Edições Almedina, 2013.

ÁVILA, HUMBERTO. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11^a ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO. *Curso de Direito Administrativo*, 28^a ed., São Paulo: Malheiros Editores: 2011.

_____. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4º tir., São Paulo: Malheiro Editores, 2000.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1987.

BANDEIRA DE MELLO, OSWALDO ARANHA. *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007

BARROSO, LUÍS ROBERTO. “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, in VIEIRA, OSCAR VILHENA; GLEZER, RUBENS (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 25-77, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017.

BINENBOJM, GUSTAVO “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, in *Revista Eletrônica de Direito e Reforma do Estado*, nº 13, março/abril/maio 2008, Salvador.

CONTINENTINO, MARCELO CASSEB. “História do *judicial review*: o mito de Marbury”, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, nº 209, jan./mar. 2016 p. 115-132.

CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989.

_____. “Ato Administrativo - A tridimensão da discricionariedade”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 119, pp. 33-39, jan./mar. 1975

DEÁK, RENATO ALBUQUERQUE; NOBRE JUNIOR, EDILSON PEREIRA. “O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar”, in *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 89, nº 01, jan.-jun. 2017.

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA. “Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, pp. 9-24, Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro 2013.

_____. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. “Da constitucionalização do direito administrativo - Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, in *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, pp. 83-106, jan. / Jun. 2012.

DUARTE, DAVID. “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2008, pp. 33-77.

EISENMANN, CHARLES. “O direito administrativo e o princípio da legalidade” (trad. por Ruth Barbosa Goulart), in *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, Rio de Janeiro, abr. jun. 1959, pp. 47-70.

FAGUNDES, MIGUEL SEABRA. “Conceito de mérito no Direito Administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, 1951, pp. 1-16.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 3ª ed., Edição Revista Forense, 1957.

FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. “O princípio da legalidade”, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, 1977, pp. 9-20.

GUASTINI, RICCARDO. *Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, 1998.

HOLANDA, SERGIO BUARQUE. *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 30ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

LEAL, VICTOR NUNES, “Poder discricionário e ação arbitrária da administração - comentário de Victor Nunes Leal”, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, 1948, pp. 52-83.

MEDAUAR, ODETE. “Poder de Polícia”, p. 91, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 199, pp. 89-96, jan./mar. 1995.

MEIRELLES, HELY LOPES. “A Administração Pública e seus controles”, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 114, pp. 23-33, out./dez. 1973.

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO. *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

NOGUEIRA, ATALIBA NOGUEIRA. “Seabra Fagundes, *doutor honoris causa*”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 66, pp. 51-75, 1971.

OTERO, PAULO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp. da edição de Maio/2003, Coimbra: Edições Almedina, 2011.

PONDÉ, LAFAYETE. “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 196, pp. 85-93, abr./jun. 1994.

SILVA, JOSÉ AFONSO DA. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

SUNDFELD, CARLOS ARI. *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. “A Ordem dos Publicistas”, in *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, pp. 33-66, 2004.

STRECK, LENIO LUIZ. “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, in LUIGI FERRAJOLI; LENIO LUIZ STRECK; ANDRÉ KARAM TRINDADE (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, pp. 59-94, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TÁCITO, CAIO. “Teoria e prática do desvio de poder”, *Revista de Direito Administrativo*, nº 117, pp. 1-18, jul./set. 1974.

ⁱ Cfr. LUÍS ROBERTO BARROSO, “A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria”, passim, in OSCAR VILHENA VIEIRA E RUBENS GLEZER (orgs.), *A razão e o voto: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso*, pp. 25-77, Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. Em 2014, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, na qualidade de “Orador Principal (*keynote speaker*) no 3º Congresso da Conferência Mundial sobre Justiça Constitucional”, realizado em Seul, citava textualmente Dalmo Dallari para destacar que “a ampliação das competências do Poder Judiciário, com o reconhecimento de seu papel político, é um fato já reconhecido no final do século vinte. (...) Agora, mais do que nunca, é indispensável que os juízes participem ativamente das discussões a respeito de seu papel social e procurem, com serenidade e coragem, indicar de que modo poderão ser mais úteis à realização da justiça” (DALMO DALLARI, *O Poder dos Juízes*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 166)”. Fonte: *Portal do STF* [www.stf.jus.br].

ⁱⁱ LUÍS FILIPE COLAÇO ANTUNES [colaboração de Juliana Ferraz Coutinho], *A Ciência Jurídica Administrativa* Coimbra: Edições Almedina, 2013, p. 297.

ⁱⁱⁱ CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4º tir., São Paulo: Malheiro Editores, 2000, p. 48.

^{iv} MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, “O princípio da legalidade”, p. 16, in *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, nº 10, 1977, pp. 9-20.

^v PAULO OTERO, *Legalidade e Administração Pública: O sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, 2ª reimp. da edição de Maio/2003, Coimbra: Edições Almedina, 2011, pp. 154 e 904.

^{vi} MAURICE HAURIOU trata da questão “De la soumission au ‘bloc légal’ de toutes les existences sociales y compris l’Etat lui-même” (“Da submissão ao ‘bloco legal’ de toda a existência social, incluindo o próprio Estado”) em seu *Précis de droit administratif et de droit public général: à l’usage des étudiants en licence et en doctorat às-ciências politiques*, Paris: Hachette, s/d, fac-símile da edição de 1900, apud RENATO ALBUQUERQUE DEÁK e EDILSON PEREIRA NOBRE JUNIOR, “O princípio da legalidade e os limites do poder regulamentar”, p. 145, in *Revista Acadêmica – Faculdade de Direito do Recife*, Vol. 89, nº 01, jan.-jun. 2017.

^{vii} CHARLES EISENMANN, “O direito administrativo e o princípio da legalidade” (trad. por Ruth Barbosa Goulart), p. 49 -50, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 56, Rio de Janeiro, abr. jun. 1959, pp. 47-70.

^{viii} VICTOR NUNES LEAL, “Poder discricionário e ação arbitrária da administração - comentário de Victor Nunes Leal”, p. 52, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 14, 1948, pp. 52-83.

^{ix} SERGIO BUARQUE DE HOLANDA, *Raízes do Brasil*, 26ª ed., 30ª reimp., São Paulo: Companhia das Letras, 2008, p. 31.

^x ODETE MEDAUAR, “Poder de Polícia”, p. 91, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 199, pp. 89-96, jan./mar. 1995.

^{xi} As primeiras leis sobre o *desvio de poder* ou de *finalidade* só surgiriam a partir dos anos 1950. O art. 3º da Lei nº 1.207, de 25/10/1950, regulou hipótese típica de desvio de poder, embora sem assim denominá-la, ao cominar nulidade da designação pela autoridade administrativa de local inadequado para realização de comércio

político que importasse em frustração do direito de reunião, admitindo a via judicial para indicação de lugar apropriado. O art. 28 da Lei nº 1.522, de 26/12/51 previu aplicação de sanção disciplinar para a prática de ato administrativo eivado de desvio de poder. O art. 2º da Lei nº 4.717, de 29/06/1965, contemplou o desvio de finalidade entre as causas de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público.

^{xii} CARLOS ARI SUNDFELD, “A Ordem dos Publicistas”, p. 46, in *Direito Público – Estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*, Belo Horizonte, Editora Del Rey, pp. 33-66, 2004.

^{xiii} CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 1987, p. 249.

^{xiv} Constituição da República: “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: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998, que incluiu o “princípio da eficiência” no rol originário)”

^{xv} RICCARDO GUASTINI representa simbolicamente a possibilidade de norma sem disposição como: ? ⇒ N. Para o autor, “a locução ‘norma não expressa’ será uma espécie de oximoro. A rigor, não existem coisas como normas não expressas, já que uma norma ou é expressa por uma disposição, ou não é. (...) Eis porque a distinção entre disposição e norma presta-se também a este uso: traçar uma linha de demarcação entre interpretação de documentos normativos e interpretação do direito.” (*Das fontes às normas*, São Paulo: Quartier Latin, 2005 pp. 42-43). Humberto Ávila afirma que “em alguns casos há norma mas não dispositivo. (...) Por conseguinte, pode-se afirmar que o intérprete não só constrói mas *reconstrói* sentido, tendo em vista a existência de significados incorporados ao uso linguístico e construídos na comunidade do discurso.” (*Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 30 e 33).

^{xvi} JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 110 (itálicos no original).

^{xvii} MARCELO CASSEB CONTINENTINO, “História do *judicial review*: o mito de Marbury”, p. 129, *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 53, nº 209, jan./mar. 2016 p. 115-132. Com apoio em J. R. Saylor (“Judicial review prior to Marbury v. Madison”, *Southwestern Law Journal*, v. 7, p. 88-96, 1953), o autor ressalta que “essa premissa, isto é, a não previsão expressa do *judicial review* no texto da Constituição americana significa que os *Fathers* a rejeitaram, é questionável. A propósito, ver opinião de Saylor, para quem sua não instituição no texto constitucional decorreu da desnecessidade de sua elaboração normativa, em face de constituir uma prática já integrada à prática judicial.” (p. 117).

^{xviii} LAFAYETE PONDÉ, “A doutrina e a jurisprudência na elaboração do direito administrativo”, p. 85, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 196, pp. 85-93, abr./jun. 1994.

^{xix} MIGUEL SEABRA FAGUNDES, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, (...), p. 170.

^{xx} No texto original: “Une théorie aussi ingénieuse permet d'atteindre dans l'acte administratif le vice le plus caché et le plus imperceptible, et peut-être le plus dangereux, le détournement de pouvoir” (Henri Ebrén, *Théorie du détournement de pouvoir*, 1901, p. 28, apud CAIO TÁCITO, “Teoria e prática do desvio de poder”, p. 3, *Revista de Direito Administrativo*...

^{xxi} MIGUEL SEABRA FAGUNDES, 1951 “Conceito de mérito no Direito Administrativo”, pp. 1-2, in *Revista de Direito Administrativo*, v. 23, 1951, pp. 1-16.

^{xxii} Sobre a relevância da doutrina e jurisprudência produzida por Seabra Fagundes, cf. ATALIBA NOGUEIRA, “Seabra Fagundes, doutor honoris causa”, *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, vol. 66, pp. 51-75, 1971.

^{xxiii} OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 484-485 e 487 (primeira edição, originalmente em dois volumes, vol. I em 1969 e vol. II em 1974).

^{xxiv} HELY LOPES MEIRELLES, “A Administração Pública e seus controles”, pp. 23 e 24, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 114, pp. 23-33, out./dez. 1973.

^{xxv} JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Manual de Direito Administrativo*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1989, p. 150 (primeira edição em 1975).

^{xxvi} Idem, “Ato Administrativo - A tridimensão da discricionariedade”, p. 36, in *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 119, pp. 33-39, jan./mar. 1975 e *Manual de Direito Administrativo...*, Capítulo XVII, pp. 401-407.

^{xxvii} CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, 28ª ed., São Paulo: Malheiros Editores: 2011, p. 48.

^{xxviii} CARLOS ARI SUNDFELD, *Direito administrativo para céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012, p. 133.

^{xxxix} CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Elementos de Direito Administrativo*, 1ª ed., 6ª tir., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1987, p. 251. A partir de 1993, a obra passou a ser publicada sob o título *Curso de Direito Administrativo*, mantida a posição e redação originais (cf. *Curso de Direito Administrativo...*, p. 1000).

^{xxx} Idem, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2ª ed., 4º tir., 2000, São Paulo: Malheiro Editores, pp. 18-31 e p. 48.

^{xxxi} Idem, *Curso de Direito Administrativo...* pp. 981 e 998.

^{xxxii} MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*, passim. São Paulo: Atlas, 1991.

^{xxxiii} Idem, “Da constitucionalização do direito administrativo - Reflexos sobre o princípio da legalidade e a discricionariedade administrativa”, p. 5 (itálicos no original), in *Atualidades Jurídicas: Revista do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - OAB*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, pp. 83-106, jan. / Jun. 2012.

^{xxxiv} Idem, “Limites do controle externo da administração pública - ainda é possível falar em discricionariedade administrativa?”, *Revista Brasileira de Direito Público*, v. 11, pp. 9-24, Belo Horizonte: Fórum, julho/setembro 2013.

^{xxxv} DAVID DUARTE, “A discricionariedade administrativa e a competência (sobre a função administrativa) do Provedor de Justiça”, pp. 39-40, in *O Provedor de Justiça – Novos Estudos*, Lisboa: Provedoria de Justiça – Divisão de Documentação, 2008, pp. 33-77.

^{xxxvi} Cf. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *Mutações do Direito Administrativo*, 2ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 11.

^{xxxvii} HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 11ª ed. rev., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 35-36.

^{xxxviii} RICCARDO GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano: Giuffrè, 1998, p. 276. Guastini vai discorrer sobre a tipologia dos princípios em *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, 1996, pp. 116 e ss.

^{xxxix} LENIO LUIZ STRECK, “Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo”, p. 67, in LUIGI FERRAJOLI; LENIO LUIZ STRECK; ANDRÉ KARAM TRINDADE (Orgs.), *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*, pp. 59-94, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

^{xl} GUSTAVO BINENBOJM “A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos”, in *Revista Eletrônica de Direito e Reforma do Estado*, nº 13, março/abril/maio 2008, Salvador.