

A JURIDICIDADE ADMINISTRATIVA COMO PARADIGMA PARA O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO DIREITO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÂNEO

THE ADMINISTRATIVE LEGALITY AS A PARADIGM FOR THE EXERCISE OF ADMINISTRATIVE DISCRETION IN CONTEMPORARY ADMINISTRATIVE LAW

LA JURIDICIDAD ADMINISTRATIVA COMO PARADIGMA PARA EL EJERCICIO DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONTEMPORÁNEO

Willian Gustavo Rodrigues¹
João Victor Tavares Galil²

Resumo

O presente artigo busca examinar como a transformação do paradigma clássico da legalidade, enquanto fundamento da atividade administrativa, se transforma, após a segunda metade do Século XX, no paradigma da juridicidade, que passa a determinar que regras, princípios e postulados são orientadores da atividade administrativa. Metodologicamente, recorre-se ao método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, buscando esclarecer o problema: em que medida a categoria da juridicidade administrativa substitui ou redefine o paradigma clássico da legalidade como fundamento do exercício da discricionariedade administrativa? Sendo que a pesquisa tende a concluir que no paradigma da juridicidade o exercício da competência discricionária pelo agente público deve estar em conformidade com todo o ordenamento jurídico e não apenas com a legalidade formalista.

Palavras-chave: juridicidade; discricionariedade administrativa; função pública.

Abstract

This article seeks to examine how the transformation of the classical paradigm of legality, as the foundation of administrative activity, evolved, after the second half of the twentieth century, into the paradigm of juridicity, which establishes that rules, principles, and legal postulates guide administrative action. Methodologically, the study adopts the deductive method and bibliographical research, aiming to clarify the following question: to what extent does the category of administrative juridicity replace or redefine the classical paradigm of legality as the foundation for the exercise of administrative discretion? The research tends to conclude that, within the paradigm of juridicity, the exercise of discretionary powers by public agents must conform to the legal system as a whole and not merely to formalistic legality.

Keywords: juridicity; administrative discretion; public function.

Resumen

El presente artículo busca examinar cómo la transformación del paradigma clásico de la legalidad, como fundamento de la actividad administrativa, se convierte, después de la segunda mitad del siglo XX, en el paradigma de la juridicidad, que pasa a determinar que las reglas, los principios y los postulados jurídicos orientan la actividad administrativa. Metodológicamente, se recurre al método deductivo y a la investigación bibliográfica, con el fin de esclarecer el siguiente problema: ¿en qué medida la categoría de la juridicidad administrativa sustituye o

¹ Doutorando e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC SP), pós-graduado em Direito Público pela Damásio Educacional, pós-graduado em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), pós-graduado em Direito Público pela Damásio Educacional, pós-graduado em Direito Público pela Damásio Educacional, graduado em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (FDSM). E-mail: willian.gustavo@yahooo.com.br ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4927-5377>

² Doutor e Mestre em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado do Conselho Nacional do Serviço Social da Indústria – CN/SESI; Vice-presidente do Centro para Estudos Empírico-Jurídicos – CEEJ. E-mail: jvtgdireito@gmail.com; ORCID: orcid.org/0000/0002/3090-206X

redefine el paradigma clásico de la legalidad como fundamento del ejercicio de la discrecionalidad administrativa? La investigación tiende a concluir que, en el paradigma de la juridicidad, el ejercicio de la competencia discrecional por parte del agente público debe estar en conformidad con todo el ordenamiento jurídico y no únicamente con la legalidad formalista.

Palabras clave: juridicidad; discrecionalidad administrativa; función pública.

1 Introdução

A compreensão da discricionariedade administrativa sempre ocupou posição central na teoria do Direito Administrativo, sobretudo em razão das tensões inerentes entre a margem de escolha na atuação da Administração Pública e os mecanismos de controle jurídico de suas decisões. Tradicionalmente, no paradigma do Estado Liberal de Direito, a atuação administrativa era concebida sob a égide da legalidade estrita, segundo a qual a Administração encontrava na lei o parâmetro fundamental de legitimação e de condicionamento de seus atos. Nesse contexto, e como regra difundida, a discricionariedade era compreendida como um espaço residual de suposta liberdade conferido ao administrador para selecionar, entre alternativas juridicamente possíveis, aquela que reputasse mais conveniente e oportuna ao interesse público, sendo o chamado mérito administrativo, em regra, imune ao controle jurisdicional.

Contudo, as transformações experimentadas pelo Direito Público contemporâneo, especialmente a partir da consolidação do Estado Constitucional e Democrático de Direito na segunda metade do Século XX, produziram uma reconfiguração significativa desse modelo tradicional. A centralidade da Constituição, o reconhecimento da força normativa autônoma dos princípios e a crescente densificação dos direitos fundamentais passaram a exigir que a atuação administrativa não se limitasse à mera conformidade formal com a lei, mas se submetesse a um conjunto mais amplo de parâmetros normativos que integram o sistema jurídico. Nesse cenário, emerge a noção de juridicidade administrativa, compreendida como a submissão da Administração não apenas à legalidade em sentido estrito, mas a todo o ordenamento jurídico, incluindo as regras, princípios constitucionais e postulados identificados por meio de critérios de racionalidade jurídica.

Essa mudança de perspectiva repercute diretamente sobre o modo de compreender a discricionariedade administrativa e os limites do seu controle. Se, no modelo clássico, a legalidade funcionava como parâmetro quase exclusivo de legitimação da atuação administrativa, no paradigma contemporâneo da juridicidade passa-se a exigir que as escolhas discricionárias se mostrem compatíveis com a totalidade do ordenamento, o que amplia

significativamente as possibilidades de exercício e de controle da atuação administrativa, bem como redefine os contornos do próprio mérito do exercício da competência decisória.

Diante desse cenário, coloca-se a seguinte problemática: em que medida a categoria da juridicidade administrativa substitui ou redefine o paradigma clássico da legalidade como fundamento do exercício da discricionariedade administrativa? A partir dessa questão, o presente estudo busca analisar, por meio de revisão bibliográfica, o processo de transição entre esses dois pontos de vista, investigando de que forma a juridicidade administrativa reconfigura o regime jurídico da discricionariedade e quais são as implicações dessa transformação para o controle dos atos administrativos no âmbito do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

2 O paradigma clássico da atividade administrativa

A formação histórica do Direito Administrativo está profundamente vinculada ao princípio³ da legalidade, compreendido como fundamento estruturante da submissão da Administração Pública ao Direito. No contexto do Estado Liberal, a legalidade desempenhou papel central na limitação do poder estatal, estabelecendo que a atuação administrativa somente poderia ocorrer quando autorizada pela lei. Essa concepção expressava uma lógica institucional específica: a lei, produzida pelo Parlamento, representaria a manifestação legítima da vontade geral, cabendo à Administração apenas executá-la. Conforme Silva,

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal, e constituía uma das garantias das constituições liberais burguesas. Daí falar-se em Estado liberal de Direito, o qual tinha como objetivo fundamental assegurar o princípio da legalidade, segundo o qual toda atividade estatal havia de submeter-se à lei. Suas características básicas foram: a) submissão ao império da lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; b) divisão de poderes, que separe de forma independente e harmônica os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; c) enunciado e garantia dos direitos individuais. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal (Silva, 1988, p. 16).

³ A expressão princípio jurídica, atualmente, possui dois significados: como mandamento nuclear, relacionado aos elementos estruturantes do sistema jurídico, e como mandamento de otimização, que corresponde a normas que orientam a realização de determinados valores na maior medida possível, conforme as condições fáticas e jurídicas. No segundo sentido, os princípios podem ser materiais — vinculados a direitos subjetivos ou a bens coletivos — ou formais, que atribuem peso às decisões normativas, como ocorre com os princípios que conferem primazia às ponderações do legislador ou que visam à estabilização das situações jurídicas (Martins, 2015, p. 191). Visando estabelecer uma diferenciação das expressões polissêmicas adotamos o conceito de postulado semelhante ao que Humberto Ávila chama de postulados normativos (condições de possibilidade de conhecimento do Direito) e/ou postulados éticos-políticos (condições de conhecimento do Direito à luz da ciência política) (Ávila, 2005, p. 176-181).

Nesse modelo, a legalidade assumiu caráter eminentemente formal, operando como mecanismo de contenção da arbitrariedade administrativa. A lei, portanto, é o a fonte de exercício da atividade administrativa como o seu limite. A atuação da Administração Pública era considerada legítima quando compatível com os limites estabelecidos pela legislação, ou nas Almeida (2021, p. 98), “a lei não é apenas o limite, mas o pressuposto e fundamento de toda atividade administrativa, pelo que não há poder administrativo sem lei, sem norma legal que o fundamente”. Assim, o controle jurídico da atividade administrativa restringia-se, em grande medida, à verificação da conformidade entre o ato administrativo e a lei que lhe fundamentava por aplicação subsuntiva.

A doutrina administrativista clássica construiu, nesse contexto, uma distinção relevante entre competência vinculada e competência discricionária para edição de atos administrativos.

A discricionariedade não se projeta propriamente sobre o ato administrativo, mas sobre a competência conferida ao agente público. Para o autor, é discricionária a competência que autoriza o administrador a praticar ou não determinado ato, sendo este apenas o resultado do exercício dessa faculdade. Do mesmo modo, a vinculação também se situa no âmbito da competência, e não no ato em si. Assim, embora a doutrina costume mencionar “ato discricionário” e “ato vinculado”, tecnicamente seria mais adequado falar em atos decorrentes do exercício de competência administrativa discricionária ou vinculada (Bandeira de Mello, 2017, p. 18).

Enquanto na primeira a lei determinaria integralmente o conteúdo da decisão administrativa, na segunda haveria margem de escolha conferida ao administrador quando devidamente habilitado pela lei. Essa margem decisória foi tradicionalmente associada à ideia de mérito administrativo, entendido como espaço de apreciação reservado à Administração e, por isso, insuscetível de controle jurisdicional quanto à conveniência e oportunidade da decisão (Pires, 2020, p. 235-236).

Todavia, essa concepção clássica revelou-se progressivamente insuficiente para explicar as transformações ocorridas no Direito Administrativo contemporâneo. A ampliação das funções estatais, a complexidade das decisões administrativas e, sobretudo, o processo de constitucionalização do Direito provocaram uma profunda revisão das categorias tradicionais, que estruturavam a relação entre Administração Pública e ordenamento jurídico, reconfigurando o próprio entendimento da legalidade administrativa em uma visão tradicionalista.

2.1 A legalidade como fundamento da atividade administrativa

Como visto, na origem, o Estado de Direito surge inicialmente associado ao modelo liberal de organização do poder, constituindo uma das bases estruturais das constituições burguesas. Nesse contexto, consolidou-se a ideia de um Estado Liberal de Direito, cujo objetivo fundamental era submeter toda atuação estatal ao princípio da legalidade, de modo que o exercício do poder público encontrasse fundamento percebido pelos sentidos humanos e, assim, possuísse limites literais enquanto elementos estruturantes e estruturais do Estado Constitucional Moderno.

Essa visão clássica aponta a legalidade e a separação das funções como elementos de surgimento e de estruturação do Direito Administrativo dentro do Estado de Direito, uma vez que a submissão da Administração Pública a lei privilegiaria a previsibilidade de suas decisões e a limitação do poder na restrição dos direitos e interesses dos particulares. Nesse período histórico, o postulado da legalidade surge claramente como um elemento de contenção para oferecer limites contra os abusos do absolutismo monárquico e a proteção às liberdades individuais. Segunda Marques Neto,

Evidentemente, no âmbito desses processos, os setores que ascendiam ao poder tinham clareza dos riscos ensejados pelo descontrole do poder extroverso e, por conseguinte, da importância de coará-lo. E a tinham porque esses setores vinham de sofrer as consequências dos abusos do poder das monarquias absolutas e sabiam da importância de submeter tal poder a comandos gerais e universais, não decorrentes da vontade pessoal do seu detentor. O objetivo dos setores ascendentes (especialmente a burguesia) era a contenção do poder representado pela monarquia, evitando que se retomasse a concentração despedada do período anterior. Nesse momento, inexistia preocupação significativa com a consecução ou a promoção de direitos para além daqueles próprios à liberdade, ressaltando o caráter bipolar autoridade versus liberdade (Marques Neto, 2011, p. 333)

Segundo Odete Medauar (2026, p. 16), a noção da legalidade administrativa se estrutura como a) onde a Administração encontra na lei os fins de sua atuação e os poderes para tanto; b) sujeição da Administração à lei; c) a aderência administrativa às normas jurídicas; d) a autorização para Administração atuar de acordo com a lei, segundo a prescrição legal e dentro dos limites impostos por ela.

A referida autora destaca que a construção histórica da legalidade, apesar da importância das contribuições oriundas da Revolução Francesa e da Revolução dos Estados Unidos da América, consolidou-se e se estruturou por meio da doutrina alemã no desenvolvimento do conceito de Estado de Direito. Essa forma jurídica se contrapunha ao Estado de Polícia — enquanto forma absolutista tardia — por caracterizar-se como meio de garantia dos particulares contra ações despóticas do soberano, uma vez que a vontade desse é substituída pela lei que, de forma objetiva, vincula aos particulares e a ele próprio. Porém, somente com o advento da

Constituição Austríaca de 1920, inspirada pela teoria kelseniana, é que se fixa a premissa de que o Estado, por meio de sua administração, só poderá atuar fundamentado em uma disposição legal, já que o direito derivaria das escolhas populares (Medauar, 2026, p. 18-22).

Conforme observa Afonso Rodrigues Queiró, o Estado de Direito Público moderno se caracteriza pela atuação estatal dentro dos limites traçados pelas normas jurídicas, o que implica a submissão da Administração Pública à legalidade, também pelo autor denominado princípio da Administração Legal (Queiró, 1946, p. 44). Embora formulada sob uma concepção fortemente vinculada à estrita legalidade, a posição revela que a atividade administrativa não pode ser reduzida à simples execução mecânica de comandos normativos. Nesse cenário, implica verificar que a discricionariedade administrativa surge como resposta às exigências práticas da vida jurídica e política, sobretudo diante da impossibilidade de o legislador prever, em abstrato, todas as situações que demandam atuação estatal.

Em razão da influência exercida pelo modelo de separação de poderes de Montesquieu e pela ideia de supremacia da lei formulada por Rousseau (Queiró, 1946, p. 11), consolidou-se a compreensão de que a atuação administrativa exige, em determinadas hipóteses, a utilização de juízos valorativos pelo agente público para suprir eventuais lacunas normativas e para adaptar a finalidade legislativa às circunstâncias concretas não antecipadas pela lei. Perceba-se o problema teórico que então se apresenta: a compatibilização dessa margem decisória com a estrutura do Estado de Direito, moldando a noção de discricionariedade de modo a afastá-la de uma possível associação com a arbitrariedade do Poder Executivo, mas integrá-la ao sistema fundado na legalidade e na separação de poderes.

Verifica-se, portanto, em uma primeira análise, que a atuação da Administração Pública, como regra geral tradicionalista, inclusive no exercício da competência discricionária, consiste em uma legalidade positiva ou em uma vinculação positiva à lei, pela qual a atuação administrativa só é permitida por meio da autorização legislativa diferente da legalidade negativa ou da vinculação negativa à lei, pela qual ao particular, por meio de sua margem de atuação e de conduta, é permitida a atuação desde que não expressamente proibida. Porém, na medida da evolução teórica e das realidades materiais-históricas que se impunham, essa relação se complexifica.

2.2 A discricionariedade administrativa legalista

As transformações políticas decorrentes das revoluções burguesas do final do século XVIII, associadas à transição do modo de produção feudal para o capitalismo, marcaram o novo

arranjo institucional estruturado, sobretudo, em torno da proteção das liberdades individuais e da garantia do direito de propriedade, compreendidos naquele contexto como direitos naturais. A partir dessa nova configuração político-jurídica consolidou-se, no Ocidente, uma ordem normativa destinada a limitar o exercício do poder estatal e a assegurar um espaço de autonomia privada aos indivíduos.

Nesse cenário, característico do Estado Moderno, a autoridade estatal deixa de se fundamentar na vontade soberana do governante e passa a se submeter à lei. É nesse ambiente institucional que se desenvolve o Direito Administrativo como campo autônomo do conhecimento jurídico, voltado à organização e ao disciplinamento das funções administrativas do Estado⁴. Uma das questões centrais desse período consistia em compatibilizar a ideia de discricionariedade — historicamente associada a práticas arbitrárias do poder executivo — com um modelo de Estado estruturado a partir da legalidade e da separação dos poderes.

Foi especialmente no contexto francês que se desenvolveram os primeiros contornos dogmáticos do problema.

Embora a formação do regime jurídico-administrativo seja frequentemente associada à jurisprudência do Conselho de Estado francês, a doutrina germânica já reconhecia a existência de discricionariedade administrativa no contexto do *Polizeistaat*. Nesse período, entendia-se que a Administração dispunha de um espaço de atuação relativamente livre em relação ao Legislativo e ao Judiciário, pois a discricionariedade era concebida como manifestação da própria soberania do monarca, cabendo aos tribunais administrativos apenas verificar se a decisão efetivamente se inseria nesse âmbito discricionário (Di Pietro, 2012, p. 92).

Com a consolidação da jurisdição administrativa e com a atuação do Conselho de Estado, delineou-se uma distinção relevante entre o chamado poder gracioso e o poder contencioso. Enquanto este último se encontrava sujeito a controle jurisdicional, o primeiro permanecia, em grande medida, imune a tal fiscalização. Conforme observa Pires (2020, p. 146-147), foi nesse espaço de atuação do poder gracioso que se estruturou uma compreensão inicial do princípio da legalidade distinta da atualmente predominante. Nesse modelo, admitia-se que a Administração pudesse agir livremente na ausência de previsão legal expressa, desde que sua atuação não interferisse nas esferas de liberdade ou de propriedade dos particulares. Trata-se do que o autor denomina de vinculação negativa da Administração à lei.

Ainda na tradição francesa, a jurisprudência administrativa desenvolveu a teoria dos atos de governo ou atos políticos os quais, em regra, escapavam ao controle jurisdicional do Conselho

⁴ Vale destacar que essa mudança de paradigma não foi imediata, mas resultante de um longo processo que tomou lugar durante o século XIX.

de Estado Francês, exceto quando implicassem violação direta a direitos individuais. Nesse período, a jurisprudência do colegiado contribuiu, também, para a construção teórica favorável a que a discricionariedade administrativa fosse associada aos chamados atos de império, tradicionalmente considerados imunes à apreciação judicial, em contraposição aos atos de gestão.

A doutrina clássica distinguia os chamados *atos de império*, praticados pela Administração no exercício de prerrogativas de autoridade, e os *atos de gestão*, realizados sem o emprego desses poderes, como ocorre em atividades de natureza patrimonial ou na gestão de serviços públicos. Contudo, o autor observa que essa classificação perdeu utilidade jurídica contemporaneamente, subsistindo apenas como referência histórica. Isso porque a distinção foi gradualmente abandonada pela doutrina e pela jurisprudência em razão de sua imprecisão e da perda de sua função original, que consistia em excluir a responsabilidade do Estado pelos atos de império e admiti-la em relação aos atos de gestão. Ainda assim, Bandeira de Mello ressalta que, de forma anacrônica, tal distinção ainda é ocasionalmente invocada para diferenciar atos administrativos de atos de direito privado praticados pela Administração ou por entidades a ela vinculadas (Bandeira de Mello, 2023, p. 335)

Ao longo do século XIX, entretanto, a evolução jurisprudencial do Conselho de Estado passou a restringir gradualmente essa ampla imunidade. Desenvolveram-se, então, categorias dogmáticas destinadas a possibilitar algum grau de controle sobre a atuação administrativa, como os vícios de competência e de forma e o desvio de poder. Segundo Pires (2020, p. 150), a consolidação das categorias de vício de competência, de vício de forma e de desvio de poder, permitiu o controle judicial mesmo sem a demonstração de um direito subjetivo estritamente configurado, bastando a demonstração de interesse e a identificação de uma ilegalidade. Pires (2020, p. 150) destaca um aspecto relevante na evolução histórica do postulado da legalidade no Direito Administrativo, especialmente no que se refere à superação de distinções tradicionais que marcavam o controle da atuação administrativa. Em sua análise, o autor evidencia que: “posteriormente, esta distinção — ‘interesse’ e ‘direito adquirido’ — perdeu importância, não se fez mais distinção entre lei em sentido formal (competência, forma e finalidade) e em sentido material (direito adquirido), e houve ampliação da concepção de legalidade porque se incorporou às noções de boa administração e moralidade administrativa, o que levou, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, à substituição da expressão ato discricionário por poder discricionário.

Conforme Enterría e Fernández (2014, p. 472-473), destaca-se que a introdução, o desenvolvimento e o conhecimento pelo Conselho de Estado do recurso por excesso de poder⁵

⁵ Afirmam os autores sobre a origem do excesso de poder: “No final do século o recuso é estendido a qualquer violação da Lei, direta ou indiretamente, com a qual a via excepcional que era o *excès de pouvoir* se generalizou, deslocando-se, inclusive, para a via ordinária que era o recurso de plena jurisdição (o qual é deslocado para os assuntos únicos de responsabilidade de natureza patrimonial) e englobando, inclusive, por sua maior flexibilidade e por sua nova lógica de avaliação das relações jurídico-administrativas, impugnação dos atos de gestão” (Enterría; Fernandes, 2014, p. 473).

representou um marco relevante nesse processo, ao permitir o controle de atos anteriormente considerados insuscetíveis de revisão judicial. Nesse contexto, consolidou-se também a possibilidade de controle por desvio de finalidade, fundada na premissa de que a liberdade decisória conferida à Administração não autoriza o afastamento do fim público que justifica a outorga da competência administrativa.

Esse modelo liberal de limitação do poder estatal predominou até a primeira metade do século XX, até que as tensões sociais e as profundas desigualdades produzidas pela dinâmica do capitalismo industrial evidenciassem as limitações do paradigma liberal clássico. O colapso do modelo *laissez-faire* e o agravamento dos conflitos sociais impulsionaram o surgimento de um novo modelo de organização estatal: o Estado Social de Direito.

A consolidação do paradigma exigiu uma redefinição do papel da Administração Pública, que passou a desempenhar funções mais amplas de intervenção estatal e de promoção social. Essa mudança também repercutiu diretamente na compreensão da legalidade. Diferentemente do modelo anterior, a legalidade passou a assumir um caráter positivo, significando que a atuação administrativa deveria encontrar fundamento em autorização normativa expressa. Nessa perspectiva, como observa Pires (2020, p. 148), a Administração não dispõe de liberdade para agir diante da omissão legislativa, estando, portanto, vinculada positivamente à lei.

A ampliação das funções estatais e o reconhecimento das desigualdades materiais existentes na sociedade produziram, assim, profundas alterações na forma de compreender tanto o Estado de Direito quanto a própria ideia de discricionariedade administrativa. A atuação da Administração passou a exigir conformidade mais estrita com o ordenamento jurídico, afastando a possibilidade de exercício de competências administrativas em desacordo com a legalidade. Conforme assinala Juan Carlos Cassagne (1998, p. 113), os efeitos sociais e econômicos intensificados após a Primeira Guerra Mundial reforçaram a necessidade de um Estado capaz de intervir para mitigar desigualdades e para promover maior equilíbrio nas relações sociais.

No plano teórico, as discussões sobre a estrutura da discricionariedade administrativa foram gradualmente influenciadas por novas formulações da teoria do Direito. A partir do final do século XIX e da primeira metade do século XX, especialmente com o desenvolvimento do normativismo jurídico, consolidou-se a compreensão de que o processo de produção normativa ocorre em diferentes níveis de determinação. Binenbojm (2014, p. 209), ao analisar a teoria kelseniana, destaca que a discricionariedade pode ser compreendida como decorrência da

relativa indeterminação presente nas etapas de aplicação da norma jurídica. Ainda assim, essa margem decisória permanece sempre delimitada pelo próprio ordenamento jurídico.

Dessa forma, ainda que se identifiquem duas formulações clássicas acerca da relação entre Administração e lei — a vinculação negativa e a vinculação positiva — ambas permanecem inseridas no paradigma do Estado de Direito e estruturadas em torno da centralidade da legalidade. Pode-se afirmar, portanto, que a competência administrativa, inclusive discricionária, nesse estágio histórico, apresenta caráter essencialmente legalista: seu espaço de atuação e seus limites são definidos primordialmente pela regra jurídica, tida como a lei formalmente aprovada em processo legislativo pelo Parlamento. Porém, as transformações políticas, institucionais e teóricas ocorridas a partir da segunda metade do século XX demonstrariam que a mera referência à legalidade se tornara progressivamente insuficiente para explicar e para controlar adequadamente o exercício das competências administrativas.

3 A constitucionalização do direito administrativo

A constitucionalização do Direito Administrativo constitui uma das mudanças mais relevantes ocorridas no âmbito do Direito Público contemporâneo. A partir da consolidação da Constituição como centro do sistema jurídico, ampliaram-se significativamente os parâmetros normativos que condicionam a atuação da Administração Pública. O controle jurídico da atividade administrativa deixou, assim, de se limitar à simples verificação da conformidade do ato com a lei, passando a incorporar diretamente os valores, princípios e objetivos previstos na ordem constitucional.

Essa transformação encontra raízes no contexto histórico posterior à Segunda Guerra Mundial. As graves violações de direitos humanos perpetradas pelos regimes tiranos europeus evidenciaram os limites de uma concepção estritamente formal da legalidade. A experiência do Estado Nazista demonstrou que a existência de normas formalmente válidas não era suficiente para impedir práticas estatais profundamente incompatíveis com a dignidade humana. Diante desse cenário, consolidou-se a percepção de que o Direito não poderia permanecer indiferente ao conteúdo material das normas, exigindo-se a construção de parâmetros jurídicos capazes de impedir que violações graves fossem legitimadas por simples expedientes formais (Martins, 2015, p. 14-15).

Foi nesse ambiente intelectual e político que se fortaleceu o modelo do Estado Constitucional e Democrático de Direito, frequentemente associado ao fenômeno denominado

por neoconstitucionalismo⁶. Nesse paradigma, a Constituição passa a ocupar posição central tanto sob o ponto de vista formal quanto material, constituindo o principal referencial de validade e de interpretação de todo o ordenamento jurídico. A atividade interpretativa deixa de se restringir a métodos estritamente lógico-formais, incorporando perspectivas hermenêuticas que buscam concretizar os valores constitucionais diante das circunstâncias concretas da realidade social.

Conforme leciona Canotilho (2000, p. 1210-1211), os métodos concretistas de interpretação constitucional utilizam instrumentos tradicionais da hermenêutica jurídica, porém orientados por uma leitura sistemática e material da Constituição. O objetivo é extrair das normas constitucionais respostas mais adequadas aos problemas jurídicos contemporâneos, considerando não apenas o texto normativo, mas também o contexto social no qual ele se insere. A Constituição passa, assim, a funcionar simultaneamente como ponto de partida e como limite final do processo interpretativo, orientando a produção e a aplicação das normas infraconstitucionais.

Dentro desse novo arranjo institucional, os direitos fundamentais assumem posição estruturante na organização do sistema jurídico. No caso brasileiro, por opção expressa do constituinte, não apenas os direitos individuais, mas também os direitos sociais recebem proteção constitucional direta. Por isso, pode-se compreender que as Constituições do pós-guerra deixaram de representar apenas documentos organizatórios do poder político para assumir também função normativa voltada à concretização de valores e finalidades públicas. Elas passam a estabelecer programas de ação estatal destinados a enfrentar desigualdades sociais e a promover condições materiais mais adequadas de vida em sociedades pluralistas e democráticas.

Essa ampliação do alcance normativo da Constituição foi descrita por Pietro de Jesús Lora Alarcón, como “constituição invasora”. A ideia se refere ao fenômeno pelo qual os valores e diretrizes constitucionais passam a irradiar efeitos por todo o ordenamento jurídico,

⁶ As expressões neoconstitucionalismo e pós-positivismo embora frequentemente tomadas como sinônimas não são. Luís Roberto Barroso (2020, p. 245-264) compreende o neoconstitucionalismo como uma terceira via entre jusnaturalismo e positivismo, marcada pela força normativa da Constituição, ampliação da jurisdição constitucional e nova hermenêutica sensível à complexidade social. Georges Abboud (2014, p. 85-99) também distingue os conceitos: o neoconstitucionalismo é um fenômeno político-jurídico do pós-guerra, próximo à Jurisprudência dos Valores. O pós-positivismo é uma abordagem que concebe o Direito como conhecimento vivo, resultante da interação entre elementos linguísticos e extralinguísticos. Porém, é de convir que parte da doutrina compreende que não há superação dos paradigmas positivistas na contemporaneidade. A título de exemplo Marcus Orione Gonçalves Correia (2015, p. 188-189) sustenta que o pós-positivismo preserva a mesma matriz estrutural do positivismo, sendo mais uma mudança de linguagem do que de paradigma. A partir dessa rápida explanação, entende-se o neoconstitucionalismo não como ruptura com o positivismo, mas como um modelo que mantém a norma — regras e princípios — como limite e ponto de partida da interpretação dentro do ordenamento jurídico vigente e estruturado pela Constituição, ao mesmo tempo em que rejeita a discricionariedade judicial. Trata-se de abordagem que busca equilibrar segurança jurídica e abertura axiológica, orientando a aplicação coerente do Direito à realidade constitucional e social positivada.

influenciando áreas que anteriormente eram tratadas de forma relativamente autônoma (Alarcón, 2022, p. 174). Assim, a Constituição assume papel central na definição dos fins da atuação estatal, orientando diretamente diversos setores do Direito Público, entre eles o Direito Administrativo.

No âmbito da teoria da discricionariedade administrativa, essa mudança de paradigma produziu consequências relevantes. Diversos autores, a exemplo de Alexy (2015, p. 90-91), passaram a sustentar que a lei não constitui a única fonte normativa capaz de orientar o exercício das competências administrativas. A atuação do administrador deve ser compreendida à luz do ordenamento jurídico em sua integralidade, o que inclui não apenas regras jurídicas, mas também princípios e valores constitucionais. Nesse sentido, Martins (2015, p. 191) observa que o sistema jurídico é composto tanto por regras quanto por princípios, que expressam valores juridicamente relevantes. Quando determinados valores são concretizados por meio de regras jurídicas, estas passam a exercer influência específica no processo decisório, em razão do princípio formal que lhes atribui primazia na aplicação normativa. Todavia, mesmo nesse contexto, pode ocorrer a existência de mais de uma solução juridicamente possível para determinada situação concreta. Quando diferentes alternativas são igualmente compatíveis com os princípios e regras do ordenamento jurídico, abre-se espaço para o exercício da competência discricionária ao administrador público.

Diante dessa nova configuração, a tradicional vinculação positiva da Administração à lei passa a ser compreendida dentro de um quadro normativo mais amplo. A lei continua a desempenhar papel relevante na estruturação da atuação administrativa, mas deixa de representar o único parâmetro de juridicidade. A Administração Pública se encontra, em última instância, vinculada à própria Constituição e ao conjunto de valores que dela emanam. Ademais, a atividade de interpretação e de aplicação da norma jurídica deixa de ser um ato meramente mecânico de subsunção, e passa a ser um ato dinâmico de ponderação de princípios.⁷

Isso significa que, mesmo na ausência de disciplina legal específica, a atuação administrativa permanece materialmente condicionada ao programa constitucional. A validade das

⁷ Sem se aprofundar na temática por não ser o objeto deste estudo, é preciso destacar que a ponderação de princípios e o exame da proporcionalidade buscam equilibrar normas jurídicas frente as realidades concretas para verificação de qual norma jurídica o direito admite para determinada situação concreta. Ou seja, não há ponderação de princípios com prevalência em abstrato. Isso impacta diretamente na competência e no exercício da discricionariedade administrativa, pois a ponderação ótima desvendará se a competência de ação do agente administrativo será vinculada ou discricionária. Por exemplo, para Robert Alexy (2015, p. 116-117) a ponderação de princípios se vincula ao postulado da proporcionalidade e seus três subpostulados: a) *adequação* (incidência de um ou mais princípios no caso concreto); b) *necessidade* (observância do meio menos gravoso); e c) *proporcionalidade em sentido estrito* (sopesamento propriamente dito na análise dos pesos dos princípios incidentes no caso concreto). Por isso, com o *neoconstitucionalismo*, o postulado da juridicidade está diretamente relacionado com a ponderação de princípios e o postulado da proporcionalidade como forma de interpretação e aplicação da norma jurídica e sua compatibilidade com o ordenamento jurídico.

decisões administrativas não pode mais ser aferida apenas sob uma perspectiva formal de legalidade, sendo necessário verificar sua compatibilidade com os princípios, direitos fundamentais e finalidades estabelecidas pelo programa constitucional. O tradicional postulado da legalidade administrativa, portanto, tende a ser reinterpretado em chave mais ampla, convertendo-se progressivamente no postulado normativo da juridicidade da Administração Pública.

4 A função pública no *neoconstitucionalismo* brasileiro

A consolidação do Estado Constitucional e Democrático de Direito do pós-Segunda Guerra, representa uma superação do modelo liberal clássico, em que a atuação estatal se restringia, em grande medida, à abstenção diante da esfera de liberdade dos particulares, limitando-se à garantia dessas liberdades individuais. No paradigma contemporâneo, o Estado não apenas assegura direitos, mas também assume o compromisso de promover sua efetividade, articulando instituições representativas com mecanismos que ampliem a participação dos cidadãos na condução da *res publica*. Assim, além da proteção dos direitos fundamentais, busca-se fortalecer a dimensão participativa da democracia e a inserção da sociedade nos processos de decisão política.

Esse modelo também ultrapassa os contornos do Estado Social, pois não se restringe à promoção material de condições mínimas de existência digna. O Estado Constitucional e Democrático de Direito incorpora igualmente uma dimensão simbólica da ação estatal, em que os cidadãos passam a integrar, direta ou indiretamente, a construção de políticas públicas voltadas à organização da vida coletiva.

Nesse paradigma, a gestão da *res publica* não pode ser compreendida a partir de categorias privatistas. A atuação estatal possui natureza funcional, orientada ao atendimento de finalidades públicas. Para Bandeira de Mello (2023, p. 60), há função quando alguém se encontra juridicamente vinculado ao dever de satisfazer determinada finalidade em benefício de terceiros, sendo os poderes atribuídos ao agente meros instrumentos para a consecução desse objetivo. Assim, o exercício do poder estatal não se justifica por si mesmo, mas pela necessidade de realizar interesses juridicamente qualificados como públicos.

A partir dessa perspectiva, a atividade administrativa se encontra estruturada pelo postulado de boa administração, diretamente relacionado aos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Esses princípios, que conformam o regime jurídico-administrativo, afastam a compreensão segundo a qual a Administração Pública deteria poderes amplos para agir conforme sua própria vontade na promoção do interesse público. Tal

entendimento, ainda presente em parte da doutrina, remonta a concepções vinculadas à formação do Estado moderno sob a lógica de poderes arbitrários. Em sentido diverso, Bandeira de Mello (2023, p. 49) sustenta que os princípios — compreendidos aqui como postulados — da supremacia e da indisponibilidade do interesse público constituem verdadeiras “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo, desempenhando papel essencial na estruturação do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Na concepção do autor, esses princípios exercem papel estruturante no ordenamento jurídico, irradiando efeitos sobre todo o sistema normativo. Ainda que suas manifestações concretas variem conforme o contexto jurídico, seu fundamento material encontra respaldo na própria Constituição (Bandeira Mello, 2023, p. 50). Martins (2008, p. 33) também observa que o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado pode ser identificado implicitamente na ordem constitucional e com prevalência *prima facie*, ao se examinar os diversos institutos previstos no texto constitucional que conferem prerrogativas à Administração para a realização de finalidades públicas. Um exemplo paradigmático é o instituto da desapropriação, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, que autoriza a retirada compulsória da propriedade privada por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvadas as hipóteses constitucionalmente previstas. Embora represente um sacrifício ao direito individual do proprietário, a desapropriação revela-se instrumento indispensável à realização de interesses coletivos, como a implementação de obras públicas e a garantia de direitos fundamentais, a exemplo da liberdade de locomoção. Em sentido semelhante ao defendido nesse estudo, ver Daniel Wunder Hachen (2011, p. 108-128) onde o autor examina a relação entre Administração Pública e efetivação de direitos sociais, por isso há a necessidade de prerrogativas necessárias ao interesse público.

Dessa forma, a função pública se encontra intrinsecamente vinculada à realização do interesse público, entendido como expressão do bem comum. Diferentemente da atuação privada, que se orienta pela autonomia privada do titular do direito ou interesse, a atuação estatal tem por finalidade a tutela de interesses alheios. Segundo Martins (2008, p. 38), a função pública se caracteriza por dois elementos fundamentais: de um lado, o dever de atuar em benefício de terceiros; de outro, a atribuição de prerrogativas necessárias para o cumprimento desse dever.

A proteção do interesse público, contudo, não significa a negação dos interesses individuais. Conforme esclarece Bandeira de Mello (2023, p. 52-53), o interesse público não corresponde à mera soma dos interesses particulares, tampouco se apresenta como seu oposto.

Trata-se, antes, da dimensão pública dos interesses individuais, considerada a posição de cada indivíduo enquanto integrante da coletividade juridicamente organizada no Estado. Em conclusão semelhante, Martins (2008, p. 38) observa que as individualidades que compõem o corpo social podem, em determinadas situações, resistir a medidas necessárias ao desenvolvimento coletivo, o que explica a existência de instrumentos jurídicos que permitem ao Estado superar tais resistências em prol da coletividade.

Para viabilizar a realização dessas finalidades, o Estado dispõe de instrumentos jurídicos que lhe permitem atuar em nome da coletividade. Nessa perspectiva, Bandeira de Mello (2023, p. 125-128) destaca que o chamado poder estatal não possui natureza meramente coercitiva, mas se encontra subordinado a um dever jurídico de atuação. Por essa razão, sustenta que a expressão mais adequada para designar tais competências é *dever-poder*, evidenciando que o exercício das prerrogativas administrativas está condicionado à realização de fins públicos.

É nesse cenário que os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público assumem posição central na estruturação do regime jurídico-administrativo. O primeiro estabelece que, em situações de conflito, os interesses coletivos tutelados pelo Estado prevalecem, em caráter *prima facie*, sobre interesses privados. O segundo, por sua vez, impede que os agentes públicos disponham livremente desses interesses, uma vez que atuam apenas como tutores de interesses pertencentes à coletividade.

Diferentemente do particular, que exerce sua autonomia privada para administrar livremente seus interesses dentro dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, a Administração Pública brasileira se encontra vinculada ao dever de atender aos interesses dos administrados. Assim, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público condicionam toda a atuação estatal, reafirmando que o Estado não atua em benefício próprio, mas como tutor de direitos de terceiros, devendo exercer suas prerrogativas com vistas à realização do bem comum.

5 A juridicidade e a discricionariedade administrativa

A constitucionalização do Direito Administrativo produziu mudanças relevantes na interpretação de diversos institutos clássicos da disciplina. Entre eles, destaca-se a discricionariedade administrativa, cujo significado sofreu significativa transformação no contexto do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Essa fase de compreensão da discricionariedade está diretamente vinculada a esse movimento de releitura das categorias administrativas à luz da Constituição.

A partir desse contexto, a discricionariedade administrativa não deve ser compreendida como uma função ou poder autônomo conferido ao administrador, mas como uma competência jurídica exercida no interior do ordenamento. Trata-se de uma atribuição funcional orientada pela finalidade pública e pelo dever de promoção do interesse coletivo. O agente administrativo não atua com base em liberdade equivalente à autonomia privada; sua atuação decorre do dever institucional de escolher, entre alternativas juridicamente possíveis, aquela que melhor realize os objetivos públicos e observe o postulado da boa administração enquanto pressuposto para concretização desses objetivos.

Por essa razão, a discricionariedade não pode ser invocada como fundamento para decisões arbitrárias ou como mecanismo de imunização do controle jurídico. A atuação administrativa permanece condicionada ao ordenamento e aos valores constitucionais que estruturam a atividade estatal.

Com o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo, a lei não constitui a única referência normativa para o exercício da competência administrativa. O controle da atuação estatal deixa de se limitar à legalidade estrita e passa a envolver uma análise mais ampla da conformidade do ato com o conjunto do sistema jurídico vigente. Em outras palavras, no neoconstitucionalismo, a perspectiva formal da legalidade é progressivamente substituída por uma concepção mais abrangente de legitimidade ou juridicidade, que exige compatibilidade da atuação administrativa com o ordenamento jurídico em sua totalidade.

No Brasil, uma das primeiras formulações sistemáticas dessa ampliação conceitual foi apresentada por Cármen Lúcia Antunes Rocha. A autora sustenta que o princípio da legalidade, tradicionalmente compreendido como mera submissão formal à lei, revela-se insuficiente no contexto do Estado Democrático de Direito. Em sua formulação, a legalidade corresponde ao exercício do poder segundo a lei, enquanto a legitimidade diz respeito à qualidade do poder exercido. A juridicidade, nesse sentido, resulta da articulação entre essas duas dimensões, qualificando a atuação estatal como juridicamente válida e democraticamente justificada (Rocha, 1994, p. 105).

Segundo a autora, nas constituições contemporâneas, o princípio da juridicidade assume dupla dimensão: constitui simultaneamente uma garantia fundamental do indivíduo e um dever imposto à Administração Pública. A partir da mesma base do Estado Democrático de Direito, esse princípio se projeta tanto como limite à atuação estatal quanto como instrumento de proteção da liberdade individual, assumindo contornos distintos conforme a perspectiva analisada (Rocha, 1994, p. 81).

Por isso, a mera conformação ao postulado da legalidade não é suficiente para proteger os direitos fundamentais. A redução da atuação administrativa à mera conformidade com a norma legal pode permitir a instrumentalização do aparato estatal por regimes autoritários, transformando a Administração Pública em instrumento dos governantes de ocasião, especialmente em contextos antidemocráticos. A legalidade não pode ser apenas formalista, deve ser reinterpretada à luz da legitimidade material, de modo que a justiça da norma não decorre simplesmente de sua condição formal do processo legislativo, mas da conformidade de seu conteúdo com valores de justiça reconhecidos pela ordem constitucional vigente (Rocha, 1994, p. 105-108).

Essa concepção não resulta no enfraquecimento do postulado da legalidade, mas apenas em sua reinterpretação. Embora a legalidade permaneça requisito necessário para a atuação administrativa, ela não é suficiente para legitimar o exercício do poder estatal. Um ato administrativo pode ser formalmente legal e, ainda assim, incompatível com o ordenamento jurídico caso viole princípios constitucionais ou valores fundamentais. O postulado da juridicidade, portanto, exige uma análise mais abrangente da atuação administrativa, envolvendo regras, princípios e valores estruturantes do sistema jurídico. Esse paradigma qualifica a atuação administrativa com a vinculação a todo ordenamento jurídico inclusive as normas editadas pela própria Administração sem que resulte, propriamente, na assimilação de uma função legislativa (Rocha, 1994, p. 82-84).

A juridicidade, portanto, amplia o conjunto de fontes normativas que vinculam a Administração Pública, abrangendo todo o sistema jurídico, desde a Constituição até os atos normativos editados no exercício da função administrativa (Rocha, 1994, p. 85). A lei formal permanece como a principal fonte normativa da atuação estatal, mas passa a coexistir com outras formas de normatividade jurídica que igualmente condicionam o exercício do poder público.

O Estado Constitucional e Democrático brasileiro, inaugurado pela Constituição de 1988, possibilita a ampliação normativa a qual está diretamente relacionada ao reconhecimento da força jurídica dos princípios constitucionais. A norma jurídica deixa de ser compreendida exclusivamente como regra e passa a também a fazer referência a princípios normativos que não apenas são coerência, mas que balizam todo o sistema jurídico, como proporcionalidade, moralidade administrativa, impessoalidade e o dever de boa administração.

Por isso, a diferença conceitual entre legalidade e juridicidade reside no alcance do controle jurídico exercido sobre a atuação administrativa. Enquanto a legalidade se refere à conformidade do ato com a norma legal específica, a juridicidade exige compatibilidade com o ordenamento jurídico em sua dimensão global tanto formal quanto material. A juridicidade legitima atuação do agente competente quando racionalmente pautada nos valores consagrados

pelo ordenamento em suas dimensões: políticas, econômicas, sociais, culturas etc. de definidos na forma-jurídica (Constituição) pela comunidade política visando consagrar esse programa valorativo eleito conforme sustenta J. J. Canotilho (2000, p. 94):

o Estado constitucional associa a *juridicidade do poder à justificação (justifying) do governo*. Não basta uma qualquer invocação de representação e, muito menos, um iluminismo qualquer de um qualquer monarca esclarecido. As *razões do governo* devem ser *razões públicas* que tornem patente o *consentimento* do povo em ser governado em determinadas condições. Desde logo, o governo é, sempre um governo subordinado às leis (*goverment under law*), entendidas estas como um esquema regulativo consistente e coerente formado por um conjunto unificado de princípios de justiça e de direito. Desta forma, o “governo que se aceita” ou o “governo que está justificado” será apenas o governo que nas suas acções, interpretações ou resoluções obedece a esse conjunto de princípios e regras de direito, de natureza duradoura e vinculativa, explicitados na constituição. O “governo justificado” — diga-se por outras palavras — é, assim, o governo que cumpre a *obrigação* jurídico-constitucional de governar segundo leis dotadas de unidade, publicidade, durabilidade e antecedência (grifos do original).

O Direito, portanto, não pode ser reduzido a um sistema meramente formal de regras, mas deve ser compreendido como uma ordem normativa dotada de conteúdo valorativo. Regras e princípios possuem função material na concretização dos objetivos constitucionais. Quando exerce competência discricionária, o administrador deve interpretar essas normas à luz da realidade concreta, buscando extrair da Constituição respostas adequadas às demandas sociais. A decisão administrativa não pode resultar de uma preferência subjetiva desvinculada do ordenamento, mas deve estar orientada pela concretização dos princípios constitucionais incidentes.

Compreender essa estrutura teórica é essencial para situar o papel da discricionariedade administrativa no contexto do constitucionalismo contemporâneo. A discricionariedade representa um espaço de atuação juridicamente delimitado, no qual o administrador pode exercer juízo valorativo para concretizar os fins públicos estabelecidos pelo ordenamento e desde que não contrarie sua dimensão global e sistemática.

Ao mesmo tempo, essa concepção não implica transformar toda atividade administrativa em competência estritamente vinculada. A administração necessita de margens decisórias para lidar com situações complexas e variáveis, e com diferentes formas de se realizar o interesse público decorrente do postulado do pluralismo político (Martins; Bacellar Filho, 2022, p. 138-140). O desafio consiste em equilibrar essa competência decisória delegada a subjetividade do agente autorizada pelo ordenamento jurídico com as exigências de segurança jurídica e de controle do poder estatal.

Pode-se compreender, portanto, a discricionariedade administrativa neoconstitucional como a possibilidade juridicamente reconhecida de o agente público escolher, após processo

interpretativo e argumentativo, entre alternativas igualmente compatíveis com o ordenamento jurídico e aptas a promover o interesse público de maneira ótima. Sendo que essa competência não é exercida em abstrato, mas a partir de situações fáticas e jurídicas concretas. Nessas circunstâncias, o ordenamento admite mais de uma solução juridicamente válida para o problema administrativo apresentado. Cabe então ao agente competente, a partir de sua subjetividade, selecionar a alternativa que melhor realize os objetivos do ordenamento jurídico, considerando critérios jurídicos, técnicos e elementos relacionados ao pluralismo político inerente às sociedades democráticas.

A discricionariedade administrativa pode ser compreendida, também, como um espaço de decisão política juridicamente autorizado, no qual o Direito atribui ao administrador a responsabilidade de completar a norma diante da complexidade da realidade social. Todavia, a existência desse espaço decisório não exclui o controle jurisdicional. O Poder Judiciário, quando provocado, pode verificar a compatibilidade da decisão administrativa com o ordenamento jurídico, especialmente em situações de desvio de finalidade, ausência de motivação ou violação de princípios constitucionais. O que não se admite é a substituição do juízo subjetivo administrativo pelo juízo subjetivo do julgador quando a escolha realizada se encontra dentro das alternativas juridicamente admitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

6 Juridicidade administrativa como paradigma contemporâneo dos limites da discricionariedade administrativa

O paradigma do neoconstitucionalismo modifica tanto a produção normativa ou sua interpretação, quanto modifica a forma de controle normativo. Especialmente quanto a normatividade administrativa, esse controle pode ser exercício pela própria administração — como autocontrole — ou principalmente pelo Judiciário como forma externa de controle.

Inicialmente, é necessário distinguir os referenciais teóricos que orientam o controle dos atos administrativos. No paradigma positivista tradicional, o controle da atividade administrativa se limita à verificação da conformidade do ato com as regras jurídicas que disciplinam a atuação estatal. Já a perspectiva neoconstitucionalista compreende o ordenamento jurídico como composto por regras e princípios, ambos dotados de normatividade e igualmente relevantes para a validade dos atos administrativos.

No contexto brasileiro, marcado pela Constituição de 1988, consolidou-se a compreensão de que nenhum ato administrativo está imune à apreciação jurisdicional, inclusive aqueles praticados no exercício de competência discricionária por força do inciso XXXV, art. 5º da CF/88. A ideia de atos administrativos insindicáveis não se compatibiliza com o modelo

do Estado Constitucional Democrático de Direito, no qual toda atuação estatal deve encontrar fundamento e limites no ordenamento jurídico.

O postulado da legalidade adquire nova dimensão interpretativa e se converte em juridicidade. Como regra, a Administração Pública atua *secundum legem*, isto é, em conformidade com a lei. Entretanto, em situações excepcionais de conflito entre regra e a Constituição, admite-se a atuação *contra legem* ou *praeter legem*, quando necessária à concretização de princípios constitucionais que se revelem incompatíveis com a norma infraconstitucional aplicada.

Isso, porém, não significa análises dissociadas da legalidade — enquanto a lei formalmente produzida — e tão pouco a substituição da decisão subjetiva do administrador pela decisão subjetiva do magistrado controlador. Busca-se tão somente a harmonização e constitucionalização de todo processo de produção normativa administrativa mantendo a integridade do Direito, enquanto se evita a edição de atos administrativos dissociados da juridicidade consagrada.

Mesmo com a mudança paradigmática da passagem da legalidade clássica para juridicidade há necessidade de avançar na diferenciação conceitual entre a discricionariedade administrativa e o mérito do ato administrativo, o que frequentemente dificulta a delimitação do controle judicial sobre tais decisões. Antes de avançar nessa análise, torna-se necessário definir o conceito de mérito administrativo.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o mérito corresponde ao aspecto do ato administrativo relacionado aos critérios de conveniência e oportunidade, presente apenas nos atos discricionários e cuja apreciação é reservada à Administração Pública (Di Pietro, 2020, p. 257). Celso Antônio Bandeira de Mello desenvolve essa ideia ao afirmar que o mérito corresponde ao espaço de liberdade remanescente conferido pela lei para que o administrador, diante de determinada situação concreta, escolha entre duas ou mais soluções juridicamente admissíveis, orientando-se por critérios de conveniência e oportunidade para alcançar a finalidade legal (Bandeira de Mello, 2023, p. 868).

A própria estrutura da norma jurídica pode admitir múltiplas formas de concretização do resultado por ela pretendido. Em tais hipóteses, diferentes alternativas podem revelar-se adequadas à realização do interesse público, dependendo das circunstâncias fáticas verificadas no caso concreto. Essas possibilidades refletem, em grande medida, o pluralismo político característico das sociedades democráticas. A escolha entre essas soluções igualmente legítimas constitui justamente o mérito do ato administrativo.

Ricardo Marcondes Martins, por sua vez, afirma que o mérito do ato administrativo corresponde ao espaço de avaliação discricionária competente ao administrador, manifestado por meio de juízos de conveniência — relacionados a um ou outro conteúdo do ato — ou de oportunidade — relativos ao momento de sua edição ou à própria decisão de agir (Martins; Bacellar Filho, 2022, p. 140). Nesses casos, a norma jurídica não define de forma objetiva a única solução para a realização do interesse público, admitindo uma pluralidade de alternativas juridicamente válidas, o que faz com que a competência discricionária recaia sobre o mérito do ato administrativo. Compete, então, ao agente administrativo, após processo interpretativo da norma aplicável, escolher entre essas opções possíveis. Trata-se de decisão fundada na subjetividade institucional devidamente autorizada ao administrador, razão pela qual não cabe ao Poder Judiciário substituir essa escolha quando realizada dentro dos limites do ordenamento jurídico.

Por essa razão, tradicionalmente se afirma que o mérito administrativo não está sujeito à revisão judicial. Trata-se de espaço decisório vinculado à subjetividade institucional do agente competente. Como observa Ricardo Marcondes, a decisão tomada nesse contexto decorre da própria esfera psíquica do agente público, cuja substituição pelo julgador representaria indevida interferência na esfera de competência administrativa (Martins; Bacellar Filho, 2022, p. 140).

Entretanto, quando a análise do caso concreto revela que determinada alternativa se mostra claramente superior na promoção do interesse público, o agente público deixa de dispor de verdadeira margem de escolha. Nessa hipótese, não se está diante de discricionariedade propriamente dita, mas do dever jurídico de adotar a solução que melhor se observe o postulado da boa administração.

Assim, o caso concreto desempenha papel determinante na delimitação da própria margem de discricionariedade administrativa. Embora a lei possa prever abstratamente diferentes alternativas de atuação, os princípios e postulados que estruturam a Administração Pública — como a proporcionalidade — podem restringir esse campo decisório ao indicar soluções mais adequadas diante das circunstâncias específicas.

Celso Antônio Bandeira de Mello observa, nesse sentido, que mesmo quando a lei atribui margem discricionária ao administrador, permanece possível o controle jurídico do ato administrativo sempre que se verifiquem vícios relacionados aos pressupostos de motivo, de finalidade ou de causa. Nesses casos, a providência adotada pelo agente deixa de corresponder à solução ótima exigida pelo ordenamento jurídico (Bandeira de Mello, 2017, p. 48). Por isso, sustenta-se que a juridicidade desloca o controle da atuação administrativa da mera legalidade para a dimensão mais ampla da juridicidade constitucional, permitindo o controle não só quando se viola claramente uma lei, mas também quando há violação da Constituição.

7 A discricionariedade administrativa e os limites do seu exercício

Conforme exposto ao longo desse estudo, a recepção do neoconstitucionalismo pelo ordenamento jurídico brasileiro, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, representa marco relevante na evolução do controle da juridicidade dos atos administrativos e na compreensão da discricionariedade administrativa. A Administração Pública, portanto, deve orientar sua atuação não apenas pela legalidade formal, mas também pelos objetivos e diretrizes constitucionais. O paradigma neoconstitucional propõe uma síntese mais equilibrada: regras, princípios e postulados constitucionais passam a orientar tanto o exercício da discricionariedade administrativa quanto o controle de juridicidade dos seus atos, o que permite uma análise mais compatível com os valores constitucionais sem que isso implique autorizar o Judiciário a substituir arbitrariamente a legítima decisão discricionária do administrador por juízos subjetivos do magistrado.

Nesse cenário, o controle dos atos administrativos assume nova dinâmica. De um lado, deve-se preservar o espaço decisório legítimo da Administração quando a ordem jurídica admite múltiplas soluções possíveis para a realização do interesse público. De outro, cabe ao Poder Judiciário verificar se a decisão administrativa respeita os limites jurídicos impostos pelo sistema normativo, garantindo a observância da Constituição e promovendo segurança jurídica e a concretização dos valores constitucionais.

Essa problemática exige distinguir duas formas de controle frequentemente mencionadas pela doutrina: o controle do mérito e o controle de mérito do ato administrativo. A distinção é fundamental para delimitar os limites da atuação judicial e preservar o princípio da separação dos poderes.

Conforme sustenta Ricardo Marcondes Martins (2018, p. 151-152), o chamado controle do mérito, também identificado como controle de legitimidade ou juridicidade, consiste na verificação da conformidade do exercício da discricionariedade com o ordenamento jurídico. Nessa perspectiva, o Judiciário pode examinar se o ato administrativo respeita parâmetros como a finalidade pública e a proporcionalidade, bem como identificar vícios relacionados ao motivo, à finalidade, à causa ou ao conteúdo do ato. Nessas hipóteses, não se substitui a decisão administrativa, mas se analisa se o exercício da competência discricionária ultrapassou os limites jurídicos estabelecidos pelo sistema constitucional inaugurado pela Constituição de 1988.

Diversamente, o controle de mérito corresponde à análise direta do conteúdo da decisão administrativa, ou seja, da escolha realizada pelo agente público entre alternativas igualmente legítimas, a partir de critérios de conveniência e oportunidade. Essa dimensão do ato

administrativo está diretamente ligada ao chamado mérito administrativo — o seu conteúdo — e, por essa razão, não pode ser substituída pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao princípio da separação dos poderes previsto no art. 2º da Constituição Federal. Parte da doutrina nega a existência de verdadeira discricionariedade administrativa, sustentando que ela existiria apenas em nível abstrato. Nessa perspectiva, seria sempre possível, no caso concreto, identificar critérios objetivos capazes de determinar a solução juridicamente mais adequada, o que reduziria a discricionariedade a zero. A título de exemplo, Georges Abboud defende que, no constitucionalismo contemporâneo, não há espaço para atos administrativos de natureza volitiva, pois a interpretação racional do Direito permitiria identificar a melhor alternativa para cada situação concreta (Abboud, 2014, p. 200; 219-221). Para o autor, a discricionariedade representaria, na verdade, um não domínio do Direito, marcado pela possibilidade de atuação fora da coercibilidade normativa (Abboud, 2014, p. 155-156). Discorda-se dessa notável posição. Entende-se que a discricionariedade administrativa se funda no postulado do pluralismo político, fundamentada no inciso V, do art. 1º da CF/88, decorrente da diversidade de valores e visões de mundos que são juridicamente coexistentes para realizar o interesse público desde que alinhadas a Constituição.

Com efeito, nas situações em que se verifica a competência para o exercício da discricionariedade administrativa, o ordenamento jurídico admite a existência de mais de uma solução juridicamente possível para a realização da finalidade pública. Nesses casos, compete ao agente público escolher, entre alternativas igualmente legítimas, aquela que considere mais adequada ao caso concreto. A intervenção judicial que substitua essa escolha administrativa por outra fundada em convicções pessoais do magistrado comprometeria a autonomia decisória da Administração e o equilíbrio institucional entre as funções estatais.

Martins e Bacellar Filho (2022, p. 140) sustenta que, quando inexistem critérios objetivos capazes de determinar uma única solução juridicamente necessária, o sistema jurídico considera válida a decisão adotada pelo agente competente, desde que ela seja razoável e compatível com os princípios constitucionais. Assim, ainda que o magistrado, em juízo pessoal, pudesse preferir solução diversa, não lhe é permitido substituir a escolha administrativa, pois a discricionariedade corresponde precisamente ao espaço decisório atribuído à Administração para definir, mediante juízos de conveniência e oportunidade, o conteúdo ou o momento da edição do ato administrativo. Sobre os limites da atuação controladora do Judiciário e a impossibilidade de exercer o controle do mérito do ato administrativo razoável, Ricardo Marcondes Martins aponta que: O magistrado, ainda que em seu juízo pessoal entenda de forma diferente, não poderá alterar a decisão ($P2 + PFa > P1 + PFl$ ou $P1 + PFl + Pfa > P2$). Quando

não há valoração objetiva, relembra-se, o sistema reputa razoável a escolha do agente competente e, sendo razoável a decisão administrativa, como regra geral, não pode ser alterada pelo Judiciário. Nessas hipóteses, há duas soluções possíveis, admitidas pelo Direito. A solução adotada pela Administração não pode ser alterada pelo Judiciário, sob pena de violação do princípio da separação de poderes. Eis o âmbito da discricionariedade: não há mais de uma solução juridicamente possível, a escolha cabe à Administração e não pode ser alterada pelo Poder Judiciário. O juízo discricionário pode ser um juízo sobre a conveniência — se é o caso de editar o ato com um ou outro conteúdo — ou um juízo de oportunidade — se é o caso de editar o ato em um ou outro momento ou não o editar. Chama-se aspecto discricionário do ato administrativo de mérito do ato (Martins; Bacellar Filho, 2022, p. 140).

O autor também destaca que a discricionariedade não implica ausência de juridicidade. Embora o administrador possa escolher entre duas ou mais alternativas possíveis, todas elas devem ser juridicamente admissíveis e motivadas. Por essa razão, enquanto nos atos vinculados existe apenas uma solução juridicamente possível, nas hipóteses de discricionariedade podem existir várias decisões igualmente compatíveis com o Direito, sendo a escolha final atribuída ao agente competente. Nessa hipótese, o ordenamento jurídico reserva à prevalência a intangibilidade da psique do agente decorrente da pluralidade de opções existentes para o caso concreto capazes de satisfazer o interesse público (Martins; Bacellar Filho, 2022, p. 141).

Desse modo, a atuação judicial deve se restringir ao controle da juridicidade do ato administrativo, sem invadir o espaço decisório próprio da do agente competente integrante da Administração Pública. A discricionariedade administrativa, compreendida no marco teórico neoconstitucional, representa precisamente esse espaço institucional de decisão, no qual o agente público exerce juízos de conveniência e oportunidade dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico e orientado pela finalidade de realização do interesse público sob a observância ao postulado do dever de boa administração.

8 Impactos da juridicidade sobre o controle da discricionariedade

O avanço na concepção do conceito de discricionariedade administrativa neoconstitucional, faz com que o controle judicial da discricionariedade administrativa seja frequentemente confundido com o ativismo judicial. Contudo, a intervenção jurisdicional voltada à correção de ilegalidades ou abusos no exercício da discricionariedade não configura ativismo, mas expressão legítima da função jurisdicional. Segundo Martins (2018, p. 153) o controle jurisdicional pode incidir justamente para verificar se há, de fato, espaço para o

exercício da discricionariedade e se ela foi exercida de forma válida, não representando violação à separação dos poderes quando constatada irregularidade no ato administrativo.

A análise proposta por Martins estrutura o controle da discricionariedade a partir de duas questões fundamentais: a) se o caso concreto autoriza o exercício de competência vinculada ou discricionária; e b) sendo discricionária a competência, quais alternativas são juridicamente admissíveis. O debate, segundo o autor, conecta-se a duas questões teóricas centrais: a possibilidade de reconhecimento racional de juízos morais objetivos e a possibilidade de identificação de interpretações juridicamente corretas. Nos casos de discricionariedade, o Direito delimita o espaço decisório do administrador, atribuindo ao agente competente a escolha entre alternativas juridicamente possíveis para a realização do interesse público concentrado na interpretação juridicamente correta e na eleição a alternativa juridicamente razoável frente o ordenamento jurídico (Martins, 2018, p. 154-155).

Desse modo, a discricionariedade não representa ausência ou mesmo violação a juridicidade, mas um espaço institucional de decisão atribuído ao administrador dentro dos limites do ordenamento jurídico. O mérito da decisão administrativa, enquanto expressão de juízos de conveniência e oportunidade, permanece insindicável pelo Poder Judiciário. Todavia, os pressupostos jurídicos que delimitam esse espaço decisório podem ser submetidos ao controle jurisdicional. Por isso, a necessidade de se diferenciar o controle de mérito do controle do mérito do ato administrativo de competência discricionária como debatido anteriormente, pois somente é insindicável o controle do mérito do ato.

A imprecisão argumentativa e conceitual entre essas duas formas de controle frequentemente alimenta o debate sobre ativismo judicial. No constitucionalismo brasileiro contemporâneo, especialmente após a Constituição de 1988, ampliou-se o espaço de atuação do Poder Judiciário no controle de atos administrativos e legislativos. Para Barroso (2020, p. 450-451), esse fenômeno decorre da própria estrutura do constitucionalismo contemporâneo, que atribui ao Judiciário a função de assegurar a efetividade da Constituição e dos direitos fundamentais.

Entretanto, a ampliação do controle judicial não autoriza a substituição das escolhas administrativas legítimas. O ativismo judicial se configura precisamente quando o magistrado ultrapassa os limites da interpretação jurídica e substitui a decisão do agente competente por sua própria vontade e imiscui no controle do mérito do ato, ou seja: trata-se de um exercício de jurisdição irregular. Como observa Martins (2018, p. 153), nesse momento o juiz deixa de interpretar o Direito e passa a substituir a vontade do agente político por sua própria decisão.

Abboud (2014, p. 425-426) também critica essa postura, afirmando que o ativismo judicial se caracteriza pela substituição da legalidade e do texto constitucional pelas convicções pessoais

do magistrado, independentemente de orientação ideológica específica. Nesses casos, o exercício da jurisdição deixa de ser uma atividade cognitiva de aplicação do Direito e passa a assumir caráter criativo ou discricionário, o que representa deformação da função jurisdicional.

Por outro lado, a crítica ao ativismo não pode servir como mecanismo de restrição indevida ao controle jurisdicional legítimo. O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional assegura que atos administrativos podem ser submetidos ao controle judicial quando houver indícios de violação à juridicidade. Assim, a atuação judicial voltada à correção de vícios na motivação, na finalidade ou na proporcionalidade da decisão administrativa não constitui invasão da discricionariedade, mas exercício regular da função jurisdicional se acentuando no controle do mérito do ato administrativo verificando sua compatibilidade com a juridicidade vigente.

Essa lógica aplica-se inclusive a decisões administrativas com elevado grau de complexidade ou abstração, como ocorre na formulação de políticas públicas. A doutrina não apresenta consenso quanto ao conceito e à natureza jurídica das chamadas políticas públicas. Bandeira de Mello (2023, p. 843) as define como um conjunto de atos articulados por um objetivo comum, direcionados à implementação de determinado projeto governamental. Já Dal Pozzo e Rocha (2024, p. 612) enfatizam sua função de concretização de direitos fundamentais sociais, entendendo-as como programas de ação orientados à realização de fins de interesse público. Por sua vez, Pires (2020, p. 317) destaca seu caráter normativamente estruturado, afirmando que tais programas são delineados pela Constituição e pela legislação, cabendo ao Poder Executivo sua execução ou fiscalização. Diante da ausência de definição unívoca, adota-se neste trabalho a compreensão de que as políticas públicas se manifestam por meio de atos administrativos e, portanto, integram o ordenamento jurídico, submetendo-se ao controle de juridicidade em caso de vícios no seu exercício de forma positiva ou negativa. Embora tais decisões frequentemente envolvam escolhas discricionárias, permanecem sujeitas ao controle de juridicidade. Pires (2020, p. 381-319) observa que políticas públicas, enquanto manifestações da atividade administrativa, devem observar os elementos de regularidade do ato administrativo, como competência, motivo, finalidade e motivação, todos passíveis de controle judicial.

Nesse sentido, o controle judicial pode incidir tanto sobre atos administrativos concretos quanto sobre decisões administrativas estruturais, quando houver desvio de finalidade, ausência de motivação ou violação de princípios constitucionais. Nesses casos, a intervenção judicial não substitui o mérito administrativo, mas verifica se o espaço de discricionariedade foi exercido dentro dos limites da juridicidade.

A mesma lógica se aplica às hipóteses em que a Administração invoca a teoria da reserva do possível para justificar a não implementação de políticas públicas. A efetivação de direitos

sociais depende, de fato, da disponibilidade de recursos materiais e financeiros, bem como de previsão orçamentária adequada (Dal Pozzo; Rocha, 2024, p. 614). Todavia, a alegação genérica de insuficiência de recursos não é suficiente para afastar o controle judicial. Assim, quando a Administração Pública invoca a insuficiência de recursos para justificar a omissão na implementação de políticas públicas essenciais, o controle judicial pode verificar se essa alegação corresponde efetivamente à realidade orçamentária ou se decorre de escolhas administrativas incompatíveis com as prioridades constitucionais sem que isso configure de fato a substituição da subjetividade do agente editor do ato pela do magistrado controlador. Dal Pozzo e Rocha propõem diretrizes objetivas para o controle de juridicidade em tais situações:

O magistrado deve, no caso concreto: (a) investigar se a política pública social contemplada recebeu recursos minimamente condizentes com as necessidades de atendimento, em cotejo, com outras necessidades de menor importância mas contempladas no orçamento – v.g.; comparar recursos destinados àquela política pública com recursos destinados à publicidade; (b) investigar se os recursos destinados àquela política pública foram exauridos ou simplesmente suspensos; (c) estabelecer uma política pública mínima para vigorar enquanto não for implantada outra pelo Poder Público, que atenda de modo satisfatório à demanda; (d) determinar a abertura de crédito suplementar para suprir os gastos da política pública minimamente eficaz determinada por ele (Dal Pozzo; Rocha, 2024, p. 614).

Nesses casos, a intervenção jurisdicional não representa ativismo judicial, mas exercício legítimo do controle de juridicidade. O objetivo da atuação judicial não é substituir o administrador na definição de políticas públicas, mas assegurar que o exercício da discricionariedade administrativa permaneça compatível com os valores constitucionais e com a finalidade pública que orienta a atuação do Estado.

Por isso, o controle judicial da discricionariedade administrativa deve ser compreendido como controle do mérito administrativo, voltado à verificação da juridicidade dos pressupostos da decisão administrativa. A substituição da escolha administrativa pelo juízo subjetivo do magistrado configuraria controle de mérito, hipótese incompatível com o princípio da separação dos poderes. A distinção entre essas duas formas de controle é essencial para preservar simultaneamente a autonomia decisória da Administração Pública e a efetividade do Estado Constitucional e Democrático de Direito. Classificando de decisões ativistas, somente aquelas exercidas como jurisdição irregular, ou seja, quando há invasão no controle do mérito do ato administrativo e violação a legítima decisão do agente administrativo competente frente a pluralidade de decisões juridicamente admissíveis.

9 Conclusão

A análise desenvolvida ao longo do presente estudo permite compreender que a transformação do Direito Administrativo contemporâneo está profundamente relacionada ao deslocamento do eixo estruturante da atuação administrativa. Se, no modelo clássico do Estado liberal, a legalidade figurava como o principal parâmetro de legitimação e limitação da atividade administrativa, o desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo promoveu uma ampliação significativa desse horizonte normativo, conduzindo à afirmação da juridicidade administrativa como categoria central para a compreensão da atuação estatal.

Nesse novo contexto, a Administração Pública não se encontra vinculada apenas à lei em sentido formal, mas à totalidade do ordenamento jurídico, que passa a incorporar de maneira mais intensa os princípios constitucionais, os direitos fundamentais e os critérios de racionalidade e proporcionalidade que estruturam o sistema jurídico. Tal mudança repercute diretamente na forma de compreender a discricionariedade administrativa, uma vez que o espaço decisório do administrador deixa de ser definido exclusivamente pela moldura legal para passar a ser delimitado pelo conjunto mais amplo de parâmetros jurídicos que integram a ordem constitucional.

Sob essa perspectiva, a juridicidade administrativa não elimina a discricionariedade, tampouco suprime o espaço de escolhas conferido ao agente público. O que se verifica, na realidade, é uma reconfiguração dos seus fundamentos e limites, na medida em que as decisões administrativas passam a exigir um grau mais elevado de fundamentação jurídica e de conformidade com os valores e princípios do ordenamento. A discricionariedade deixa de ser concebida como um espaço imune ao controle para assumir a condição de atividade juridicamente estruturada, sujeita à verificação de sua compatibilidade com o sistema normativo como um todo.

Retomando a problemática proposta, em que medida a categoria da juridicidade administrativa substitui ou redefine o paradigma clássico da legalidade como fundamento do exercício da discricionariedade administrativa, conclui-se que a juridicidade não opera propriamente uma substituição da legalidade, mas sim a sua superação em sentido ampliativo. A legalidade permanece como elemento essencial do regime jurídico-administrativo, porém passa a integrar um conjunto mais amplo de parâmetros normativos que condicionam a atuação da Administração a partir da Constituição por meio de regras, princípios e postulados. Nesse sentido, a juridicidade administrativa redefine o paradigma clássico ao deslocar o foco do controle da mera conformidade formal com a lei para a exigência de conformidade com a totalidade do sistema jurídico, contribuindo para uma compreensão mais complexa, racional e

constitucionalmente adequada da discricionariedade administrativa no âmbito do Estado Constitucional e Democrático de Direito contemporâneo.

Referências

ABBOUD, G. **Discricionariedade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ALARCÓN, P. J. L. **Ciência política, estado e direito público: uma introdução ao direito público da contemporaneidade**. 5.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

ALMEIDA, A. M. **Teoria Geral do Direito Administrativo**. 7ª.ed. Coimbra: Almedina, 2021.

ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

ÁVILA, H. Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular. *In*: SARMENTO, D. (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Curso de Direito Administrativo**. 36. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

BANDEIRA DE MELLO, C. A. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BINENBOJM, G. **Uma Teoria do Direito Administrativo: Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASSAGNE, J. C. **Derecho Administrativo: Tomo I**. 6.ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.

CORREIA, M. O. G. Dogmática jurídica: um olhar marxista. *In*: KASHIURA JÚNIOR, C. N.; AKAMINE JÚNIOR, O.; MELO, T. (orgs.). **Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas**. São Paulo: Editorial Dobra, 2015.

DAL POZZO, A. N.; ROCHA, S. L. F. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Thomson Reuters, 2024.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 33 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DI PIETRO, M. S. Z. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ENTERRÍA; E. G.; FERNÁNDEZ, T. R. **Curso de Direito Administrativo 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

HACHEN, D. W. **Princípio constitucional da supremacia do interesse público**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARQUES NETO, F. A. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MARTINS, R. M.; BACELLAR FILHO, R. F. Ato administrativo e procedimento administrativo. In: DI PIETRO, M. S. Z. **Tratado de direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

MARTINS, R. M. **Efeitos dos Vício do Ato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARTINS, R. M. **Estudos de direito administrativo neoconstitucional**. São Paulo: Malheiros, 2015.

MARTINS, R. M. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, v. 18, n. 71, p. 145-165, 2018. DOI: <https://doi.org/10.21056/aec.v18i71.875>. Disponível em: [https://revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/875](https://revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/875). Acesso em: 27 jul. 2026

MEDAUAR, O. **A legalidade administrativa**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2026.

PIRES, L. M. F. **Controle judicial da discricionariedade administrativa: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas**. 4ª.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

QUEIRÓ, A. R. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 6, p. 41-78, 1946. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v6.1946.9571>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/9571>. Acesso em: 27 jul. 2026.

ROCHA, C. L. A. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SILVA, J. A. O Estado Democrático de Direito. **Revista de Direito Administrativo**, [s. l.], v. 173, p. 15-24, 1988. DOI: <https://doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/45920>. Acesso em: 27 jul. 2026.

Data de submissão: 21/07/2026

Data de aceite: 22/07/2026