

O controle judicial sobre o ato discricionário proporcional

Márcia Coli Nogueira¹

Sumário: 1. Introdução; 2. O controle judicial sobre o ato discricionário; 2.1 A extensão do controle judicial sobre o ato administrativo: anulação ou substituição; 3. Controle judicial e a proporcionalidade; 4. Limites ao juízo de proporcionalidade do ato discricionário; 5. Considerações finais; Bibliografia

1. Introdução

Não se pode negar que uma das garantias da permanência do Estado Democrático de Direito é a possibilidade das escolhas administrativas sofrerem revisão pelo Poder Judiciário, o chamado controle jurisdicional, conferindo proteção ao indivíduo em face do Poder Público.

O que tem provocado debates acalorados não é, portanto, o reconhecimento de que este controle é necessário e faz bem, mas sim a sua extensão que, se de forma exagerada, acaba por substituir as decisões dos agentes da Administração pela dos magistrados, que não foram democraticamente eleitos.

O assunto aqui tratado é relevante, pois, se em tempos idos o mérito do ato administrativo era de atribuição exclusiva do Poder Executivo, hoje se observa uma tendência oposta, sentindo-se o magistrado com

¹ Procuradora do Estado de São Paulo. Especialista em Direitos Humanos e em Direito do Estado pela Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie de São Paulo.

total liberdade para revisar, anular, substituir, opinar, acerca de toda e qualquer atividade da Administração, sem se olvidar que, em determinadas situações, é conferido ao administrador uma liberdade maior de apreciação ao expedir atos discricionários.

Percebe-se o surgimento no ordenamento jurídico pátrio de uma tendência restritiva ainda mais forte à discricionariedade administrativa, ampliando-se sobremaneira o controle judicial, inclusive, sobre o mérito do ato administrativo, formado pela clássica fórmula da conveniência e oportunidade.

Neste contexto, pretende-se saber se o ato discricionário expedido após a escolha por uma ou mais soluções **técnicas, razoáveis, eficientes, adequadas, necessárias e proporcionais** é passível deste amplo e irrestrito controle. Neste ponto o trabalho ousou, ao nominar o ato administrativo nestas condições como ato discricionário “proporcional”.

Dando o norte desta dissertação transcreve-se Marçal Justen Filho que aceita, mas com limites:

[...] Mesmo no tocante à discricionariedade é possível cogitar da fiscalização jurisdicional. O controle Jurisdicional não pode invadir aquele núcleo de autonomia decisória inerente à discricionariedade ²

Do mesmo modo pensa Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao dizer que “quando a atividade é discricionária, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar os limites da discricionariedade definidos em lei”³.

Para analisar a constitucionalidade do ato administrativo, o trabalho partiu para o estudo do princípio ou método da proporcionalidade, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o instituto, que, por si só, mereceria uma abordagem única.

A escolha da proporcionalidade deu-se ante a sua importância como uma ferramenta a ser utilizada pela Administração Pública para, ao exer-

2 JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002, p. 590.

3 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2001, p.133.

cer a atividade administrativa discricionária, encontrar a justa medida entre as metas da administração e os direitos individuais em jogo.

Por outro lado, o Poder Judiciário igualmente se utiliza da proporcionalidade para julgar a constitucionalidade das medidas administrativas ou legislativas.

Ponto crucial é saber qual a extensão e os limites do controle judicial a ser feito sobre o ato administrativo discricionário, em especial sobre o mérito e os motivos. O mérito e os motivos, portanto, como objeto do controle judicial.

O objetivo deste ensaio é saber quanto o ato administrativo discricionário adequado, necessário e ponderado, e porque não dizer o “**ato discricionário proporcional**” pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, sem que se usurpem as funções da Administração, sem que os juízes se excedam invadindo o campo de atuação de outro Poder, mas, também, sem que se omitam na análise da legalidade do ato, por reservas ou pudor em relação ao mérito.

Identificar com segurança, em cada caso concreto, onde se inicia e onde termina a margem de livre decisão da Administração Pública – discricionariedade – é um dos dilemas do Direito Administrativo. A resposta pode ser buscada na Constituição, pelos princípios de Direito e na proteção aos direitos fundamentais. Quando a restrição a direitos ocorre pela atuação da Administração Pública no exercício do seu poder discricionário, a proporcionalidade fornece parâmetros tanto para o controle judicial quanto para a expedição do ato nos limites da legalidade.

Ao fazer a interligação dos assuntos, nominou-se este ensaio como *o controle judicial sobre o ato discricionário proporcional*, em uma alusão explícita à proporcionalidade que deve conter todo o ato administrativo discricionário exarado pelo Poder Público, para ser um ato legal, passar incólume pelo controle judicial e subsistir no ordenamento jurídico.

2. O controle judicial sobre o ato discricionário

Primeiramente cumpre fazer uma distinção importante entre uma etapa inicial de controle e a sua consequência, que pode ou não desaguar em uma etapa subsequente, de efetiva alteração.

A faculdade de controlar, ou como sinônimos usados pelos doutrinadores, de *fiscalizar, sindicair, observar, apreciar, examinar, analisar, investigar* não se nega ao Poder Judiciário. O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional contido no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal autoriza proceder desta forma, quer em relação aos atos do Poder Legislativo, quer aos do Executivo, na edição de atos normativos ou atos da Administração, sejam estes últimos atos vinculados ou discricionários.

Tome-se a definição contida no dicionário, por exemplo, do termo “sindicair”:

Sindicair: 1. Fazer sindicância em; inquirir. 2. Colher informações a respeito de (algo), por ordem superior. 3. Organizar em sindicato; sindicalizar. 4. Realizar sindicâncias; tomar informações⁴

Esta atividade de “realizar sindicâncias, tomar informações” nada mais é do que uma *cognição judicial* realizada sobre o ato administrativo ou legislativo, que pode e deve ser a mais ampla possível e incidir sobre todos os aspectos do ato, tanto formais quanto de mérito. Ao Poder Judiciário autoriza-se um irrestrito acesso, podendo-se afirmar com segurança que não há ato administrativo ou normativo insuscetível de controle ou análise e apreciação⁵.

Outra questão é a consequência deste controle, que pode ou não resultar na anulação do ato, ou alteração, substituição, correção, etc. Tem-se nesta segunda etapa uma atividade que supera a mera cognição, posterior a ela, de *decisão*. Este momento da atividade judicial de decisão, posterior à mera atividade de cognição do ato administrativo, é que irá ou não corrigir, anular, invalidar, substituir o ato administrativo.

4 Novo Dicionário Básico da Língua Portuguesa. Folha/Aurélio. São Paulo: Ed. Nova Fronteira, 1995.

5 Elival da Silva Ramos, contudo, ao discorrer sobre os diferentes graus de controle judiciário, define o que seja “função de governo” (que se desenvolve mediante a elaboração de programas de governo, de planos de ação, globais ou setoriais, a busca de engajamento dos demais poderes e da sociedade às diretrizes lançadas), que não envolve a *prática de atos concretos, capazes de afetar a esfera jurídico-subjetiva de quem quer que seja, que por se manter no plano exclusivamente político*, revela-se juridicamente incontrolável. RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 153-155.

O quanto pode o Poder Judiciário alterar o ato administrativo é o que diverge a comunidade jurídica, salientando-se que esta divergência reside não em relação ao ato vinculado que se submete a um “controle máximo”, mas em relação ao ato discricionário⁶.

Ao longo deste capítulo e dos que seguem, tentar-se-á dar alguns parâmetros para o controle judicial sobre o ato administrativo discricionário.

Teorias foram criadas para auxiliar o exercício deste controle: 1. *teoria do desvio de poder*; 2. *teoria dos conceitos ou noções imprecisas*; e 3. *teoria dos motivos determinantes*. Resumidamente, tem-se que um ato expedido com desvio de finalidade (expedido para um fim outro que não o fixado pela lei, visando a um interesse privado, ou mesmo outro fim público); ou com uso equivocado de discricionariedade na situação de mera interpretação dos termos vagos e imprecisos⁷; ou expedido sem motivação, ou com falsa motivação, deverá ser anulado pelo Poder Judiciário, o que vem acontecendo.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu que:

Desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto da lei) ou por censurável comportamento do agente, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia àquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. A análise de motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento⁸

6 Diz-se que o controle judicial sobre o ato vinculado é total, pois como não é dada margem alguma de escolha ao administrador, o ato deverá ser expedido nos exatos termos da lei, ao contrário do ato discricionário, onde há uma abertura conferida pela norma, podendo o gestor decidir de uma ou outra forma. Para Elival da Silva Ramos, o controle de constitucionalidade de atos administrativos em que haja discricionariedade é um “controle médio forte”, sendo um “controle máximo” o referente aos atos administrativos plenamente vinculados. Op. cit., p. 165 e ss.

7 A teoria das noções imprecisas limita a competência discricionária por meio de uma adequada interpretação. Termos cuja abertura ou pouca clareza ou duplicidade de significados conseguem por meio da interpretação a solução única possível, não contêm discricionariedade.

8 STJ, 1ªT, Resp. nº 21.156-0/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, *Ementário STJ 11/075*.

O Ministro Eros Roberto Grau, com grande propriedade, fundamentou seu voto nas teorias dos “conceitos ou noções imprecisas” e dos “motivos determinantes”, afirmando que não se trata de discricionariedade os conceitos indeterminados existentes nos textos normativos⁹:

A discricionariedade resulta de expressa atribuição normativa à autoridade administrativa, e não da circunstância de serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receberem especificações diversas os vocábulos usados nos textos normativos, dos quais resultam, por obra de interpretação, as normas jurídicas. Comete erro quem confunde discricionariedade e interpretação do direito (STF, 1ªT, RMS 24699/DF, DJ 01.07.2005)

Ao final, o Ministro conclui que “os atos administrativos que envolvem a aplicação de *conceitos indeterminados* estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário”. Igualmente em relação aos motivos, pontua ser possível a revisão pelo Poder Judiciário dos motivos do ato administrativo, especialmente nas demissões de servidor público.

O motivo, um dos elementos do ato administrativo, contém os pressupostos de fato e de direito que fundamentam sua prática pela Administração. No caso do ato disciplinar punitivo, a conduta reprovável do

9 As duas transcrições que se seguem constam do voto do Ministro, que teve a seguinte ementa (grifo nosso): “EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei nº 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei nº 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de “conceitos indeterminados” estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia – art. 117, inciso XV da Lei nº 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido”. STF, 1ªT, RMS 24699/DF, DJ 01.07.2005.

servidor é o pressuposto de fato, ao passo que a lei que definiu o comportamento como infração funcional configura o pressuposto de direito. Qualquer ato administrativo deve estar necessariamente assentado em motivos capazes de justificar a sua emanção, de modo que a sua falta ou falsidade conduzem à nulidade do ato (STF, 1ªT, RMS 24699/DF, DJ 01.07.2005)

O motivo do ato administrativo relaciona-se aos pressupostos de fato e de direito que levaram a expedição do ato e confere legalidade ao ato. A obrigatoriedade de a Administração motivar sempre os seus atos é de suma importância, quer porque vários dispositivos legais assim o exigem¹⁰, e mais ainda para obstar o controle judicial. Uma competente fundamentação permite ao juiz entender e ponderar as razões do gestor, tornando mais difícil a alteração do ato, ou como a doutrina se refere, a *substituição das razões da Administração pelas razões do juiz*.

A Jurisprudência vem evoluindo neste sentido. Se antes entendia, por exemplo, que a cessão de servidor público, por ser ato precário, “confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade”¹¹, hoje vê na conduta imotivada abuso de poder, a permitir a anulação do ato. Confira:

ADMINISTRATIVO – SERVIDOR PÚBLICO – REMOÇÃO – ATO NÃO MOTIVADO – NULIDADE – ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 – PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE – INEXISTÊNCIA – PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO. I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara

10 Além de artigos expressos nas leis que regulam o processo administrativo Federal (Lei nº 9.784/99, art. 2º) e o processo administrativo Estadual (Lei nº 10.177/98, art. 9º, VI), e na Constituição Estadual (art. 111), pode se extrair a obrigatoriedade da motivação no artigo 93, inciso X da CF, ao exigir decisões motivadas dos Tribunais.

11 “RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. DESNECESSIDADE” – STJ, 6ª T, RMS 12312 / RJ, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 09.12.2002, p. 390.

individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes. II – O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão “fundamentada em razão do interesse do serviço” nele contida. III – No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Consequentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual. IV – Recurso provido. (STJ, QUINTA TURMA, RMS 12856/PB, Rel. Min. Gilson Dipp, J. 08.06.2004, DJ 01.07.2004, p. 214) – (grifo nosso)

Pois bem, uma vez superada estas questões, isto é, tendo a Administração agido com o poder discricionário que a lei lhe conferiu, motivado o ato, feito um juízo de oportunidade e conveniência (mérito do ato administrativo) com razoabilidade, sem abuso de poder, sem desvio de finalidade, em conformidade com os motivos determinantes, pergunta-se quanto pode ainda o juiz intervir, sem adentrar na valoração do ato discricionário, de competência privativa do Poder Público?

Trata-se de perquirir *se e quanto* o **MÉRITO** do ato administrativo, entendido como a área de reserva da Administração a depender da valoração do gestor, pode ser sindicado pelo Poder Judiciário, o que implica em estudar a extensão do controle judicial sobre o ato administrativo: quando será um *controle negativo*, isto é, de anulação, ou um *controle pleno*, de substituição do ato.

2.1 A extensão do controle judicial sobre o ato administrativo: anulação ou substituição

A visão restritiva do controle sobre o mérito vem ao menos desde Miguel Seabra Fagundes com seu livro pioneiro no estudo do controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, que lançado em 1941, sentenciou:

Ao Poder Judiciário é vedado apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o *mérito* dos atos administrativos. Cabe-lhe examiná-los,

tão somente, sob o prisma da *legalidade*. Este é o limite do controle, quanto à extensão¹²

Celso Antonio Bandeira de Mello, após reconhecer que a discricionariedade confere uma margem de liberdade ao administrador e ser sempre contrastável judicialmente para verificar se foi exercida dentro dos limites fixados em lei, é taxativo:

No interior da margem de liberdade aludida – e que compõe o chamado mérito do ato administrativo – o juízo do administrador é absoluto e impenetrável à investigação judicial, sob pena de ofensa à própria lei, por implicar um juízo de valor sobre ela, tarefa estranha à função jurisdicional¹³

O Judiciário mostra-se por vezes tímido em criticar (ou controlar) os critérios de valoração do ato empregados pela Administração¹⁴:

Administrativo. Servidor público. Concessão de horário especial. Ato discricionário. Ilegalidade ou abuso. Inexistência. Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. Recurso ordinário provido¹⁵

Mas a questão não é tranquila, isto é, o mérito administrativo, substanciado no juízo da oportunidade e conveniência do administrador

12 FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 84.

13 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e legalidade. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado* n. 4/9, p. 23.

14 Nesse sentido: RMS 9319/MG; RMS 18151/RJ; RMS 15734/PR; MS 9181/DF e o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: “ADMINISTRATIVO – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – LIMITE DE VELOCIDADE DAS VIAS DE TRÂNSITO – CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO – DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – NÃO OBSERVÂNCIA DO LIMITE ESTABELECIDO – MULTA – PROCEDÊNCIA – Os critérios adotados pela administração pública para fixação dos limites de velocidades nas vias de trânsito estão relacionados à discricionariedade estabelecida no próprio CTB, não cabendo ao Poder Judiciário, salvo em caso de ilegalidade ou manifesto abuso de autoridade, adentrar no mérito do ato administrativo que os instituiu. Recurso Especial conhecido e provido”. REsp. 588253/RJ; Recurso Especial 2003/0157008-6. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Min. Francisco Peçanha Martins, julgamento:18.8.2005.

15 RMS 14967/SP, 6ªT, Rel. Min. Vicente Leal, julgado em 25.3.2003.

(com grande carga de valoração subjetiva), nem sempre resta intocável pelo Judiciário. O voto da Ministra Eliana Calmon exarado no ano de 2004 serve de paradigma para a mudança de pensamento:

[...] O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade ¹⁶

A antiga visão legalista do controle ou da exegese apenas das leis escritas está irremediavelmente superada. No entanto, por mais que esta nova visão tenha aberto o mérito do ato administrativo ao controle judicial, não o fez completamente ou tão amplamente como possa aparentemente sugerir. Feita esta ressalva, prossegue-se com a pretensão de delimitar o espaço de intervenção judicial sobre o mérito do ato discricionário.

Como bem aponta Germana de Oliveira Moraes, “a compreensão do controle jurisdicional da discricionariedade e da valoração administrativa dos conceitos indeterminados como controle de juridicidade, e não apenas de legalidade, revela a superação do positivismo legalista”¹⁷; ou, em outras palavras, “o critério da legalidade é obviamente insuficiente como critério de controle da atuação administrativa não vinculada”¹⁸.

Não sendo mais a legalidade suficiente para se atestar a constitucionalidade da atuação administrativa não vinculada, outros **princípios** expressos ou implícitos na Constituição irão viabilizar o controle judicial sobre a atuação discricionária da Administração (que abrange a discricionariedade administrativa e a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados¹⁹).

16 STJ, Resp. 429570/GO, 2ªT, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ. 22.3.2004.

17 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed., São Paulo: Ed. Dialética, 2004, p. 111-112.

18 Idem.

19 Germana lembra que a atividade administrativa não vinculada abrange a discricionariedade administrativa e a valoração dos conceitos verdadeiramente indeterminados, que são manifestações comuns da técnica legislativa de abertura das normas jurídicas, por isso que afirma ser o critério da legalidade “obviamente insuficiente como critério de controle da atuação administrativa não vinculada, daí porque se reveste de capital importância a invocação daqueles outros princípios”. MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op.cit., p. 112.

Eis a fórmula ou parâmetro para o controle dos atos administrativos: será inválido o ato discricionário se incompatível com os princípios gerais do Direito e se atentatório aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Ao lado dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade, positivados expressamente na Constituição (artigo 5º, II e 37), juntam-se a estes, o princípio da razoabilidade e da **proporcionalidade**, como técnica de controle judicial da constitucionalidade dos atos emanados pelo Poder Público. Antes, no entanto, de traçar as noções sobre o princípio da proporcionalidade, o trabalho continuará a perquirir acerca do controle do ato discricionário e as consequências deste controle, inclusive quanto a possibilidade não só de anular, mas também ir além, de substituir o ato.

De partida, afirma Germana que:

Atualmente, à luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário e o resultante da valoração de conceitos indeterminados, é suscetível de revisão judicial, muito embora **nem sempre plena**, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato²⁰ (grifo nosso)

Veja que há referência a uma revisão “**nem sempre plena**”, pois na maioria das vezes, será apenas de invalidação do ato impugnado (*controle negativo*) e não de sua substituição por outro ato.

A autora faz uma bela análise sobre o tema, que divide em controle jurisdicional da discricionariedade e o controle sobre a valoração administrativa dos conceitos indeterminados, que não se confundem. E, de fato, não são conceitos sinônimos, pois nem sempre a valoração das “noções imprecisas” ou como nominado, dos “conceitos jurídicos indeterminados” envolve o exercício da discricionariedade. Só haverá discricionariedade nos “casos de conceitos indeterminados atributivos

20 Idem, p. 160.

de discricionariedade”²¹. Não por outra razão é que Celso Antônio Bandeira de Mello diz que a “discricionariedade não se resolve de modo algum em um trabalho interpretativo da vontade legal. Pelo contrário: ela tem início precisamente onde termina o labor de interpretação”²².

As situações que são resolvidas por meio de interpretação do texto de lei e não com o uso do poder discricionário, porque ali ele não existe, não há realmente discricionariedade e o controle sempre será pleno e com condições de substituir o ato ²³. Esta diferenciação traz em si outro parâmetro para a revisão judicial, que será intensa e ampla nos conceitos indeterminados desprovidos de discricionariedade.

Porém, diante de conceitos verdadeiramente indeterminados, isto é, dotados de real discricionariedade, o poder controlador do Judiciário estará limitado à invalidação do ato e não à sua substituição por outro, “pois remanesce no ato, uma área de livre decisão administrativa, imune à revisão judicial plena”, cabendo ao administrador renovar o ato, excluindo o conteúdo anterior anulado²⁴.

O controle, portanto, é reduzido, mas não obstado, pois, repita-se, todos os elementos do ato administrativo, seja o discricionário ou aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, são passíveis de um controle judicial para aferição se estão conforme os princípios da Administração e se respeitam os direitos fundamentais.

Veja como Germana de Oliveira Moraes faz esta colocação:

O juiz deve procurar dissociar o mérito do ato administrativo da discricionariedade, bem como discerni-la das hipóteses da valoração dos conceitos indeterminados de prognose, para o fim de identificar com

21 Germana cita como exemplo a expressão “medidas necessárias” como dotadas de discricionariedade, pois confere uma liberdade ao administrador (para intervir com as *medidas necessárias* no caso de perturbações da ordem pública), característica da discricionariedade. Op. cit., p. 170.

22 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionariedade e legalidade. Op. cit., p.11.

23 MORAES, Germana de Oliveira: “O controle jurisdicional da valoração administrativa dos conceitos indeterminados, quando a indeterminação do conceito resulta apenas da imprecisão da linguagem será sempre pleno. Nessa hipótese, as consequências do controle jurisdicional compreendem sempre, além da invalidação do ato impugnado, a substituição por outro”. Op. cit., p.172.

24 Idem, p.173.

segurança, em cada caso, onde se inicia e onde termina a autonomia ou margem de livre decisão da Administração Pública.

O melhor enfoque em busca das soluções para as dúvidas, inquietações e angústias dos magistrados, causadas em função da necessidade de autorrestrição da sindicância judicial dos atos administrativos, há de partir da Constituição, da qual se extrairão os critérios de controle²⁵ (grifo nosso)

Continua o raciocínio dizendo que “os critérios de controle jurisdicional da atuação administrativa não vinculada extraíveis do texto constitucional consistem nos princípios de Direito e na proteção aos direitos fundamentais”²⁶, donde se conclui que será inválido o ato discricionário se incompatível com os princípios gerais do Direito consagrados explícita ou implicitamente na Constituição e se atentatório aos direitos fundamentais protegidos constitucionalmente.

Sob este aspecto – proteção aos direitos fundamentais e observância dos princípios constitucionais – é que se diz ser pleno o controle sob todos os elementos do ato. Se o juiz ao exercer o controle perceber que a decisão discricionária não violou direitos nem princípios da Constituição, deve cessar a sua avaliação. Na hipótese inversa exercerá um controle negativo, invalidando o ato, devolvendo à Administração a competência para novamente expedi-los, sem o cometimento do anterior excesso ou ilegalidade, sem poder substituir o ato, que refoge à competência do Poder Judiciário.

Com relação aos **MOTIVOS**, ensina à Germana que “nem sempre é plena e completa a sindicabilidade judicial dos motivos e do conteúdo – elementos dos atos administrativos potencialmente discricionários”. Após fazer esta afirmação, a autora indica como deve ser o controle sobre os motivos:

É dado ao juiz perquirir, após a revisão dos elementos predominantemente vinculados do ato administrativo (competência, finalidade e forma), se o administrador público, durante o processo de concepção do ato não vinculado, ao avaliar – examinar, valorar e aditar os pressu-

25 Idem.

26 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p.162.

postos de fato e de direito – motivos, guiou-se pelos parâmetros ditados pelos princípios da publicidade, da impessoalidade (sob as vertentes da igualdade e da imparcialidade) da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade e da eficiência. Cabe também ao juiz verificar se o administrador público, ao definir o conteúdo do ato não vinculado, observou aqueles princípios²⁷

Se de um lado o motivo do ato deve obediência aos princípios constitucionais, como colocado acima pela autora citada; de outro, a motivação dará garantias de legalidade ao ato discricionário, coibindo excessos e desvios de finalidade, razão pela qual a Administração, como regra, deve motivar todos os seus atos²⁸.

Esta evolução de conduta administrativa no sentido de sempre motivar seus atos, coloca o motivo do ato administrativo como garantidor da constitucionalidade do ato. Conclui-se que o motivo passa a ser objeto do controle, o que permite vislumbrar mais um elemento ou categoria de controle constitucional: o motivo do ato administrativo como objeto do controle, mas no aspecto de sua conformação com os princípios e direitos fundamentais e a exatidão material e jurídica dos motivos determinantes.

O controle, no entanto, deve se limitar a declarar a nulidade do ato eivado de vício quanto aos motivos, e não arrogar a si a prática do ato administrativo. O Judiciário não pode examinar a oportunidade das medidas administrativas, não deve se exceder, substituindo o ato, como ocorreu neste julgamento: “mediante exame dos motivos, pode o Poder Judiciário converter pena de demissão em suspensão, quando houver excesso no ato disciplinar”(RDA 135/199).

Outro parâmetro para dimensionar a intensidade do controle do ato administrativo diz quanto ao grau de especialização técnica das escolhas administrativas, como as advindas das agências reguladoras.

27 Idem, p.160.

28 Marçal Justen Filho, não por outra razão, afirma que o processo decisório desenvolvido pelo governante deve ser transparente em face do controle, pelo que deve explicitar o processo formativo de sua vontade, inclusive no tocante à escolha dos fins últimos: “ou seja, a validade do ato administrativo dependerá da exposição das finalidades buscadas e da sua adequação à efetiva realização delas”. JUSTEN FILHO, Marçal. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 83.

O grau de tecnicidade da matéria, objeto de decisão por órgão dotado de *expertise* e experiência, serve com baliza para o controle judicial. Quanto maior for esse grau de tecnicidade, menor deve ser o grau de controle, privilegiando a *especialização funcional e eficiência* dos órgãos do Estado²⁹. Note que as agências reguladoras, dotadas de poder normativo, têm o dever “de só editar normas após a realização de uma ampla consulta pública”³⁰, o que torna suas decisões mais legitimadas. Aliás, este é mais um bom parâmetro para se exercer o controle judicial: “quanto maior o grau de efetiva participação social (direta ou indireta) no processo de deliberação que resultou na decisão, menos intenso deve ser o grau de controle judicial”, o que acontece com o ato administrativo precedido de consulta ou audiência pública³¹.

Finalizando este tópico com uma breve incursão no vasto tema das agências reguladoras, tem-se que a contensão deve ser a regra, pelo que em relação às decisões regulatórias o Poder Judiciário deve acatá-las, exercendo controle em relação aos erros manifestos.

E mais uma vez o controle se fará após a aferição da legalidade do ato em todos os seus aspectos, pelo uso da proporcionalidade³²:

29 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e _____ (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 759.

30 SUNDFELD, Carlos Ari Sunfeld aborda o tema no seu livro: *Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p.17-38.

31 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. Op. cit., p.759.

32 Neste mesmo sentido, Vitor Rhein Schirato, ao tratar das agências reguladoras, diz que: “O controle jurisdicional deve cingir-se à aferição da legalidade do ato, com todos os desdobramentos daí advindos (proporcionalidade, razoabilidade, impessoalidade, etc.), bem como do atendimento a todos os requisitos legais aplicáveis (aspectos formais e procedimentos, por exemplo). Qualquer violação à legalidade (em sentido amplo, frise-se novamente) deve ser corrigida pelo Poder Judiciário”; para, ao final, concluir que: “isso não importa em afirmar que o Poder Judiciário possa substituir-se no administrador público e alterar decisão legal esteada em elementos técnicos”. SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 531.

É bem se ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente elas não puderem resistir ao **teste de razoabilidade, moralidade e eficiência**. Fora dessas hipóteses, o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação àquelas escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo³³

Chegado o momento de se adentrar no campo da PROPORCIONALIDADE, com uma abordagem limitada ao objeto deste estudo; como instrumento de controle judicial do ato discricionário.

3. Controle judicial e a proporcionalidade

A proporcionalidade, composta pelas suas três etapas sucessivas (de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito³⁴), auxilia o controle do ato administrativo discricionário:

A moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado a limitação ao poder discricionário, possibilitando maior controle do Judiciário sobre os atos que dele derivam.

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste da *adequação* da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial³⁵ (grifo nosso)

33 BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p.105.

34 O princípio da proporcionalidade é decomposto em três etapas sucessivas e que devem ser necessariamente ultrapassadas: **1ª etapa** – o exame da **adequação**: para se atingir o fim almejado, o meio escolhido deve ser *adequado* para tanto, o que pode ser melhor percebido se o intérprete se valer da *razoabilidade*. **2ª etapa** – **necessidade**: deve-se atestar a **necessidade** da medida, ou seja, que não havia meio menos gravoso ou agressivo para se restringir o direito comprimido. **3ª etapa** – **proporcionalidade em sentido estrito**: com a *ponderação de bens* será escolhido o princípio, para aquele caso concreto, de maior peso ou valor.

35 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011, p. 47.

Hely Lopes Meirelles faz imediata ligação da razoabilidade e proporcionalidade com a discricionariedade e o controle:

Não se nega que, em regra, sua aplicação [da razoabilidade] está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta a aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa³⁶

Os diversos conceitos de discricionariedade elaborados pelos doutrinadores invariavelmente contêm termos como “razoabilidade”, “adequada”, “duas ou mais soluções”, que trazem a ideia de proporcionalidade, na medida em que uma escolha pressupõe o abandono da outra, ao se mostrar mais adequada, necessária e ponderada para atingir o fim comum, do que a escolha preterida:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de **razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais **adequada** à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente³⁷ (grifo nosso)

Pode-se, portanto, definir a discricionariedade administrativa como a faculdade que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo critérios de oportunidade e conveniência, e **escolher uma dentre duas ou mais soluções**, todas válidas perante o direito³⁸ (grifo nosso)

O conhecido julgamento da lei estadual da Paraná, acompanhado de parecer de Caio Tácito, que obrigava a pesagem de botijões de gás à vista do consumidor, com pagamento imediato de eventual diferença

36 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2011, p. 95.

37 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992, p. 48.

38 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. Op.cit., p. 67.

a menor, foi um dos primeiros a reconhecer a inconstitucionalidade da norma pela violação ao princípio da proporcionalidade das leis restritivas de direitos, por inadequação entre meios e fins, configurando manifestação de excesso legislativo.

Não basta, todavia, verificar se as restrições estabelecidas foram baixadas com observância dos requisitos formais previstos na Constituição. Cumpre indagar, também, se as condições impostas pelo legislador não se revelariam incompatíveis com o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade (adequação, necessidade, razoabilidade) ³⁹

A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal coloca a razoabilidade e a proporcionalidade entre os demais princípios da Administração Pública (art. 2º) e traz a noção precisa de proporcionalidade, nas suas duas primeiras etapas (de adequação e necessidade), ao prever no inciso VI do parágrafo único do artigo 2º quanto segue:

Art. 2º, parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público.

Desta rápida introdução ao tema, é possível perceber que só será constitucional o *ato administrativo discricionário “proporcional”* (adequado, necessário e proporcional), ou seja, exarado pelo agente público com proporcionalidade. De outra mão, é possível acontecer o controle (apreciação, análise, exame) pelo Poder Judiciário valendo-se igualmente da proporcionalidade.

Deve ser compreendida a importância da proporcionalidade em duas frentes fundamentais: na expedição do ato administrativo pelo agente público e no controle a ser exercido pelo Poder Judiciário.

39 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 855-Paraná, Rel. Min. Sepúlveda Pertence e parecer de Caio Tácito. Lei Estadual – Pesagem de gás de petróleo – Inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo* nº194, Rio de Janeiro: Ed.Renovar, outubro/dezembro, 1993. Ficou demonstrado ser impraticável o pretendido sistema de pesagem com prejuízo final aos consumidores, com flagrante desproporcionalidade e inadequação entre meios e fins.

A proporcionalidade é (ou deve ser) utilizada pelo legislador e pelo agente público ao elaborar e motivar o ato normativo ou administrativo, e igualmente pelos juízes, ao enfrentar a constitucionalidade dos mesmos. Em outras palavras, tem-se a proporcionalidade nos dois lados, quando exarado o ato e quando eventualmente anulado. Uma proporcionalidade legislativa e executiva *versus* uma proporcionalidade judicial.

Como saber qual delas está correta? Qual das valorações é a mais acertada? Não sendo uma situação de evidente extrapolação, contrária aos termos da lei, que afronta o senso comum, evidentemente desprovida de qualquer razoabilidade e imotivada, como julgar a escolha da Administração (sem invadir a esfera de sua competência e consequentemente a separação de poderes), se a discricionariedade tem uma grande dose de subjetividade e valoração, ainda que limitada pela lei?

A essência da discricionariedade, nas palavras de Germana de Oliveira Moraes, *reside na liberdade de decidir, mediante ponderação comparativa de interesses*, recorrendo o administrador a critérios positivados, como, por exemplo, o *princípio da proporcionalidade*⁴⁰, especialmente para resolver o tão tortuoso conflito existente entre normas e princípios fundamentais.

Este será, portanto, um importante parâmetro para se exercer o controle judicial: perquirir acerca da PROPORCIONALIDADE da medida administrativa. Mas não só desta, é bom que se diga. Exige-se também dos atos legislativos um conteúdo prescritivo proporcional ou um dever de proporcionalidade legislativa, de modo que *sejam adequados e não excessivos em relação aos fins que se pretende alcançar, bem como equilibrados na harmonização de fins potencialmente conflituosos*⁴¹.

Destaca-se a inconstitucionalidade pela falta de aptidão mínima da lei para atingir seus fins, pelo excesso na promoção de determinada medida restritiva e pelo inadequado balanceamento de normas colidentes, quando então se aplica o *controle de proporcionalidade*⁴².

40 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p. 48.

41 RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Comunicação apresentada na “XXV e Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle” na França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009.

42 Idem.

Por outro lado, ao se fazer a confrontação entre medidas adequadas ou mais ou menos gravosas deve se atentar acerca dos meios empregados, se diferem entre si na promoção do fim. Elival da Silva Ramos faz esta ponderação, na tentativa de pôr limites ou dar parâmetros ao exame da proporcionalidade. O tema é importante e será tratado em um novo tópico.

4. Limites ao juízo de proporcionalidade do ato discricionário

A proporcionalidade mostra-se tão importante que Ada Pellegrini Grinover não titubeia ao afirmar que “o princípio da proporcionalidade obriga a todos os poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário”⁴³. José Armando da Costa reconhece que o princípio da proporcionalidade dirige-se ao legislador, ao administrador e ao intérprete do direito⁴⁴. Fábio Corrêa Souza de Oliveira percebe que “ele confere padrões objetivos de aferição das condutas dos três Poderes”, e que “atua como limitador e condicionador de cada um dos Poderes do Estado”⁴⁵.

O trabalho quer realçar que a discricionariedade sofre limites pela proporcionalidade, mas que esta última empenna papéis diferentes e também sofre limites, conforme o Poder que fará dela uso.

Do ponto de vista do Poder Executivo, o princípio da proporcionalidade, além de nem sempre dar uma única solução ao administrador, nem sempre é aplicável. Uma situação em que isso ocorre pode ser observada no julgamento do HC 80.949 referente às provas ilícitas, cuja utilização no processo é completamente banida pela Constituição Federal (art. 5º, LVI⁴⁶):

[...] II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita,

43 GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, p. 135-138.

44 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002, p. 67.

45 OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O Princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 293. O autor se refere ao princípio da razoabilidade na visão mais abrangente do termo.

46 CF, art. 5º, LVI: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

sem distinção quanto ao crime objeto do processo (CF, at. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: **Consequente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade [...]**⁴⁷ (grifo nosso)

Eis aqui uma situação onde a Constituição Federal fez um *juízo explícito de prevalência* em favor de um princípio (o da inadmissibilidade no processo de provas obtidas por meios ilícitos), que não poderá ser afastado pelo princípio da proporcionalidade, ou, em outras palavras, não pode o Poder Público alegar o princípio da proporcionalidade para frustrar uma norma constitucional:

Cabe ter presente, também, por necessário, que o princípio da proporcionalidade, em sendo alegado pelo Poder Público, não pode converter-se em instrumento de frustração da norma constitucional que repudia a utilização, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Esse postulado, portanto, não pode ser invocado nem aplicado indiscriminadamente pelos órgãos do Estado, ainda mais quando se acharem expostos, a clara situação de risco, direitos fundamentais assegurados pela Constituição⁴⁸.

Percebe-se claramente que o princípio da proporcionalidade não pode ser usado pelo Poder Público para fundamentar uma atuação contrária ao texto da Constituição.

O Poder Judiciário, por sua vez, deve (ou deveria) limitar o uso da proporcionalidade quando adentra no campo da “política legislativa”, intimamente ligada à conveniência e a oportunidade de atuação da Administração.

O administrador ou o legislador, no exercício da função administrativa ou legiferante, utilizam-se do princípio da proporcionalidade como um instrumento que indique a melhor escolha proporcional entre as existentes. Porém, muitas vezes, diante da complexidade das relações humanas, torna-se difícil descobrir qual a melhor ou mais correta solu-

47 HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU, 14.12.2001, *informativo nº 250* do STF.

48 RHC 90376, Rel. Min. Celso de Mello, DJU, em 18.5.2007.

ção, podendo existir várias soluções proporcionais. Cabe ao administrador, dentro do seu poder discricionário, no uso de critérios próprios de conveniência e oportunidade, fazer a opção por umas delas.

O Poder Judiciário, porém, ao exercer o controle sobre tais atos e escolhas sofre alguma limitação pelo princípio da separação de poderes e da segurança jurídica. Fica, portanto, impedido de anular o ato legislativo ou administrativo porque embora não desproporcional, não seria o *mais proporcional*. Já disse Eros Grau que o Poder Judiciário verifica se o ato é correto, mas não qual o ato correto: “...o Poder Judiciário não pode substituir-se à Administração, enquanto personificada no Poder Executivo. Logo, o Poder Judiciário verifica se o ato é correto; apenas isso”⁴⁹.

Não por outra razão, Cristina Queiroz, após pontuar que o legislador detém precedência na concretização dos direitos fundamentais sociais, assevera que ao “órgão de controle exige-se-lhe que respeite as *decisões razoáveis* tomadas pelos órgãos politicamente conformadores. Assim o exige o princípio do Estado de Direito e o princípio da separação de funções”⁵⁰.

Nesta mesma linha de pensamento, Elival da Silva Ramos:

Não se há de proclamar a inconstitucionalidade de ato legislativo por não ser o mais adequado à realização da norma finalística, e sim por não ser *minimamente adequado* a esse objetivo. Em outros termos, se a medida consagrada em lei promove, em alguma medida, o fim constitucional, não pode ser objeto de censura da parte do órgão de controle, ainda que existam outras maneiras mais eficazes de fazê-lo⁵¹.

Já quando se está a tratar da restrição a direitos, o controle só pode ocorrer entre medidas comparáveis entre si. Neste caso, como se faz o sopesamento entre os direitos em jogo (proporcionalidade em sentido estrito), deve se comparar a medida legislativa ou administrativa com a outra alternativa, devendo imperar a que menos onerar ou restringir

49 STF, RMS 24699/DF, Rel. Min. Eros Grau, já citado no trabalho.

50 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Ed. Coimbra Editora, 2006, p.149.

51 RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Op. cit.

os direitos fundamentais em conflito. Se a medida consagrada pelo Poder Público for de maior eficácia ou simplesmente não comparável em termos de eficácia à medida alternativa, “por se mostrar mais eficaz em alguns pontos e menos eficaz em outros”⁵², o Poder Judiciário não deve invalidar a opção do administrador ou legislador⁵³.

Para fazer a correta ponderação entre os direitos em jogo, deve-se ter em mente a máxima de Robert Alexy – *quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior é o grau da não satisfação do outro* – que traz objetividade à regra ou *lei da ponderação*, com três passos a serem seguidos. Primeiro (1º), mensurar o grau de não satisfação, de não realização ou prejuízo de um princípio e quantificar o grau de intensidade da intervenção. Segundo (2º), comprovar a importância da realização do princípio que foi privilegiado. Terceiro (3º), comprovar que a não realização do princípio restringido está justificado face à maior importância na realização do princípio oposto⁵⁴.

Uma tripla gradualidade – leve, médio e grave – e a quantificação sob o ponto de vista de custos e de probabilidades será o bastante para, em linhas gerais, construir limites e justificar, por exemplo, uma intensidade de intervenção leve ou alta.

Resumindo, quando há uma zona de incerteza, com várias e legítimas soluções proporcionais, deve ser mantida a escolha administrativa ou legislativa, quer para evitar a interferência do Poder Judiciário nos demais Poderes, quer pela presunção de legitimidade dos atos administrativos e a presunção da constitucionalidade das leis. Quando em análise o choque entre direitos fundamentais, deve ser respeitado o balanceamento promovido pelo legislador, se não cometer excessos na compressão de um dos direitos em detrimento do outro, mantendo a decisão que mais preserve a discricionariedade legislativa ou administrativa⁵⁵.

52 Idem.

53 “Entre princípios não relevantes, portanto, não correspondentes, não se pode produzir nada, nem sequer um empate de ponderação”. ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. RT. 799, 2002, p. 48.

54 Idem, p. 43.

55 “Nas situações de intermediação legislativa entre texto constitucional e as decisões judiciais, deve ser respeitado o balanceamento promovido pelo legislador, salvo se houver exacerbado a força prescritiva de uma das normas-princípio em cotejo, em detrimento ao núcleo essen-

Prosseguindo com a pretensão de fornecer algum limite ou parâmetro ao controle do ato discricionário, reitera-se que o mérito do ato administrativo pode ser sindicável. A proporcionalidade, se em um primeiro momento, propicia este controle sobre o mérito, conseguirá ao final impor limites. É o que se tentará mostrar a seguir.

Percebe-se, com as palavras acima, ter a proporcionalidade um duplo efeito, com a seguinte implicação: o princípio da proporcionalidade utilizado como parâmetro de controle jurisdicional da atividade administrativa aumentou o controle sobre o mérito. Esta é uma importante constatação, que não se pode negar e consta deste ensaio.

Porém, a Administração Pública continua com uma área de reserva, denominada de mérito do ato administrativo, e por uma razão: o princípio da proporcionalidade, apesar da força que possui, “não exaure o processo de tomada de decisão do administrador público, preservando-se, assim, a denominada área de reserva da Administração Pública, identificada como mérito do ato administrativo”⁵⁶.

Quem chega a esta lúcida conclusão, mostrando que o princípio da proporcionalidade ao possibilitar a incursão no mérito do ato administrativo, não importa em um controle jurisdicional pleno da atuação da Administração Pública, é mais uma vez Germana de Oliveira Moraes:

Constituem [os princípios constitucionais, inclusive os da razoabilidade e da proporcionalidade], é bem verdade, parâmetros para que o administrador possa bem exercer os juízos de conveniência e de oportunidade, com os quais é, sob a visão clássica, identificado o mérito. Deste modo, são também de valia para o reexame posterior e externo (jurisdicional) destes juízos de conveniência e de oportunidade.

Todavia, essa possibilidade de incursão no âmbito do ato administrativo não importa controlabilidade plena, porque restará, em cada caso, uma fronteira intransponível pelo juiz, não obstante a largueza dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁵⁷

cial de outra”. Elival da Silva Ramos. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Op. cit.

56 MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. Op. cit., p. 147-148.

57 MORAES, Germana de Oliveira, p.148.

Tem-se assim uma limitação do princípio da proporcionalidade quando utilizado pelo Poder Judiciário, pois ainda que tenha ampliado o controle judicial a ponto de circundar o mérito do ato administrativo, não possibilita uma cognição plena. O princípio da proporcionalidade, como bem observa José Armando da Costa, não elimina a faculdade política do legislador ou do gestor, não impede sejam preservadas as suas aptidões para escolher, delimitar e conformar os fins que devem ser alcançados pelos padrões legislativos que deva produzir⁵⁸. Enxerga-se nesta proposição mais um parâmetro para a revisão judicial, fornecido por Gustavo Binbenbojm e André Cyrino, afeto ao “grau de politicidade da matéria”:

Quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, objeto de decisão por agente eleitoralmente legitimado (Chefe do Executivo e parlamentares, por exemplo), menos intenso deve ser o grau do controle judicial. Este parâmetro privilegia os valores *legitimidade democrática e responsividade* na organização e funcionamento dos órgãos do Estado⁵⁹

Parece, no entanto, difícil aplicar a proporcionalidade no controle judicial sem avançar sobre a aptidão de escolha a que José Armando da Costa acima se referiu, isto é, sobre a discricionariedade do administrador. Para tanto, o trabalho traz a visão do autor acerca do princípio da proporcionalidade no campo do poder disciplinar, segundo ele, um dos poderes mais discricionários dentre os poderes da Administração Pública.

Diz o autor em várias passagens que a proporcionalidade está afeta a legalidade⁶⁰, para brilhantemente concluir que o princípio da proporcionalidade “torna mais democrático o princípio da legalidade, o qual não somente deverá conter-se nos estritos limites de que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’ (art. 5º, inciso II da CF/88), e sim em *virtude de lei proporcional*”⁶¹.

58 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Op. cit., p. 63.

59 BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. Op. cit., p. 759.

60 José Armando da Costa explica que uma punição aplicada a um servidor em excesso afronta o princípio da proporcionalidade, descambando para a vala da ilegalidade (Op. cit., p.44). Que, na atualidade, o contexto de legalidade do ato disciplinar alcança a noção jurídica de proporcionalidade ou razoabilidade (Op. cit., p.52).

61 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*, p. 62.

Por outro lado, observa que a proporcionalidade é medida, objetivamente, em uma concreta e coerente relação de correspondência entre a medida restritiva e o fim por ela perseguido. A possibilidade de dosar torna facilmente diagnosticáveis os excessos da Administração. Isto importa em reconhecer que o **princípio da proporcionalidade** na relação dosimétrica entre a conduta funcional anômala e respectiva punição **não se inclui no campo de mérito do ato disciplinar** (aferível, discricionariamente, pelo administrador), e **sim no seu universo de legalidade**, a ser perfeitamente objeto de controle pelo Poder Judiciário⁶².

Prossegue o autor dizendo que:

Embora a ideia de proporcionalidade – ao traduzir harmonia e coerência entre o ilícito e sua sanção – deixe entrever aparentemente, e somente aparentemente, que o seu diagnóstico requer uma reflexão valorativa, e por isso se traduza como aspecto de merecimento do exclusivo alvedrio da administração, destaque-se, contudo, que tal conceito, integrando o princípio da proporcionalidade (razoabilidade) previsto literalmente no dispositivo aludido, **define-se não como mérito do ato disciplinar, e sim como elemento integrativo de sua extensão de legalidade**⁶³ (grifo nosso)

A conclusão que se tira do quanto acima foi dito é que a proporcionalidade constitui aspecto extrínseco, acessível, portanto, ao exame do Judiciário. Isto porque é afeta à legalidade do ato e não tem conteúdo discricionário, como aparentemente nos induz a pensar, ante a uma pretensa carga valorativa. A proporcionalidade, por ter grande carga de dosimetria, é facilmente diagnosticada, o que a coloca não como mérito do ato disciplinar, mas como elemento integrativo de sua legalidade.

Para facilitar o alcance desta visão da proporcionalidade como algo objetivo e de fácil mensuração, menciona-se novamente a “lei da ponderação” de Robert Alexy, com os seus três passos já descritos, quando refuta a crítica que se faz à ponderação, contida no exame de proporcionalidade em sentido estrito, como apenas possível pela subjetividade do examinador, ou que com a ponderação tudo é sempre possível. Com o

62 Idem, p. 57-61.

63 Idem, p. 72.

auxílio da ponderação, diz o autor, “deixa-se determinar de forma racional o que, com base na Constituição, é ordenado, proibido e permitido definitivamente”⁶⁴.

Oswaldo Canela Junior qualifica princípio da proporcionalidade como um critério seguro limitador da intervenção Judicial em políticas públicas⁶⁵, retirando a carga de subjetividade do conceito.

Esta forma de entender a proporcionalidade pode acalmar o inconformismo daqueles que não admitem a análise do mérito do ato administrativo, pois neste caso se estaria examinando o aspecto da legalidade do ato, conquanto entenda-se que a *proporção adequada torna-se condição de legalidade*.

Repita-se: “a proporção adequada torna-se condição de legalidade”. Quem proferiu esta sentença foi Eros Roberto Grau ao sustentar que toda a atuação da autoridade administrativa é sempre informada pelo princípio da proporcionalidade⁶⁶. O mesmo autor, em outra obra, ao abordar o conflito entre princípios, aduz que em cada caso concreto, em cada situação, a dimensão do peso ou importância dos princípios há de ser ponderada. No entanto, prossegue afirmando que: *a atribuição de peso maior a um – e não outro – não é, porém, discricionária*, o intérprete está vinculado pelos princípios⁶⁷, indicando pensamento similar ao acima colocado.

64 ALEXY, Robert. RT 799, p. 42-48.

65 “Sem esse instrumento constitucional e processual, os direitos fundamentais se esvaziariam, porquanto o Poder Judiciário não teria critério seguro para a substituição da vontade das demais formas de expressão do poder estatal”. CANELA JUNIOR, Oswaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 161-168.

66 GRAU, Eros Roberto. *Licitação e contrato administrativo. Estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995, p. 46-47.

67 GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, p. 201. A transcrição completa é oportuna: “A atribuição de peso maior a um – e não outro – não é, porém, discricionária. Retorno ao já afirmado: o intérprete está vinculado pelos princípios: além disso, não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. O momento da atribuição de peso maior a um determinado princípio é extremamente rico, porque nele – desde que se esteja a perseguir a definição de uma das soluções corretas, no elenco das possíveis soluções corretas a que a interpretação jurídica pode conduzir – pondera-se o direito inteiro, como totalidade. Variáveis múltiplas, de fato – as circunstâncias peculiares do problema considerado – e de ordem jurídica – linguísticas, sistêmicas e funcionais –, são descortinadas. E, paradoxalmente, é precisamente o fato de o intérprete estar vinculado, retido, pelos princípios que torna mais criativa a prudência que pratica”.

Para Lucia Valle Figueiredo, quando o Judiciário se furta ao controle de determinado ato administrativo por temer adentrar no mérito, está, na verdade, deixando de examinar os próprios postulados da legalidade⁶⁸.

Caso a desproporcionalidade seja encontrada no aspecto discricionário do ato punitivo (parte relativamente livre deixada ao exame de oportunidade e conveniência da administração) e advier da própria lei, o excesso da autoridade hierárquica competente “**define-se como defeito de legalidade**, uma vez que a lei impõe a observância do comedimento proporcional”⁶⁹. Diogo de Figueiredo Moreira Neto lembra, com muito acerto, que é o legislador quem tem o exclusivo poder de instituir as hipóteses de discricionariedade, quando abre na lei um espaço decisório à Administração. Reconhece o autor a existência de uma *desproporcionalidade legislativa* que ocorre quando o desequilíbrio está na própria formulação da lei⁷⁰. Isto exige que o avaliador ou examinador do ato discricionário deite os olhos no texto da lei, para saber se é ela desproporcional, ou seja, se está frente a uma *desproporcionalidade legislativa* e não do ato administrativo (*desproporcionalidade administrativa*), que nada mais fez do que cumprir o texto normativo⁷¹.

O que se nota desta argumentação é que grande parte da polêmica em torno da sindicabilidade do mérito do ato administrativo discricionário reside na confusão que se faz em torno dos elementos da legalidade do ato e dos elementos de oportunidade, conveniência e moralidade administrativa. Estes últimos estariam presentes, por exemplo, ao se de-

68 FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p.213. Como exemplo, a autora diz que o Judiciário não deve verificar se a estrada “x” deverá passar pelo traçado “a” ou “b”, mas sim se aquela declaração de utilidade pública está nos termos da lei e se não há manifesta irrazoabilidade.

69 COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Op. cit., p. 75.

70 O autor afirma que: “o ‘poder discricionário’ é aquele exercido pelo Poder Legislativo, quando abre, na lei, um espaço decisório substantivo à Administração, e não por esta, ao preencher os requisitos de legalidade e de legitimidade necessários para torná-la exequível”, MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006, p. 97-102.

71 Jose Carlos Armando da Costa vislumbra, com todo acerto, uma desproporcionalidade legislativa no art. 10, inciso X da Lei nº 8.429/1992, pois o legislador previu pena de demissão para uma conduta apenas negligente (na arrecadação de tributo ou na conservação do patrimônio público). Ob. cit., p. 76.

terminar a gravidade da falta de um funcionário. Já a existência do fato, da materialidade e de ser o sujeito um funcionário são elementos de legalidade que, na sua ausência, limitam o conceito de gravidade, isto é, não será o caso de se falar em gravidade. Esta lúcida abordagem é dada por Afonso Rodrigues Queiró:

É, portanto, plenamente aceitável a doutrina segundo a qual a materialidade dos fatos e a sua qualificação jurídica são elementos da legalidade, e não da oportunidade ou moralidade administrativa. Um erro sobre os fatos ou sobre o direito (qualificação) é uma questão de legalidade. Mas já não é um elemento da legalidade o saber determinar a gravidade da falta, ou seja, a sua qualificação prática; aqui trata-se de um elemento de discricionariedade⁷²

A despeito de onde se pretenda colocar a proporcionalidade, é certo que o mérito do ato administrativo discricionário pode ser sindicado pelo uso da proporcionalidade. A revisão do mérito, no entanto, só pode ocorrer se houver ofensa a esta mesma proporcionalidade, cuja aferição se faz nas balizas supra fornecidas. O ato discricionário que seja proporcional e razoável, a que este trabalho nominou como sendo um “**ato discricionário proporcional**”, deve permanecer imutável. O juiz não pode substituir o juízo de mérito do administrador (conveniência e oportunidade), pelo seu próprio juízo de mérito.

A proporcionalidade (juntamente com os motivos) dá condições de validade ao ato discricionário, porque confere parâmetros para expedição do ato, limitando o controle sobre a discricionariedade. Deve, portanto, ser vista sob dois aspectos: como limite da discricionariedade do gestor, e como limite da sindicabilidade judicial. E dar limites ao controle exercido pelo Poder Judiciário pela proporcionalidade tem grande importância, pois prestigia a opção do legislador e do administrador, impedindo que o órgão de controle cometa excessos e se transforme em avaliador da conveniência e oportunidade da atuação legislativa, sem que substitua suas funções, sem que passemos de um estado anterior de administradores autoritários, para hoje de juízes

72 QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo* 7, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, janeiro/março, 1947, p. 53.

autoritários, trazendo equilíbrio e segurança jurídica nas relações entre os poderes⁷³.

5. Considerações finais

O trabalho aborda a tão tortuosa análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário e reconheceu que o mérito do ato administrativo pode ser, em alguma medida, sindicável.

Sob o aspecto da proteção aos direitos fundamentais e observância dos princípios constitucionais é que se diz ser pleno o controle sob todos os elementos do ato, inclusive do mérito. No entanto, nem sempre é plena e completa a sindicabilidade judicial dos atos administrativos potencialmente discricionários, pois na maioria das vezes será apenas de invalidação do ato impugnado e não de sua substituição por outro. Será intensa a revisão dos atos vinculados ou dos *conceitos indeterminados desprovidos de discricionariade*, quando o controle sempre será pleno e com condições de substituir o ato.

O princípio da proporcionalidade ao possibilitar a incursão no mérito do ato administrativo não importa em um controle jurisdicional pleno da atuação da Administração Pública, pois não exaure o processo de tomada de decisão do administrador público, que continua com uma área de reserva, denominada de mérito do ato administrativo.

A proporcionalidade, na visão de alguns doutrinadores aqui citados, se inclui no universo de legalidade do ato discricionário. A atribuição de um peso maior a um princípio e não a outro, não é, discricioná-

73 O risco da agressão ao princípio democrático do equilíbrio entre os poderes tende igualmente a diminuir, se concomitantemente à proporcionalidade, o intérprete se valer dos demais princípios de hermenêutica. Dá-se destaque ao princípio da *interpretação conforme a constituição* que exige do intérprete a escolha da interpretação que mais compatibilize a norma com o texto maior e os valores constitucionais, tudo fazendo para preservar o conteúdo da norma e o ideal do seu autor, que sai fortalecido deste embate.

Assim também pensa José Armando da Costa que embora reconheça que o princípio da proporcionalidade produza “uma pequena dose de superioridade do Judiciário sobre o Legislativo”, não chega a agredir o princípio constitucional da separação de poderes, asseverando que a *interpretação conforme a constituição* diminui os riscos de uma possível hipertrofia da função judicante, em detrimento da soberania legislativa, pois entre duas prováveis e diferentes interpretações de uma norma, há que se preservar a exegese que melhor traduza os valores escalonados na Carta Política. *Controle judicial do ato disciplinar*. Op. cit., p. 62-63.

ria, pois o intérprete está vinculado pelos princípios, dentre os quais, o da proporcionalidade. O excesso da autoridade define-se como defeito de legalidade. A “*proporção adequada torna-se condição de legalidade*”, a lei impõe um comedimento proporcional, o ordenamento pede uma “*lei proporcional*”⁷⁴.

O ato da Administração, a par de exigir-se o pré-requisito da legalidade, deverá, portanto, ser adequado, necessário e balanceado (ter um custo menor que o benefício a ser atingido), ou como aqui se nominou, ser um “**ato administrativo proporcional**”. Nestas condições, o controle jurisdicional sobre o ato administrativo se limitará a confirmar a sua legalidade. O ato administrativo discricionário, legitimado pelo Poder Judiciário, permanece gerando efeitos no ordenamento jurídico tal e como foi pensado e executado pelo Poder Legislativo e Executivo, a ser aceito e obedecido pelo jurisdicionado, dentro do Estado de Direito fundado no princípio da legalidade.

O princípio da Proporcionalidade bem empregado “*atua como limitador e condicionador de cada um dos Poderes do Estado. Desta feita não há Estado de juízes, nem Estado de legisladores, nem Estado de administradores, mas sim Estado Constitucional*”⁷⁵.

Com estas palavras encerra-se esta exposição, esperando ter conseguido dar padrões objetivos de aferição das condutas dos três Poderes, fortalecendo neste aspecto o Estado Democrático e as garantias constitucionais.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

_____. *Direito constitucional e direito ordinário. Jurisdição constitucional e jurisdição especializada*. RT – 799, maio de 2002.

⁷⁴ Conforme Eros Roberto Grau (*Licitação e contrato administrativo...; e Ensaio e discurso...*) e José Armando da Costa (*Controle judicial do ato disciplinar*).

⁷⁵ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Op. cit., p. 293.

_____. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 217, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, julho/setembro, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as agências reguladoras. In: FIGUEIREDO, Marcelo (coord.). *Direito e regulação no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André Rodrigues. Parâmetros para a revisão judicial de diagnósticos e prognósticos regulatórios em matéria econômica. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e _____ (coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BOMFIM, Nina Laporte e FIDALGO, Carolina Barros. Releitura da autoexecutoriedade como prerrogativa da Administração Pública. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 25. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

BRANCO, Luiz Carlos. *Equidade, proporcionalidade e razoabilidade*. São Paulo: Ed. RSC, 2006.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. *O controle judicial de políticas públicas*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2001.

_____. *Direito Administrativo*. 24. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2011.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1984.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 6. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2001.

GOUVÊA, Marcos Maselli. *O controle judicial das omissões administrativas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2002.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. 4. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

_____. *Licitação e contrato administrativo. Estudos sobre a interpretação da lei*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: _____; WATANABE, Kazuo (org.). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do Direito. In: GRAU, Eros Roberto e _____ (org.). *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade e reflexividade. Uma nova teoria sobre as escolhas administrativas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O direito das agências reguladoras independentes*. São Paulo: Ed. Dialética, 2002.

_____. O Direito Administrativo de espetáculo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 37. ed., São Paulo: Ed. Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1992.

_____. Discricionariedade e legalidade. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado n. 4/9*.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed., São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle jurisdicional da administração pública*. 2. ed., São Paulo: Ed. Dialética, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 14. ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2006.

NOVO Dicionário Básico da Língua Portuguesa. Folha/Aurélio. São Paulo: Ed. Nova Fronteira, 1995.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. *Por uma teoria dos princípios. O princípio constitucional da razoabilidade*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em Direito Administrativo. In: *Revista de Direito Administrativo n. 7*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, janeiro/março, 1947.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. *A exigência de proporcionalidade no controle abstrato de normas brasileiras*. Comunicação apresentada na “XXV e Table Ronde Internationale de Justice Constitutionnelle” na França, no período de 4 a 5 de setembro de 2009.

_____. *Ativismo judicial*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010.

SARMENTO, Daniel. Supremacia do interesse público? As colisões entre direitos fundamentais e interesses da coletividade. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

SCHIRATO, Vitor Rhein. As agências reguladoras independentes e alguns elementos da teoria geral do Estado. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. In: *Revista de Direito do Estado* n. 4, Rio de Janeiro: FGV, 2006.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. Motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. In: *Revista de Direito Público* n. 75, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1985.

_____. *Serviços públicos e regulação estatal. Introdução às agências reguladoras*. Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: *Revista de Direito Administrativo* n. 188, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, abril/junho, 1992.

_____. Parecer: Lei Estadual – Pesagem de gás de petróleo – Inconstitucionalidade. In: *Revista de Direito Administrativo* n.194, Rio de Janeiro: Ed. Renovar, outubro/dezembro, 1993.

