



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS  
PELO PODER JUDICIÁRIO

Vitor Medeiros dos Reis

Rio de Janeiro  
2019

VITOR MEDEIROS DOS REIS

CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS  
PELO PODER JUDICIÁRIO

Artigo científico apresentado como exigência de  
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*  
da Escola da Magistratura do Estado do Rio de  
Janeiro. Professores Orientadores:  
Mônica C. F. Areal  
Néli L. C. Fetzner  
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro  
2019

## CONTROLE DE JURIDICIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS PELO PODER JUDICIÁRIO

Vitor Medeiros dos Reis

Graduado pela Universidade Federal de  
Juiz de Fora (UFJF).

**Resumo** – o presente artigo pretende discutir o controle de juridicidade sobre os atos administrativos discricionários realizado pelo Poder Judiciário, analisando sua adequação ao ordenamento jurídico em vigor, bem como a necessidade de serem estabelecidos parâmetros objetivos para nortear sua aplicação. Por meio de uma pesquisa do tipo qualitativa, eminentemente bibliográfica e com utilização precípua de fontes indiretas, enfrentam-se as principais críticas encontradas na doutrina sobre esse tipo de controle. Busca-se, assim, defender que o Poder Judiciário, ao analisar a juridicidade de determinado ato administrativo discricionário, não está adentrando no mérito administrativo propriamente dito, mas, tão somente, verificando se a opção eleita pelo administrador reside no espectro de escolhas possíveis, que são aquelas que não agridem princípios constitucionais e legais ou o ordenamento jurídico como um todo. Ao final, serão propostos parâmetros argumentativos a serem observados julgadores na fundamentação de suas decisões, para que se permita que esse controle seja realizado de forma objetiva, racional e apartada de qualquer personalismo ou subjetividade.

**Palavras-chave** – Direito Administrativo. Atos administrativos discricionários. Controle judicial. Controle de juridicidade. Controle de legalidade. Pós-positivismo.

**Sumário** – Introdução. 1. Controle judicial dos atos administrativos ao longo da história: violação do Princípio da Separação dos Poderes? 2. Contributos possíveis do Pós-Positivismo para um controle racional dos atos administrativos discricionários. 3. Busca de *standards* argumentativos objetivos para a racionalização do controle de juridicidade. Conclusão. Referências.

### INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a juridicidade dos atos administrativos discricionários. Procura-se demonstrar que a inexistência de parâmetros objetivos no ordenamento jurídico pátrio para a realização desse tipo de expediente enseja insegurança jurídica e tensões entre os Poderes da República, de modo que se faz necessário estabelecer bases concretas que permitam um controle jurisdicional racional e afastado de personalismos.

A temática do controle judicial dos atos administrativos discricionários sempre fora tratada no âmbito doutrinário pátrio de maneira simplista, uma vez que os principais autores clássicos se limitavam a afirmar que ao Poder Judiciário somente seria possível analisar os aspectos relativos à legalidade de tais atos. Assim, verificada a subsunção do ato administrativo aos requisitos puramente formais previstos nas regras da legislação em vigor, restaria exaurida

a função dos juízes, porquanto o conteúdo do ato, chamado de mérito administrativo, consistiria em um espaço reservado exclusivamente ao administrador público.

Contudo, a partir da influência do ideário jusfilosófico pós-positivista, a doutrina passou a realizar uma análise mais aprofundada do tema, utilizando-se, para tanto, dos princípios, categoria que fora alçada ao *status* de norma jurídica em decorrência da adoção daquele referencial.

Dessa forma, verificou-se que, além de analisar o preenchimento dos requisitos trazidos pelas regras, seria possível ao Poder Judiciário examinar a compatibilidade do conteúdo do ato administrativo com os princípios vigentes no ordenamento, constitucionais e infraconstitucionais, para, somente então, concluir pela validade ou invalidade do ato administrativo em questão. A partir de então, alterou-se, inclusive, a nomenclatura desse tipo de controle pelo Poder Judiciário: superava-se a clássica expressão “controle de legalidade” e passava-se a falar em “controle de juridicidade”, englobando-se, assim, não somente as regras, mas, também, os princípios e o ordenamento jurídico como um todo, em uma noção amplamente sistêmica.

Entretanto, esse alargamento de possibilidades de controle não foi acompanhado, no seio doutrinário, do desenvolvimento de parâmetros suficientemente objetivos para sua realização. Por consequência, passou-se a admitir que os magistrados realizassem essa tarefa, mas não foram criadas bases concretas para racionalizar e padronizar esse controle.

Com isso, emergiram na sociedade numerosos debates acerca da legitimidade do Poder Judiciário para realizar esse tipo de controle e, com isso, surgiram verdadeiras tensões entre os Poderes da República. Disseminaram-se, ainda, argumentos no sentido de que tal expediente representaria invasão do Judiciário sobre o mérito administrativo e violaria a separação e a independência entre os Poderes. Essas tensões atingiram seu ápice quando a nomeação de um Ministro de Estado pela ex-presidente da República, Dilma Rousseff – ato administrativo discricionário – foi suspensa pelo Ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal, sob o argumento de que atentaria contra o Princípio da Moralidade.

A presente pesquisa se apresenta relevante à esfera jurídico-política, pois, ao oferecer à comunidade parâmetros objetivos para a realização do controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, pretende-se dirimir as tensões observadas entre os Poderes da República e, igualmente, oferecer possíveis soluções às controvérsias surgidas em sede doutrinária a partir da expansão desta temática entre os trabalhos dos modernos autores de Direito Administrativo.

Inicia-se o primeiro capítulo verificando-se se o controle de juridicidade realizado pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos discricionários representa invasão do mérito do ato administrativo, de maneira a enfrentar as eventuais críticas observadas em numerosas obras acadêmicas sobre o tema, relativas à violação do Princípio da Separação dos Poderes.

No segundo capítulo, realiza-se pequena incursão pelo ideário jusfilosófico pós-positivista, examinando algumas propostas desse referencial teórico que auxiliam o objetivo da pesquisa de busca por parâmetros objetivos para o controle de jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Já no terceiro capítulo, considerando as conclusões obtidas nas seções anteriores, sistematizam-se parâmetros norteadores a fim de permitir que o controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários seja realizado de forma objetiva, racional e desvinculada de qualquer individualismo dos julgadores.

A pesquisa desenvolvida é do tipo qualitativa, eminentemente bibliográfica e com utilização precípua de fontes indiretas, tendo em vista a necessidade de se analisar como a temática em questão fora abordada nos livros e tribunais pátrios ao longo dos anos, permitindo-se a solução das controvérsias indicadas e adequada proposição dos critérios sistematizados inferidos.

## 1 CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS AO LONGO DA HISTÓRIA: VIOLAÇÃO À SEPARAÇÃO DOS PODERES?

Tornou-se célebre no âmbito doutrinário pátrio a classificação pentapartite dos elementos dos atos administrativos, baseada no art. 2º da Lei nº 4.717 de 1965<sup>1</sup>. Assim, sob essa perspectiva, os pressupostos de todo ato administrativo girariam em torno da competência (medida de atribuição do órgão administrativo responsável pelo ato); objeto (conteúdo do ato, revelando o efeito imediato pretendido pelo agente na esfera fático-jurídica); forma (maneira pela qual o ato se exterioriza, consistindo seu revestimento exterior); motivo (situação fático-jurídica que ensejou a realização do ato); e finalidade (resultado mediato almejado com a emissão do ato, representando o interesse coletivo que o administrador pretende perseguir).

Seguindo a tradicional doutrina<sup>2</sup>, os elementos competência, forma e finalidade estariam sempre definidos em lei - expressão tomada em seu sentido *lato*. Em contraposição, os

---

<sup>1</sup> BRASIL. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

<sup>2</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 129.

elementos objeto e motivo, em algumas hipóteses, poderiam não estar delineados nas previsões normativas. Nesse contexto, abrir-se-ia ao administrador a possibilidade de proceder a uma avaliação de conduta, ponderando os aspectos relativos à conveniência e oportunidade suscitados por esses pressupostos.

Diante desse cenário, os atos administrativos que permitem essa certa liberdade de atuação, ou seja, que não trazem consigo o desenho dos elementos motivo e o objeto de forma expressa na legislação, passaram a ser designados por discricionários. Da mesma forma, a esse espaço de livre avaliação de conveniência e oportunidade convencionou-se chamar mérito administrativo. Em contrapartida, os atos que possuem todos os seus pressupostos plenamente descritos em lei receberam a designação histórica de vinculados, não havendo que se falar, portanto, na existência de mérito administrativo nesses últimos.

Desse modo, a discricionariedade, entendida como margem decisória do administrador em razão de ausência de especificação legislativa plena, passou a figurar como um dos componentes centrais da história do Direito Administrativo. Essa realidade foi justificada sob o argumento de que não haveria possibilidade de o legislador prever todas as situações fáticas que ensejariam a necessidade de atuação dos administradores públicos, mormente diante dos rápidos avanços tecnológico-informacionais que revolucionavam diariamente o cotidiano dos administrados.

A afirmação dessa categoria no centro dos sistemas administrativos foi acompanhada da sedimentação da doutrina segundo a qual esse espaço de livre atuação seria completamente imune ao controle jurisdicional. Conforme aponta Binenbojm<sup>3</sup>, isso se deve, principalmente, à generalização da percepção da discricionariedade como um plexo de competências decisórias externas ao direito, e que, portanto, não guardariam com esse qualquer relação.

Por conseguinte, nesse quadrante histórico inicial, diante de um ato discricionário, deveria o magistrado centrar sua análise em aspectos meramente formais (legalidade do ato). As razões que ensejaram o ato (motivo) seriam absolutamente insindicáveis pelo Judiciário, por fazerem parte do mérito administrativo. Novamente na conclusão de Binenbojm<sup>4</sup>, “considerava-se este o limite naturalmente imposto pelo princípio da separação dos poderes do Estado ao controle judicial dos atos da Administração”.

---

<sup>3</sup> BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 211.

<sup>4</sup> *Ibid.*, p. 214.

Essa divisão estanque e incomunicável de tarefas entre Administrador e Judiciário, deixando o mérito administrativo como espaço essencialmente livre, influencia ainda numerosas obras administrativas na atualidade. Pode-se identificar, por exemplo, na lição de Carvalho Filho<sup>5</sup>:

O Judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo. (...) E está de todo acertado esse fundamento: se ao juiz cabe a função jurisdicional, na qual afere aspectos de legalidade, não se lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei.

Nesse diapasão, foram elaboradas teorias que visavam a aperfeiçoar esse controle de legalidade dos atos administrativos, realizado, como dito anteriormente, sobre os elementos vinculados do ato (competência, forma e finalidade). Citam-se, a título de ilustração, as Teorias do Desvio de Finalidade e do Excesso de Poder, ligadas, respectivamente, aos pressupostos de finalidade e competência.

Observou-se, contudo, que essas técnicas de controle dos elementos vinculados dos atos administrativos se mostravam insuficientes para frear arbitrariedades perpetradas sob o manto da insindicabilidade do mérito administrativo pelo Judiciário.

A mais articulada e importante resposta à demanda por maior controle judicial sobre as margens de apreciação e escolha da Administração Pública surgiu, então, a partir da vinculação direta dos atos administrativos aos princípios (constitucionais e legais), como aponta Binjenbojm<sup>6</sup>. Essa normatividade dos princípios representa um dos principais contributos do Pós-positivismo ao Direito Administrativo, conforme se apontará no capítulo seguinte.

Com tal novo olhar jusfilosófico, verificou-se que a discricionariedade, embora livre de regras específicas, estaria sempre sujeita à observância de outro tipo de normas, quais sejam, os princípios. Assim, haveria, de fato, uma margem de escolha ao administrador, porém essa seleção de conduta deveria se dar dentro da moldura da juridicidade, isto é, necessariamente observando os princípios incidentes à hipótese e o ordenamento jurídico como um todo.

A partir da noção de vinculação à juridicidade, opera-se uma relevante redução nesse campo de liberdade do administrador: ele continua livre de regras estabelecidas previamente pelo ordenamento, podendo escolher a conduta que se lhe apresente como oportuna e conveniente, mas não tem mais disponíveis, no rol de escolhas possíveis, aquelas que representem violação a algum princípio contemplado pela ordem jurídica.

---

<sup>5</sup> CARVALHO FILHO, op. cit., p. 129.

<sup>6</sup> BINENBOJM, op. cit., p. 219.

A esse respeito, Oliveira<sup>7</sup> destaca:

É oportuno notar que o reconhecimento da existência do princípio da juridicidade é uma via de mão dupla: ao mesmo tempo em que há um nítido incremento do prestígio da atividade exercida pela Administração Pública na concretização das normas constitucionais, a juridicidade gera necessariamente restrições mais sensíveis à atuação do administrador e acarreta a ampliação do controle judicial dos atos administrativos, uma vez que a atuação administrativa, para ser considerada válida, deve compatibilizar-se com os princípios consagrados na Constituição da República (moralidade, eficiência, razoabilidade etc).

É importante asseverar, nesse ponto, que a incorporação da Teoria dos Princípios não conduz à invasão do mérito administrativo pelo Poder Judiciário, como propagado em algumas obras, mas, apenas, à redução do leque de possibilidades de escolha do administrador, isto é, da discricionariedade. Ao analisar a juridicidade de determinado ato administrativo, o Poder Judiciário não estará adentrando no mérito administrativo propriamente dito, mas, tão somente, verificando se a opção eleita pelo administrador reside no espectro de escolhas possíveis, que são aquelas que não agredem princípios constitucionais e legais ou o ordenamento jurídico como um todo. Nesse exato sentido, Di Pietro<sup>8</sup> arremata:

A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o Judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação judicial da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar, a priori, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. (...) Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação tem que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade.

De igual forma, supera-se a vetusta ideia de violação da Separação de Poderes: ao analisar a juridicidade do ato, o Poder Judiciário não está se imiscuindo na tarefa do Administrador de analisar a conveniência e oportunidade, mas, tão somente, exercendo a função que lhe é atribuída de guarda da Constituição, nos termos do art. 102 da Carta<sup>9</sup>, zelando pelo ordenamento jurídico como um todo sistêmico.

Ademais, a noção de Separação de Poderes é compreendida, modernamente, privilegiando-se a noção de *checks and ballances* (ou freios e contrapesos): os poderes estatais existem autonomamente, mas devem atuar de modo a evitar os excessos um dos outros. Ao

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Rafael Carvalho de Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2017, p. 425.

<sup>8</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 233.

<sup>9</sup> BRASIL, 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil* de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 08 mar. 2019



invalidar as decisões do administrador que se situavam no bojo das opções incompatíveis com o ordenamento, o Judiciário está simplesmente evitando uma atuação abusiva por parte da administração, atuando sob o espírito de harmonia anteriormente delineado.

Embora a adoção da tese de normatividade dos princípios tenha contribuído para permitir um controle de juridicidade mais eficiente sobre os atos administrativos discricionários, as bases que devem nortear esse controle fulcrado em princípios ainda se encontram em desenvolvimento no Brasil, fazendo com que se observem, frequentemente, decisões de invalidação de atos discricionários baseadas em utilizações atécnicas, desarrazoadas e personalistas.

É justamente essa a problemática que se enfrentará à frente nessa pesquisa, buscando-se oferecer parâmetros objetivos para que esse controle seja realizado de forma racional no âmbito jurisdicional.

Para tanto, faz-se necessário realizar, previamente, uma breve incursão no arcabouço teórico do Pós-positivismo, a fim de se buscar contribuições desse ideário ao objetivo referido, desiderato a que se passa a partir desse ponto.

## 2 CONTRIBUTOS POSSÍVEIS DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO PARA UM CONTROLE RACIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Para que se possa sistematizar os critérios necessários a orientar o controle judicial dos atos administrativos discricionários, é preciso, antes, buscar instrumentos jusfilosóficos que sustentem tal expediente.

Assim, proceder-se-á, a partir deste ponto, à investigação de possíveis contributos do Pós-positivismo aos objetivos da pesquisa em curso.

Conforme clássicas lições de Filosofia do Direito, vigorava na comunidade jurídica internacional, até o término da Segunda Guerra Mundial, a concepção jusfilosófica do Positivismo Jurídico. Com base na obra kelseniana<sup>10</sup>, esta corrente propugnava que o fenômeno jurídico fosse analisado de forma livre de quaisquer influências externas, como a Moral.

Assim, sob essa perspectiva, para aferir a validade das normas jurídicas, bastaria observar se fora seguido regularmente o processo de sua edição. Se fora respeitado o respectivo

---

<sup>10</sup> Não se imiscuirá, nesta pesquisa, na polêmica observada em seio doutrinário sobre o suposto desvirtuamento das lições de Hans Kelsen em relação ao ideário Positivista. Limita-se, aqui, a reproduzir a concepção majoritária, no sentido de que a obra kelseniana foi utilizada como sustentáculo da análise do Direito apartada de influências externas.

processo legislativo, qualquer norma seria plenamente válida. Não se poderia avançar e analisar se o conteúdo de tal norma seria compatível com outros elementos externos, como eventuais valores vigentes na sociedade, uma vez que a análise do fenômeno jurídico deveria se dar de maneira pura, isto é, afastada de componentes extra-jurídicos.

Com base nesse cenário, as tradicionais lições jusfilosóficas apontam que os regimes totalitários europeus da primeira metade do século XX utilizaram essa concepção então vigente como sustentáculo de seus governos, o que teria permitido as atrocidades então ocorridas. Isso se deve ao fato de que o ideário autoritário então disseminado era plenamente válido sob o aspecto jurídico, justamente por não se averiguar seu conteúdo com base elementos externos, bastando, para tanto, que fosse resultante de um processo legislativo regular.

Ao término da Segunda Grande Guerra, convencionou-se, contudo, que o fenômeno jurídico não poderia ser analisado de forma centrada somente em si mesmo, devendo receber a influência de outros fatores, notadamente externos, a fim de permitir um saudável intercâmbio com outros fenômenos histórico-sociais.

É nesse contexto que surge a corrente jusfilosófica do Pós-Positivismo Jurídico, propugnando, essencialmente, que o Direito não se resume à literalidade de suas proposições regularmente postas, devendo guardar relação, ainda, com outros elementos externos a ele, notadamente os valores, de maneira a influenciar o próprio Direito Posto e a atuação prática e interpretativa dos seus operadores.

O Pós-positivismo encontra clássica definição na obra de Barroso (2005)<sup>11</sup>:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto. Procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais.

Com base em tais apontamentos, torna-se nítida a preocupação pós-positivista com a introdução dos valores, como a Moral e a Justiça, na análise do fenômeno jurídico. Para cumprimento de tal desiderato, essa vertente filosófica lançou mão dos princípios jurídicos, reputando-os normas jurídicas ao lado das próprias regras. Os princípios seriam, portanto, verdadeiros veículos por meio dos quais os valores se irradiariam pelo ordenamento jurídico,

---

<sup>11</sup> BARROSO, Luis Roberto. Neconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

permitindo que os Operadores do Direito deles se utilizassem em suas atividades e interpretações.

Nesse aspecto, o Pós-Positivismo oferece seu primeiro grande contributo à presente pesquisa: sendo normas jurídicas, os princípios podem ser utilizados como instrumentos aptos a orientar o controle dos atos administrativos, mormente por veicularem valores que servem adequadamente à análise de compatibilidade com o ordenamento.

Diante do prestígio axiológico - fundado na normatividade dos princípios - trazido pelo Pós-Positivismo, os ordenamentos jurídicos sofreram uma verdadeira revolução: em diversas hipóteses, o direito codificado, há muito vigente, poderia receber novas interpretações, sob a influência dessas novas categorias, o que poderia levar a novas e distintas soluções daquelas tradicionalmente propostas. Clássicos institutos jurídicos receberiam análises atualizadas, que alterariam sobremaneira seus próprios elementos basilares.

Como receptáculo principal dessa categoria principiológica, o pós-positivismo protagoniza o documento constitucional: de mero instrumento formal e simbólico, o texto da Constituição passa a gozar de inequívoca normatividade, conforme a obra de Hesse<sup>12</sup>, sendo o parâmetro principal para a reinterpretação de todo o ordenamento a ela inferior, em fenômeno classicamente designado por filtragem constitucional. Não se trata de mera análise de compatibilidade formal, como encarado no período positivista, mas de adequação essencialmente material: o direito infraconstitucional se adequa ao sistema de valores e finalidades norteadoras do projeto constitucional?

Constata-se, então, o segundo grande contributo pós-positivista: o referencial de controle deixa de ser composto somente por disposições normativas formais encontradas em diplomas existentes no ordenamento, podendo ser integrado também por vetores axiológicos derivados expressa ou implicitamente do projeto constitucional.

Ainda que tardiamente<sup>13</sup>, tais mudanças atingiram o Direito Brasileiro, determinando profundas transformações em diversos de seus ramos. No Direito Civil, a título de ilustração, passou-se a designar por direito civil-constitucional o novo modelo de Direito Privado resultante da filtragem das clássicas disposições patrimoniais e existenciais sob o influxo dos princípios e valores constitucionais. No Direito Tributário, clássicos expedientes relacionados

---

<sup>12</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

<sup>13</sup> Esse novo olhar para o fenômeno jurídico somente ganhou destaque no âmbito pátrio a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, ao passo que, na Europa continental, originou-se do constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália, conforme BARROSO, op. cit.

às exações sofreram modificações estruturais a partir da influência de pressupostos constitucionais valorativos, como a Dignidade da Pessoa Humana.

Como não poderia ser diferente, o Direito Administrativo, foco da presente pesquisa, também fora profundamente impactado. As análises desse ramo do Direito passaram a ter como foco não mais o proceder da Administração Pública, mas, sim, os impactos dessa atuação sobre os administrados. Diversos de seus institutos sofreram modificações, como, por exemplo, a própria análise ora em curso, relativa ao controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários. Nessa perspectiva se faz o terceiro grande contributo do referencial pós-positivista à presente investigação: o controle dos atos discricionários passa a ter como finalidade precípua a concretização e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, e não mais mera aferição de observância de ritos procedimentais e burocráticos.

Além dessas novas análises propugnadas, o Pós-Positivismo preocupa-se, também, em combater a subjetividade na aplicação do Direito, o que vai ao encontro do objetivo desta pesquisa, conforme indicado na parte introdutória da presente pesquisa.

Dentre as principais proposições teóricas pós-positivistas que visam a refutar o subjetivismo na aplicação do Direito, tem-se a do “Direito como integridade” de Dworkin<sup>14</sup>. Melquíades Duarte e Medeiros dos Reis<sup>15</sup> resumem a construção dworkiana:

Para ele - utilizando-se da metáfora do “romance em cadeia” – os juízes seriam autores de apenas um capítulo em uma longa obra coletiva sobre um determinado Direito. Eles se encontrariam, então, comprometidos à leitura do que fora produzido pelos seus antecessores para buscar continuar sua tarefa de maneira harmônica e redigir um capítulo – dotado do que ele denomina integridade – com os princípios existentes e reconhecidos pela comunidade.

Contudo, a principal proposta teórica do Pós-positivismo que ataca o subjetivismo na aplicação do Direito resulta das análises Alexy<sup>16</sup> sobre a Teoria Geral do Discurso Racional Prático. Conforme se extrai da obra, como um todo, os aplicadores do Direito teriam o dever de fundamentar sua atuação, em cada caso concreto, de modo que a devida exposição de argumentos e justificação permitiram o controle da sua racionalidade.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 291.

<sup>15</sup> MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; MEDEIROS DOS REIS, Vitor. Poder de Polícia no Estado Democrático de Direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2014, João Pessoa - PB. Livros do XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014. p. 220-249.

<sup>16</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001, p.179.

Por óbvio, a proposta de Alexy<sup>17</sup> apresenta contornos ainda mais sofisticados, estabelecendo um verdadeiro método racional de regras, mas o cerne de sua proposição reside justamente nesse ônus argumentativo atribuído aos aplicadores do Direito.

O referido ônus argumentativo é a quarta grande contribuição do Pós-positivismo, uma vez que é a partir desse dever de fundamentação em cada caso concreto é que se pretende alcançar o objetivo da presente pesquisa, qual seja, racionalização do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Para tanto, pretende-se não somente atribuir aos julgadores, ao realizar tal controle, o dever de fundamentar – uma vez que o art. 93, IX da Constituição<sup>18</sup> e o art. 489, §1º do atual Código de Processo Civil<sup>19</sup> já o fazem, mas, também, oferecer-lhes parâmetros argumentativos que possam servir como verdadeiros guias ao realizar-se tal justificação.

Dessa forma, a partir de todos os contributos anteriormente inferidos - quais sejam, realização de controle jurisdicional a partir de vetores axiológicos ou normas, que podem inclusive ser principiológicas, insculpidas expressa ou implicitamente no projeto constitucional, com foco na concretização e observância dos direitos e garantias fundamentais dos administrados -, é que se passa a sistematizar os parâmetros a serem observados pelos julgadores ao se desincumbirem de seu ônus argumentativo.

### 3 BUSCA DE *STANDARDS* ARGUMENTATIVOS OBJETIVOS PARA A RACIONALIZAÇÃO DO CONTROLE DE JURIDICIDADE

A partir deste ponto, com base nas conclusões obtidas nas seções anteriores da presente pesquisa, passa-se a propor parâmetros argumentativos que sirvam aos magistrados como verdadeiras orientações gerais durante a realização do controle dos atos administrativos discricionários, a fim de racionalizar tal expediente, afastando possibilidades indesejáveis de personalismos e subjetividade.

Previamente à sistematização aludida, mister se faz um alerta: a referência aos princípios como parâmetros de controle, a seguir encontrada, não exclui a possibilidade de utilização como

---

<sup>17</sup> Ibid.

<sup>18</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

<sup>19</sup> Id. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 08 mar. 2019.

referencial de de outros vetores incorporados ao ordenamento títulos diversos, como os chamados postulados, na clássica definição proposta na obra de Ávila<sup>20</sup>.

Sistematizam-se, a seguir, os parâmetros argumentativos propostos, a serem enfrentados pelos magistrados na sequência em que apresentados. Trata-se de verdadeiro caminho a ser percorrido durante a argumentação, a fim de se aferir a viabilidade do controle pretendido.

Inicialmente, deve o magistrado analisar se norma ou vetor axiológico invocado como parâmetro de controle encontra previsão expressa no ordenamento - constitucional ou infraconstitucional -, detalhando, em caso afirmativo, a sede em que contemplado.

Caso o parâmetro não esteja expresso no ordenamento, deverá o juiz analisar se a existência implícita do referencial é consagrada na doutrina e/ou jurisprudência dos Tribunais Superiores, isto é, se sua aceitação é majoritária em sede doutrinária e/ou jurisprudencial. Se tratar-se de um princípio ou vetor amplamente controvertido, cuja aceitação não encontra ampla ressonância na doutrina e jurisprudência, sugere-se a não realização do controle pretendido, considerando que a ausência de pacificação em torno do tema poderá acarretar sensível déficit de legitimidade do expediente, contaminando-o com grau não recomendado de subjetivismo.

Se superadas tais questões, deve o magistrado expor detidamente as definições consagradas desse princípio encontradas na doutrina e jurisprudência, abordando, ainda, qual a amplitude de sua incidência. Não poderão ser omitidas quaisquer divergências entre doutrinadores e/ou Tribunais Superiores sobre a definição ou amplitude, justamente para se permitir posteriores revisões sobre a utilização desse parâmetro.

Se existirem essas divergências, cabe ao juiz analisar se o princípio invocado está sendo utilizado com base na definição e amplitude majoritariamente aceitas nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Se a vertente manejada pelo julgador não corresponder àquela predominante nos textos acadêmicos ou decisões dos tribunais, novamente se recomenda a interrupção do caminho argumentativo ora proposto, sob pena de inquinar-se a decisão novamente com nível inadequado de personalismo e subjetivismo.

Na sequência, caso ultrapassados todos os obstáculos argumentativos anteriores, deve o julgador indicar quais os aspectos observados na situação fática que supostamente atraem a incidência desse princípio, isto é, quais os elementos do caso concreto que determinam a imperiosa aplicação do parâmetro invocado.

---

<sup>20</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 163.

Nesse contexto, não poderá deixar o magistrado de explicar se a suposta ligação entre a situação fática e a incidência do princípio resulta da sua interpretação pessoal sobre o caso concreto ou se, ao contrário, tem-se por desnecessária qualquer juízo de valor aprofundado, porquanto existentes elementos na hipótese que evidenciam de maneira cristalina a relação entre o caso concreto e o princípio invocado.

Caso tal ligação resulte simplesmente da íntima convicção do magistrado, ou seja, da interpretação que ele, por si só, empreende sobre o caso concreto, não deve ter sequência o caminho argumentativo ora delineado. Isso ocorre, pois, embora o ordenamento pátrio faculte ao magistrado decidir com base em sua íntima convicção como regra geral, tal possibilidade deve ser afastada na presente hipótese, afinal, um controle do Poder Judiciário fundado sobremaneira em subjetividade, personalismo e voluntarismo, sobre ato de outro Poder, caracterizaria, em última análise, um desequilíbrio entre as funções, desrespeitando os limites dos *checks and balances* referidos alhures.

Note-se que não se está a contradizer a tese defendida no primeiro capítulo da presente pesquisa. A análise jurisdicional sobre a compatibilidade dos atos administrativos discricionários em relação à moldura desenhada pelo ordenamento não representa, por si só, violação à Separação de Poderes, desde que tal controle seja feito de maneira objetiva e racional. Na presente hipótese, ter-se-ia, ao contrário, um controle manifestamente arbitrário, porquanto não fulcrado em inequívocos elementos objetivos e, sim, em mera convicção pessoal.

Por consequência, diante da inexistência absoluta de elementos concretos que demonstrem de maneira cristalina a relação entre a situação fática e a incidência pretendida do princípio, o que demandaria doses excessivas de interpretação judicial, não se faz recomendado o controle pelos órgãos jurisdicionais.

Porém, caso existam elementos concretos que demonstrem, por si só, a ligação entre a situação fática e o princípio invocado, como eventual interceptação telefônica em que o administrador combine benefícios com determinado sujeito previamente à tomada do ato administrativo - em nítida violação do Princípio da Moralidade administrativa -, faz-se possível prosseguir-se o caminho argumentativo ora proposto.

Vencidos esses óbices de argumentação, o juiz deverá analisar, ainda, se os elementos concretos utilizados em sua fundamentação foram obtidos de maneira lícita, conforme garantia fundamental do art. 5º, LVI da Constituição<sup>21</sup>. Cite-se, a título ilustrativo, a interceptação telefônica aludida no parágrafo anterior, que deverá ter sido resultante de ordem judicial

---

<sup>21</sup> BRASIL, op. cit., nota 9.

emanada pelo juiz competente, sob pena de sua imprestabilidade para invalidação de qualquer ato administrativo. Não se poderá invocar qualquer argumento para afastar a referida ilicitude, nem mesmo a propagada superioridade do interesse público sobre o privado, uma vez que o interesse público, nessa hipótese, residiria justamente na observância da garantia fundamental de vedação das provas ilícitas e ilegítimas.

Exauridas todas essas etapas, deverá o julgador averiguar se o controle em curso não está invadindo o mérito administrativo, isto é, se não está usurpando a atribuição do administrador de realizar os juízos de conveniência e oportunidade.

Deverá ser demonstrado, detidamente, se a decisão está efetivamente averiguando se a conduta concreta do administrador respeitou o espectro de condutas possíveis, isto é, se tal atitude corresponde a uma das condutas que eram facultadas pela moldura do ordenamento jurídico, ou se, ao contrário, está-se substituindo ao administrador em suas escolhas. Na última hipótese, por óbvio, faz-se inviável o controle pretendido, sob pena de usurpação de competência. Sob outra perspectiva, porém, caso se demonstre que o Poder Judiciário está simplesmente exercendo a tarefa que lhe é constitucionalmente atribuída de guardião da Constituição e do ordenamento como um todo, far-se-á plenamente adequado o controle em curso.

## CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a ausência de consenso nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial sobre a possibilidade de o Poder Judiciário controlar a juridicidade dos atos administrativos discricionários.

Evidenciou-se, ao longo da pesquisa, que, modernamente, além de analisar a legalidade dos atos administrativo, seria plenamente possível ao Poder Judiciário examinar a compatibilidade do conteúdo do ato administrativo com os princípios vigentes no ordenamento, constitucionais e infraconstitucionais, em uma noção amplamente sistêmica, para, então, concluir pela validade ou invalidade do ato administrativo em questão.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível concluir que, ao analisar se a conduta eleita pelo administrador público, em determinado caso concreto, respeitou o espectro de condutas possíveis – que são aquelas que não agridem princípios constitucionais e legais ou o ordenamento jurídico como um todo –, o Poder Judiciário não está adentrando no mérito administrativo propriamente dito. Isso se dá, pois o órgão jurisdicional não estará realizando juízos valorativos sobre critérios de



conveniência e oportunidade dos atos administrativos discricionários, mas, tão somente, exercendo a tarefa de guardião do ordenamento, que lhe é constitucionalmente atribuída, ao afastar condutas que não se situem dentro da moldura erigida pelos princípios, valores e demais elementos componentes do todo sistêmico do ordenamento jurídico.

Firmada a plena possibilidade do controle de juridicidade sobre os atos administrativos discricionários, observou-se, porém, a ausência de parâmetros objetivos no ordenamento para a realização de tal análise pelo Poder Judiciário. A inexistência de bases objetivas para a realização desse controle enseja fortes tensões entre os Poderes da República, uma vez que, em diversas ocasiões, essa tarefa não é empreendida de forma racional, estando impregnada de doses excessivas de personalismos.

A fim de permitir posterior sistematização desses necessários parâmetros objetivos, passou-se a examinar, no segundo capítulo da presente pesquisa, o referencial teórico pós-positivista, em busca de possíveis contribuições a tal desiderato. Concluiu-se, então, que a concepção jusfilosófica do Pós-Positivismo oferece quatro principais contributos ao objetivo desta pesquisa.

Como primeiro desses grandes contributos, observou-se que a referida escola filosófica estabelece a normatividade dos princípios como forma de veiculação de valores no ordenamento jurídico, sendo aqueles, portanto, instrumentos hábeis para analisar-se a compatibilidade do conteúdo do ato administrativo discricionário com os limites possíveis estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

O segundo contributo reside na constatação de que o parâmetro para o controle jurisdicional dos atos administrativos pode basear-se não somente nas normas formalmente expressas nos diplomas, mas, também, no conteúdo material e seus vetores axiológicos insculpidos no projeto constitucional.

A terceira contribuição estabelece a necessidade de respeito e concretização dos direitos fundamentais dos cidadãos como diretriz principal de todos os ramos jurídicos, a partir do fenômeno da filtragem constitucional dos vetustos institutos. Assim, a finalidade precípua do controle dos atos administrativos deve ser a garantia de observância dos direitos fundamentais dos administrados. Muda-se o foco do proceder da Administração Pública – mera observância de ritos procedimentais e burocráticos – para concentrarem-se as análises sobre os impactos de tal atuação sobre os administrados.

Por fim, a quarta grande contribuição obtida consiste na possibilidade de reduzir o subjetivismo na aplicação do Direito, ao atribuir, aos operadores, o ônus argumentativo em cada caso concreto. Por meio da necessidade de justificação das condutas nos casos concretos,

permite-se a racionalização de tais decisões, sendo esse dever argumentativo incidente também sobre os julgadores que analisarão a juridicidade dos atos administrativos discricionários.

Com base nas conclusões obtidas nas seções anteriores, buscou-se estabelecer, no último capítulo, alguns *standards* argumentativos a serem seguidos pelos magistrados na fundamentação de suas decisões, como verdadeiro caminho a ser percorrido nas decisões, a fim de concluir-se, ao final, pela validade ou invalidade do ato administrativo em análise.

Por meio dos parâmetros argumentativos sistematizados, pretende-se evitar decisões de controle de atos administrativos discricionários baseadas em meros argumentos genéricos e abertos, havendo, em verdade, verdadeiro sequenciamento argumentativo ensejador de sua racionalização. Da mesma forma, objetiva-se a afastar decisões de controle resultantes de subjetivismo excessivo, propugnando como razoáveis somente aquelas baseadas preponderantemente em elementos concretos.

Ademais, com a adoção de tais parâmetros nas fundamentações das decisões judiciais de controle, permite-se que outros órgãos jurisdicionais possam revisar, objetivamente, tais decisões, reapreciando-as a partir das razões expostas. Assim, eventuais excessos cometidos podem ser devidamente revistos e corrigidos.

Por meio da presente proposta, pretende-se que o controle de juridicidade dos atos administrativos discricionários, pelo Poder Judiciário, não mais enseje tensões entre os Poderes da República. É imperioso que esse expediente seja realizado com bases objetivas, concretas e racionais e que esteja livre de personalismos e subjetivismos. Trata-se de uma forma de concretizar a noção de Separação de Poderes como equilíbrio da República, atuando cada um destes como verdadeiro freio e contrapeso dos demais.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 08 mar. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 08 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Código de Processo Civil*. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 08 mar. 2019.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 4.717*, de 29 de junho de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14717.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14717.htm)>. Acesso em: 06 mai. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zannella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

MELQUÍADES DUARTE, Luciana Gaspar; MEDEIROS DOS REIS, Vitor. Poder de Polícia no Estado Democrático de Direito: uma proposta de reconstrução teórica sob a égide do paradigma pós-positivista. In: *XXIII Congresso Nacional do CONPEDI*, 2014, João Pessoa - PB. Livros do XXIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 2014. p. 220-249.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Forense, 2017.