



DEPARTAMENTO DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO
ESPECIALIDADE EM CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE AUTÓNOMA DE LISBOA
“LUÍS DE CAMÕES”

**O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA
DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA**

Dissertação para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Autora: Luciane Bertoletti

Orientador: Professor Doutor Ricardo Lopes Dinis Pedro

Número do candidato: 2016/1198

Novembro de 2020

Lisboa



O DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM FACE DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

Dissertação apresentada ao Departamento de Direito da Universidade Autónoma
de Lisboa como parte das exigências para obtenção do título de Mestre em
Ciências Jurídicas

Prof. Dr. RICARDO PEDRO, orientador.

Novembro de 2020

LISBOA

A Vinicius, Manuela e Eduardo, com vocês
descubro diariamente novas razões para
amar a vida e continuar lutando por um
mundo melhor.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Adriano e Maristela, pelo amor e dedicação ao longo da vida. Nenhuma conquista ocorreu afastada dos valores que imprimiram em meu espírito.

Agradecimentos especialíssimos ao meu Orientador, Ricardo Pedro, pelos apontamentos críticos e sinceros, bem como pelo integral respeito aos rumos que dei à pesquisa.

À minha querida amiga Sandra Mara Gaglianoni, pelo carinho, pelo apoio incondicional e pelas preciosas trocas de ideias

Aos amigos e colegas de mestrado, responsáveis pelos momentos de descontração e divertimento, em especial aos meus inseparáveis Daniel Tonetto, Eliete Rodrigues e Sandro Meinerz. Seguramente essa caminhada teria sido imensamente mais difícil sem vocês.

Ao amigo Daniel Blume, pelo auxílio na finalização da tese, minha eterna gratidão.

Aos amigos Simões, Donato e Costa Limeira, que, nesses anos de crescente amizade, para além do ambiente profissional, sempre me incentivaram a aprofundar o estudo do Direito.

RESUMO

Analisa-se neste trabalho a evolução do direito à boa administração e seu reconhecimento enquanto direito fundamental, nos textos constitucionais, apto a reconectar o cidadão à organização estatal, reaproximando-a do objetivo para o qual foi criada e impondo ao gestor público, no exercício das faculdades discricionárias, a adoção das melhores soluções possíveis ao caso concreto. Tal direito é construção doutrinária e jurisprudencial, elaborado, inicialmente, como um modelo *standard*, cuja acolhida expressa, em nível europeu, se deu no art. 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia de 2000, incorporada pelo Tratado de Lisboa, com força vinculativa a partir de 2009. No âmbito do ordenamento jurídico português, sua consagração foi efetivada a partir da revisão operada no Código de Procedimento Administrativo em 2015. No Brasil, seu reconhecimento decorre de uma visão sistêmica do nosso ordenamento jurídico, a partir dos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito. Tal direito, com caráter fundamental, possui eficácia direta e imediata, vinculando o gestor e reforçando as barreiras contra as arbitrariedades no poder, impondo também, o controle das decisões administrativas antijurídicas pelo exercício da discricionariedade fora ou aquém dos limites juridicamente impostos; tudo sem prejuízo da reformulação da responsabilidade do Estado, pois este deve ser o primeiro a assegurar a proteção efetiva do núcleo indisponível dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Boa Administração; Discricionariedade Administrativa; Direito Fundamental.

ABSTRACT

This work analyzes the evolution of the right to good administration and its recognition as a fundamental right in the constitutional texts, in order to reconnect the citizen to the state organization, bringing it closer to the objective for which it was created and imposing on the public manager, in exercise of discretionary powers, the adoption of the best possible solutions to the specific case. Such right is doctrinal and jurisprudential construction, initially elaborated as a standard model, whose express acceptance, at European level, took place in art. 41 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 2000, incorporated by the Treaty of Lisbon, with binding force as of 2009. Within the scope of the Portuguese legal system, its consecration was effected from the revision of the Code of Administrative Procedure in 2015. In Brazil, its recognition stems from a systemic view of our legal order, based on the principles of human dignity and the Democratic Rule of Law. Such a fundamental right has direct and immediate effectiveness, binding the manager and reinforcing the barriers against arbitrariness in power, also imposing the control of anti-legal administrative decisions by exercising discretion outside or below the legally imposed limits; all without prejudice to the reformulation of the State's responsibility, since it must be the first to ensure the effective protection of the unavailable nucleus of fundamental rights.

KEYWORDS: Good Administration; Administrative discretion; Fundamental right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO	10
1.1 Evolução histórica do Direito à boa Administração Pública.....	10
1.2 A Boa Administração no Direito Comunitário Europeu.....	15
1.3 A Boa Administração no Ordenamento Jurídico Português	22
1.4 A Boa Administração e a CRFB de 1988	28
1.5 Conteúdo da Boa Administração no Direito Comparado	33
2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	39
2.1 Ato Administrativo vinculado e discricionário	39
2.2 Legalidade e mérito do Ato Administrativo.....	49
2.3 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados	53
2.4 Limites à discricionariedade.....	60
3 A BOA ADMINISTRAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	67
3.1 A Discricionariedade e os Direitos Fundamentais.....	67
3.2 Qualificação da Boa Administração como Direito Fundamental	73
3.3 A Discricionariedade Administrativa vinculada ao Direito Fundamental à Boa Administração.....	81
3.4 Controle dos Atos Administrativos Discricionários	90
3.5 Responsabilidade do Estado a partir do Direito à Boa Administração	95
CONCLUSÃO.....	109
FONTES DOCUMENTAIS.....	114
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

INTRODUÇÃO

A administração pública existe para atender os interesses da coletividade, devendo seguir os ditames legais, além de assegurar os direitos e garantias do cidadão. Com essa afirmação, quer-se dizer que a atuação do Estado, ao perseguir o interesse público, deve estar em sintonia com os direitos fundamentais dos particulares.

A partir desse ponto, emerge um direito (princípio) consolidado em nível europeu, apesar de recente em alguns países, como Portugal e, fora da Europa, Brasil, chamado de direito (princípio) à boa administração. Este direito demanda, em suma, uma atuação do gestor público, especialmente quanto aos atos discricionários, capaz de concretizar e respeitar os direitos fundamentais dos administrados.

Dessarte, o presente estudo encontra-se estruturado em três capítulos, nos quais se partiu de uma abordagem em torno do próprio direito à boa administração, com vistas ao adensamento do tema a partir da análise dos atos discricionários. Por fim, foi discutido o aprofundamento da sindicabilidade das escolhas do gestor sob o prisma do direito à boa administração.

O primeiro capítulo foi dedicado ao desenvolvimento do direito à boa administração, abordando seu surgimento, desde sua aparição e primeiras citações, por vezes de forma implícita, em algumas Constituições, até sua efetiva consagração no art. 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

Na mesma toada, foi demonstrada a presença do aludido direito na doutrina, na jurisprudência e na legislação ibero-americana, fazendo referência ao Código Americano de Bom Governo de 2006 e à Carta Ibero-americana de direitos e deveres dos cidadãos. Ademais, foram citadas algumas Constituições Americanas que consagram a boa administração.

Além desta introdução, foi abordada a discussão em prol da codificação desse direito em nível europeu, o qual teve início com o Ombudsman Jacob Soderman, que defendeu sua inclusão no rol de direitos fundamentais do cidadão, cuja proposta foi levada a cabo pela Convenção Europeia, por meio do art. 41.º da Carta de Direitos, já mencionado. Outro documento citado no presente estudo foi o Código de Boa Conduta Administrativa, no qual foram compilados as principais regras e os princípios que, se descumpridos, caracterizam má-administração, servindo de instrumento tanto para o gestor público como para o cidadão lesado.

Em um terceiro momento, o estudo se voltou para a análise da boa administração nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Primeiramente, foi destacada a sua consagração no sistema português por meio da revisão efetivada no Código de Procedimento Administrativo de 2015, que o elencou de forma expressa juntamente com outros princípios gerais de direito administrativo. Contudo, foi demonstrado que, antes mesmo de sua previsão expressa, a doutrina já o reconhecia internamente, mediante a interpretação de suas normas constitucionais. Além disso, foi necessário apresentar o conceito de *boa administração* que, conforme a doutrina portuguesa, afasta-se um pouco da ideia concebida pela Carta de Direitos da União Europeia e por aquela estabelecida por doutrinadores brasileiros. Olhando para o caso específico do Brasil, foram mencionadas a falta de previsão expressa no ordenamento jurídico e a posição doutrinária no sentido de concebê-lo, por intermédio da interpretação de normas constitucionais com a sua elevação, inclusive, o direito fundamental.

Tendo sido positivado na Carta de Nice, restou, no final do capítulo, determinar qual é o conteúdo do direito à boa administração. Como primeira fonte apreciada nesta busca, foi analisado o próprio art. 41.º do documento, especificamente quanto aos direitos ali elencados, e foi trazido à colação o pensamento de autores que tratam do tema, com vista a um melhor entendimento sobre o seu sentido.

Por conseguinte, o segundo capítulo tratou da discricionariedade administrativa. Em que pese a análise desse conceito encontrar-se amplamente consagrada na doutrina e na jurisprudência, para uma melhor compreensão do estudo, foi oportuno realizar, inicialmente, a distinção com os atos vinculados e a valorização que se dá ao princípio da legalidade, de grande influência para os dois conceitos. Após, foi analisado o mérito do ato administrativo, o qual, segundo se verá, sofreu uma readequação com o passar dos anos, sendo necessário apontar onde o direito à boa administração se posiciona atualmente.

Adiante, foi realizada uma tentativa de diálogo ou revisão crítica da problemática que envolve a doutrina dos conceitos jurídicos indeterminados. Surgiu com grande evidência a admissibilidade da concessão de poderes discricionários por intermédio de tais conceitos, porém não em todas as situações, conforme se demonstrou.

Foram abordados, ainda, os limites da atividade discricionária, que, se não observados, conduzem à arbitrariedade. A abordagem se deu a partir da análise das doutrinas portuguesa e brasileira, com vista a um melhor entendimento sobre o controle dos atos, o que foi enfrentado no último capítulo.

O terceiro capítulo aprofundou-se no tema desta pesquisa, ao analisar a atividade discricionária a partir dos direitos fundamentais, tendo em vista sua força direta e vinculante, irradiando efeitos, inclusive para a Administração Pública.

Além disso, foi necessário analisar a natureza jurídica do direito à boa administração, que ora assume roupagem de dever, ora de princípio de direito administrativo, ora de direito fundamental.

No seguimento, optou-se por apresentar o direito à boa administração como baliza da atividade discricionária do administrador, pois tal direito fundamental realiza a síntese dos direitos fundamentais que vinculam direta e imediatamente a Administração Pública considerada um “*standard* mínimo” dentre os deveres impostos ao agente público.

Justamente a partir desses elementos, tem-se discutido seu controle pela própria administração e pelo Poder Judiciário, que se verá no penúltimo bloco do último capítulo. Especialmente quanto ao Poder Judiciário, a questão foi enfrentada pela abordagem dos fundamentos da doutrina clássica, que defendia a impossibilidade de controle de mérito, bem como a recente aceitabilidade na doutrina e na jurisprudência portuguesa e brasileira.

Finalmente, foi avaliado se o aludido direito favorece uma releitura, no que tange à responsabilidade do Estado, notadamente para combater, além dos excessos da discricionariedade, a própria omissão; ou seja, o não exercício das competências discricionárias.

Nota-se que a proposta deste artigo é apresentar o direito à boa administração como algo viável, concreto e que deve ser utilizado pelo gestor, especialmente quando realiza escolhas, em razão do permanente apelo constitucional.

1 DIREITO À BOA ADMINISTRAÇÃO

1.1 Evolução histórica do Direito à boa Administração Pública

A expressão *boa administração* teria sido citada pela primeira vez, embora não de forma clara, na obra de Maurice Hauriou, ao tratar de moralidade administrativa.¹

O termo *moralidade administrativa* fora mencionado no início do século XX a partir do desenvolvimento do instituto do desvio de poder, pela jurisprudência do Conselho do Estado Francês, onde Hauriou, no caso Gommel, Sirey, no ano de 1917, III, 25, destacou que “a legalidade dos atos jurídicos administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei; mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da “boa administração”, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da “moralidade administrativa”.

Contudo, o referido conceito só fora definido na 10ª edição de sua obra *Précis Élémentaire de Droit Administratif*, na qual afirmou a existência de uma moralidade administrativa, segundo a qual o administrador estava vinculado a regras de conduta inerentes à disciplina interna da Administração Pública. Tal fato traduzia-se, segundo ele, em uma obediência necessária para as pautas de boa administração, ultrapassando as previsões expressas e as minúcias presentes nas regras legais. A boa administração comportaria, por esse ângulo, um universo de condutas eticamente exigíveis dos administradores públicos, tivessem ou não previsão expressa no ordenamento jurídico passivo.²

Dessa forma, a fiscalização dos atos desse bom administrador não poderia se restringir à legalidade; deveria se estender ao exame dos seus motivos e fins.

Não obstante a grande contribuição de Hauriou, seus estudos sobre o tema foram complementados, sobretudo por Welter, tendo este último, em 1930, publicado uma monografia intitulada *Le Contrôle Juridictionnel de La Moralité Administrative*. Nesta obra, o autor descreve de forma mais clara a noção de moralidade, com as seguintes referências: “a moralidade administrativa que nos propomos estudar, não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração [...]”.³ Na mesma oportunidade,

¹ BOUSTA, Rhita – **Essai sur la notion de bonne administration en droit public**. Paris: L’Harmattan, 2010, p. 70-82.

² OSÓRIO, Fábio Medina – **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2.ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 42.

³ BRANDÃO, Antônio José – Moralidade Administrativa. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25 (1951), p. 454-467. [Consult. 08 Set 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>.

Welter esclarece que as regras de boa administração correspondem ao “conjunto de regras finais e disciplinares suscitadas, não somente pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa”⁴.

Dentro dessas ideias, viola a moralidade administrativa tanto o administrador que agiu com o desiderato desonesto como aquele que não obedeceu à ordem institucional, que nada mais é do que a realização do bem comum.

Na apresentação do pensamento de Welter, Brandão destaca ainda que o autor francês fora impreciso ao definir moralidade, especificamente no que se refere à expressão *boa administração*⁵. Porém, segundo o autor, a partir da análise do contexto proposto, é possível inferir que Welter não tratou Administração como entidade pública, mas como gestão administrativa.⁶

Após a obra de Welter, Lacharrière dedicou-se ao tema, em monografia publicada em 1938, sob o título *Le Contrôle Hiérarchique de l'Administration dans la Forme Juridictionnelle*, na qual se referiu à moralidade administrativa como o “conjunto de regras que, para disciplinar o exercício do poder discricionário da Administração, o superior hierárquico impõe aos seus subordinados”⁷. O autor acrescenta que semelhantes regras não se confundem com a moral comum, pois são regras de boa administração; encarregou-se, ainda, de explicitar o conceito de boa administração, até então hermético, dado sua complexidade. Consoante seu ponto de vista pessoal, para qualificar a administração como boa, deve-se levar em conta determinados preceitos da moral comum, bem como certas prescrições de natureza técnica.

Nesse período, merecem destaque as obras de Antônio José Brandão e de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, sendo que o primeiro também relaciona a moralidade administrativa com a ideia de boa administração.

Brandão define o bom administrador como o órgão da administração pública que, usando da sua competência para o preenchimento das atribuições legais, determina-se não somente pelos preceitos vigentes, mas, também, pela moral comum. Se os primeiros delimitam a fronteira do lícito e do ilícito, do justo e do injusto positivos, a segunda espera

⁴ BRANDÃO, Antônio José – Moralidade Administrativa. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25 (1951), p. 454-467. [Consult. 08 Set 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

dele conduta honesta, verdadeira, intrínseca e extrinsecamente conforme a função realizada por seu intermédio.⁸

Manoel Franco Sobrinho destaca o dever geral de boa administração, um dever de natureza moral imprescindível à regularidade do liame existente entre os motivos e o próprio objeto/conteúdo do ato administrativo.

Depois de fundar-se nas ideias de Hauriou e Welter, o administrativista brasileiro Hely Lopes Meirelles aponta a infidelidade do agente, “a idéia que tinha de servir” e o desvio do “fim institucional, que é o de concorrer para a criação do bem comum”, como traços dominantes da imoralidade administrativa, mostrando, quase como consequência, que este conceito está intimamente ligado ao do “bom administrador”.⁹

Nessa linha, pode-se notar que o direito administrativo já caminhava para a ideia de que o administrador deveria voltar-se não somente para a satisfação da intenção legal, mas também para a observância de regras de boa administração, que se situava na área do dever.

Indícios da exigência de uma espécie de boa administração pública podem, ainda, ser encontrados nas remotas culturas ocidentais. Ponce Solé vai além ao afirmar que a existência de um bom governo e de uma boa administração se configura como uma preocupação humana, portanto tem suas raízes desde a existência de comunidades onde alguém exercia o poder, ou seja, desde o momento em que existia uma autoridade pública.¹⁰ Todavia, foi na pós-modernidade que essa exigência ético-normativa passa a ser consolidada, devido à mudança da administração democrática para a gerencial, na qual os níveis de responsabilidade dos administradores públicos, no que tange a suas liberdades e poderes, são aumentados.¹¹

⁸ BRANDÃO, Antônio José – Moralidade Administrativa. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 25 (1951), p. 454-467. [Consult. 08 Set 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>.

⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Princípio da Moralidade e as Categorias Constitucionais de Interesse. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. N.º 199 (1992), p. 1-44 [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C= ODU3Ng%2C%2C>.

¹⁰ PONCE SOLÉ, Juli – El Derecho a una Buena Administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del siglo XXI. Buen Gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción. [Em linha]. In ROSATTI, Horacio *et al.* – **El control de la actividad estatal: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial**. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. p. 219-247, p. 220. [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf>.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina – **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

Especificamente quanto às referências autônomas à boa administração, Bousta¹² afirma que as primeiras citações se deram no âmbito dos países europeus, como na jurisprudência da Grécia, onde o conceito se aproxima da ideia de boa-fé.

A doutrina aponta a Constituição Finlandesa de 1919 como a consagradora da ideia de boa administração, cuja inserção estaria em um capítulo dedicado a direitos gerais e proteção jurídica dos cidadãos daquele país.

Na Holanda, o princípio da boa administração encontra referência em uma lei de 1954, que trata do processo administrativo e, também, em outras duas leis publicadas em 1992 e 1994. Estas últimas elencam uma série de princípios e regras que incidem sobre a administração, como a segurança legítima, a motivação dos atos administrativos, a legalidade, a igualdade e a proporcionalidade, de modo que a boa administração aparece como o enquadramento da administração a esse conjunto de princípios.¹³

Ainda no âmbito da União Europeia, o direito à boa administração poderia ser encontrado, não de forma expressa, em outras tantas constituições, a partir da interpretação de princípios e subdireitos constitucionais relativos à Administração Pública.

A Carta Magna Espanhola de 1978 não consagra o direito à boa administração de forma explícita,¹⁴ contudo menciona no art. 103.º, por exemplo, os princípios da eficácia, da coordenação e da imparcialidade na atuação administrativa. Ainda no ordenamento jurídico espanhol, há legislação sobre jurisdição administrativa do ano de 1956, que cita a boa e justa administração.¹⁵

A Constituição da Suécia, de 24 de novembro de 1994, dispõe, em seu art. 9.º do Capítulo Primeiro, o dever dos Tribunais e demais órgãos e autoridades administrativas de respeitar em sua atividade a igualdade de todos perante a lei; e trabalhar com objetividade e

¹² BOUSTA, Rhita – *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*. Paris: L'Harmattan, 2010, p. 48.

¹³ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴ Conforme Beatriz Tomás Mallén “nuestra Carta Magna vigente de 1978 no consagra el derecho a una buena administración. Pero tampoco puede desconocerse que algunos de los derechos contenidos en el artículo 41 (y en el 42) de la Carta de Niza (artículos II- 101 y II-102 de la Constitución europea) tienen reflejo – aunque asimétrico – en valores o principios establecidos en diversas disposiciones constitucionales [...] recapitulando, podemos afirmar que todos estos principios difusos de actuación y funcionamiento de La Administración quedarían aglutinados en el más amplio, como correlato, derecho de los ciudadanos a La buena administración, pues a La satisfacción de este derecho y a todos los demás derechos y libertades debe apuntar La actuación administrativa por mandato constitucional” (MALLÉN, Beatriz Tomás – **El Derecho Fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 101).

¹⁵ *Ibid.*, p. 102.

imparcialidade, além de regular, de forma detalhada, o direito ao acesso de documentos oficiais.¹⁶

Da mesma forma, a Lei Constitucional Austríaca, de 1929, não traz a previsão expressa do direito à boa administração. Porém, formula direitos relacionados na Parte Quarta, que trata das Garantias da Constituição e da Administração, de forma similar ao procedimento utilizado pela Constituição da Dinamarca, de 05 de junho de 1953, no seu art. 63.º.¹⁷

A Constituição Belga vigente, nos moldes da Constituição Austríaca, trata do acesso a documentos e ao direito de reclamar responsabilidade dos funcionários.^{18,19}

Contudo, a doutrina italiana tem sido aquela que, no conjunto dos países europeus, tem dado maior atenção ao tema em virtude de dispositivo expresso na Constituição de 1947 tratando, de forma literal, do direito à boa administração.²⁰ A boa administração, como aplicada no ordenamento italiano, não louva a uma simples administração de resultados, com acento no dado técnico, mas afirma que os órgãos e serviços públicos devem atender a conveniência e a justiça. Pontua um dever de boa administração que incumbe ao ente público sua realização, conforme se verifica na lição de Guido Falzone:²¹

Pode-se dizer que a boa administração, isto é, o dever de bem exercer a função, é considerável, seja como dever incumbente ao órgão e, pois, ao próprio ente público a que o órgão pertence, seja como dever gravante do titular do órgão. Em realidade, o órgão público é visto como uma dúlice estrutura relacional: a primeira, disso fazendo legado ao ente público é vista, apresenta uma natureza interna, porquanto sempre de direito público, vinculando o titular do órgão a pessoa jurídica de direito público; tem ela como objetivo a realização de uma atividade destinada à realização dos fins próprios de ente público; e, como conteúdo, um rol de direitos e deveres mutuamente (entre o titular do órgão e a pessoa jurídica de direito público) respeitantes. A segunda, de seu turno, não se refere ao titular do órgão, como a primeira, mas apenas ao próprio órgão, apresentando uma natureza externa, dado que a ele sobrevém; logo, por isso mesmo, relaciona o ser impessoal do órgão e

¹⁶ MALLÉN, Beatriz Tomás – **El Derecho Fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 105.

¹⁷ *Ibid.*, p. 102.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ Carla Amado, ao tratar do direito à boa administração no Direito Comparado, especialmente como vem sendo tratado pela jurisprudência dos países, cita o Tribunal Constitucional Belga, o qual, por diversas vezes teria feito referência ao princípio da boa administração em combinação com o princípio da igualdade e da não discriminação. Além disso, lembra que o Tribunal Supremo da Estônia estabeleceu que o direito à boa administração se infere da leitura combinada do princípio do Estado de Direito com princípios como da legalidade, a proteção da confiança, a proporcionalidade, a igualdade, a eficácia e a eficiência, e de direitos como o direito de audiência e o direito a uma decisão em um prazo razoável (Acórdão de 17 de fevereiro de 2003). Também cita o Tribunal Polaco que já reconduziu o princípio (“standard”) de boa administração aos princípios do Estado de Direito e da legalidade (em julgamento de 12 de março de 2007) (GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55, p. 40).

²⁰ Art. 97.º da Constituição Italiana de 1947: “Os serviços públicos são organizados segundo as disposições da lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração”.

²¹ FALZONE, Guido – **Il Dovere di Buona Amministrazione**. Milano: Giuffrè, 1953.

terceiros estranhos à administração. Uma pode ser vista como vínculo de subordinação, ao passo que a outra, diversamente, pode ser apreciada como relação jurídica regulada pelo direito administrativo, dado que o órgão move o ente e este se movimenta em sua roupagem pública. O titular do órgão, enquanto investido de autoridade em face dos particulares que se relacionam com administração, deve também, ao mesmo tempo, cumprir o dever cujo objeto é o bom exercício do poder. O cumprimento do dever de boa administração, portanto, é uma exigência jurídica a que o titular do órgão deve atender, tanto em face da pessoa jurídica de que, como órgão, faz parte e dela depende; tanto em face dos demais sujeitos.

Quanto à presença de tal direito na doutrina, na jurisprudência e na legislação ibero-americana, Ponce Solé²² esclarece que não passou despercebida, uma vez que tanto o Código Americano de Bom Governo de 2006 quanto a Carta Ibero-americana de direitos e deveres dos cidadãos em relação à administração pública trazem, em seus bojos, numerosas referências a esse direito. Embora a Carta não seja vinculativa para os Estados signatários, fornece elementos essenciais para interpretar esse novo direito. Quanto à legislação interna e à jurisprudência dos países, Ponce Solé cita a lei da República Dominicana que trata da boa administração, bem como faz referência a julgados que mencionam tal direito de forma implícita, como é o caso da Costa Rica e, de forma explícita, do Peru e da Colômbia.²³

Conforme se verifica, o dever de boa administração apareceu no panorama jurídico de forma lenta, mas continuada até sua efetiva consagração e incorporação à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia.

1.2 A Boa Administração no Direito Comunitário Europeu

No âmbito da União Europeia, as primeiras citações foram jurisprudenciais e associaram-se ao esforço do juiz da União em suprir lacunas em sede de garantias procedimentais.

Após longo processo de construção jurisprudencial²⁴, elevou-se, então, a boa administração a princípio geral. Tal entendimento não restou isento de críticas, uma vez que

²² PONCE SOLÉ, Juli – El Derecho a una Buena Administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del siglo XXI. Buen Gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción. [Em linha]. In ROSATTI, Horacio *et al.* – **El control de la actividad estatal: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial**. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. p. 219-247, p. 234. [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf>.

²³ *Ibid.*, p. 235.

²⁴ De início, a perspectiva estava centrada em considerações alusivas ao devido processo procedimental. Assim, foi no Caso 222/88, *Union Nationale des Entraîneurs et Cadres Techniques Professionnels du Football* (Unectef) vs *Georges Heylens* e outros, em que se examinaram as implicações entre o dever de fundamentação na decisão – que veio a ser explicitado no item 2 do art. 41.º da Carta de Nice – e a efetiva garantia do acesso a justiça. A hipótese envolvia consulta formulada pelo judiciário francês, que processava ação penal relacionada ao exercício da profissão de treinador de futebol, por parte de cidadão belga, cujo diploma expedido no país de origem lhe assegurava habilitação profissional para aquela atividade. Todavia, a

vários acadêmicos defendiam que esse princípio tinha problemas de ambiguidade/incerteza. Assim, como regra, ele não era utilizado de forma autônoma pela Corte, mas em conjunto com outros princípios ou direitos, buscando-se retirar consequências jurídicas específicas. Com base nessas decisões, concluíam-se que o núcleo do princípio seria o exame cuidadoso e imparcial das circunstâncias legais e fáticas de cada caso.

Não se pode olvidar, contudo, que, em 28 de setembro de 1977, havia sido aprovada em Conselho de Ministros, no âmbito do Conselho da Europa, a Resolução (77) 31- *On the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities*. Tal resolução definia princípios fundamentais aplicáveis nas relações das autoridades com os cidadãos, no âmbito do procedimento administrativo. Eram eles: direito de audiência, direito de acesso à informação, direito de assistência e representação, direito à fundamentação da decisão, direito à informação sobre meios de contestação da decisão; todos considerados, na ocasião, essenciais para a implementação de uma “good and efficient administration”²⁵.

Só em 1999 o Conselho Europeu de Colónia deliberou sobre a necessidade da elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais no âmbito da União Europeia. Seu conteúdo fora traçado na mesma oportunidade, com as seguintes referências: “O Conselho Europeu considera que a Carta deverá abranger os direitos em matéria de liberdade e igualdade e os direitos processuais fundamentais, tal como garantidos na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais e como resultam das tradições constitucionais comuns dos Estados-Membros enquanto princípios gerais do direito comunitário. A Carta deverá ainda consagrar os direitos que apenas são outorgados aos cidadãos da União. Na elaboração da Carta, deverão ser igualmente tidos em conta os direitos econômicos e sociais que se encontram consignados na Carta Social Europeia e na Carta Comunitária dos Direitos Sociais Fundamentais dos Trabalhadores (art. 136 TCE) na medida em que não constituam apenas uma base para objetivos de ação da União”²⁶.

validação havia sido negada pelo órgão administrativo francês em decisão irrecurável e imotivada, donde resultou o suposto exercício ilegal de profissão e o ajuizamento da correspondente ação penal [...]. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, a partir do caráter fundamental do direito ao trabalho, afirma a indispensabilidade da garantia de um remédio judicial à sua eventual violação e desse imperativo exercício de *judicial review* extraiu a obrigatoriedade da motivação da decisão administrativa, para que tanto o cidadão pudesse decidir acerca da utilidade mesmo no acesso à justiça, quanto o órgão judicial efetivamente empreendesse o controle da decisão administrativa e suas razões (LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 69).

²⁵ GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55, p. 36-37.

²⁶ EUROPA. Parlamento Europeu. Conselho Europeu de Colónia. Conclusões da Presidência – **Reunião de 3-4 de junho de 1999**. [Em linha]. Colónia: PE, 1999, anexo IV - Decisão do Conselho Europeu sobre a

Assim, o instrumento sugerido pelo Conselho foi proclamado solenemente pelo Parlamento Europeu em 07 de dezembro de 2000, na Cimeira de Nice, com a explicitação, em seu art. 41.²⁷, do direito à boa administração, cujo conceito engloba um conjunto de direitos e procedimentos que visam proteger os interesses de todas as pessoas frente às instituições, aos órgãos e aos organismos da União Europeia. Alguns exemplos são o direito de verem seus assuntos sendo tratados de forma imparcial, equitativa e em um prazo razoável, o direito de serem ouvidos, o direito de acesso a processos de seu interesse, a obrigação da administração em fundamentar suas decisões, a indenização em casos de má administração e, por fim, o direito ao respeito pela língua pessoal ante as Instituições da União.

Sobre o referido artigo, o prof. Jonathas Machado²⁸ arremata:

O art. 41º da CDFUE consagra o direito a uma boa administração como um direito de cidadania europeia. Pretende-se criar uma administração bem dirigida, com capacidade de prestação, funcionalmente ordenada e adequada, estruturada com base nos direitos fundamentais e nos princípios estruturantes do direito da EU, como a democracia e o Estado de Direito. Em rigor, como resulta do teor literal do preceito, trata-se de um direito de todas as pessoas, físicas e colectivas, que por qualquer motivo entrem em contato com os serviços administrativos da EU. O mesmo pretende concretizar, na relação entre a administração da EU e os particulares, os princípios da igualdade, da justiça e da eficiência e eficácia e da equidade procedimental. O direito abrange as garantias de procedimento administrativo, como o direito de audiência, o direito a consulta aos processos em que esteja envolvido – sem prejuízo do sigilo profissional e comercial – o direito à fundamentação das decisões da administração, o direito à indenização por danos e o direito de queixa junto das autoridades administrativas. Trata-se de um elenco não taxativo, que remete para um amplo conjunto de garantias administrativas substantivas e procedimentais reconhecidas, quer pela jurisprudência constitucional dos Estados-membros, quer pela jurisprudência do TEDH.

O conteúdo deste artigo foi deduzido da jurisprudência do Tribunal de Justiça em torno de alguns dos princípios que, ao longo do tempo, aquele Tribunal foi qualificando como

elaboração de uma carta dos direitos fundamentais da União Europeia. [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_pt.htm#an4.

²⁷ Artigo 41.º da Carta de Direitos da União Europeia:

“Direito a uma boa administração

1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas Instituições e órgãos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável.

2. Este direito compreende, nomeadamente:

– o direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afecte desfavoravelmente;

– o direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refiram, no respeito dos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial;

– a obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões.

3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da Comunidade, dos danos causados pelas suas Instituições ou pelos seus agentes no exercício das respectivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros.

4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às Instituições da União numa das línguas oficiais dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua”.

²⁸ MACHADO, Jónatas – **Direito da União Europeia**. 2.ª ed. Coimbra: Coimbra, 2014, p. 254-255.

princípios de boa administração²⁹. O artigo consagrou o direito dos cidadãos europeus à tomada de decisões imparciais, justas e em prazo razoável, bem como o direito à informação e audiência prévia no âmbito dos procedimentos e o direito à fundamentação das decisões.³⁰

Ocorre que, em virtude da amplitude do termo, houve, inicialmente, dificuldade em definir com precisão o seu objeto e núcleo essencial.

A partir de então, buscou-se determinar um conceito cuja responsabilidade ficou nas mãos do Provedor de Justiça³¹, função criada pelo Tratado de Maastricht, com o assumido propósito de combater casos de má administração no âmbito da atividade das instituições e organismos comunitários, conforme preceitua o artigo n.º 228, I³², do Tratado, sobre o funcionamento da União Europeia.

Apesar da gama de atribuições elencadas no supracitado dispositivo, o conceito de *má administração* foi sendo construído a partir dos relatórios do Provedor.

²⁹ O artigo 41.º fundamenta-se na existência de uma Comunidade de direito, cujas características foram desenvolvidas pela jurisprudência que consagrou o princípio da boa administração (ver, nomeadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de março de 1992, processo C-255/90 P, Burban, Colect. 1992, I-2253, bem como os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 18 de setembro de 1995, processo T-167/94, Nölle, Colect. 1995, II-2589; de 9 de julho de 1999, processo T-231/97, New Europe Consulting e Michael P. Brown, Colect. II-2403). As formas deste direito enunciadas nos dois primeiros números resultam da jurisprudência (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 1987, processo 222/86, Heylens, Colect. 1987, p. 4097, ponto 15; de 18 de outubro de 1989, processo 374/87, Orkem, Colect. 1989, p. 3283; de 21 de novembro de 1991, processo C-269/90, TU München, Colect. 1991, I-5469; e os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de dezembro de 1994, processo T-450/93, Lisrestal, Colect. 1994, II-1177; de 18 de setembro de 1995, processo T-167/94, Nölle, Colect. 1995, II-258) e, no que respeita à obrigação de fundamentar, do artigo 253.º do Tratado CE.

³⁰ ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In **PROVEDORIA DE JUSTIÇA – O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. p. 13-39, p. 14. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf.

³¹ Em inglês, *European Ombudsman*; em francês, *Médiateur Européen*; em espanhol *Defensor Del Pueblo*. Trata-se da instituição que busca aproximar as instituições comunitárias dos cidadãos, numa lógica de reconhecimento da cidadania europeia. Encontra paralelo entre órgãos de mesmo teor no âmbito de diversos países europeus.

³² Art. 228.º, I, do Tratado da União Europeia. “O provedor de Justiça Europeu, que é eleito pelo Parlamento Europeu, é competente para receber queixas apresentadas por qualquer cidadão da União ou qualquer pessoa singular ou colectiva com residência ou sede estatutária num Estado – Membro e respeitantes a casos de má-administração na actuação das instituições, órgãos e organismos da União, com excepção do Tribunal de Justiça da União Europeia no exercício de suas funções jurisdicionais; O Provedor de Justiça instrui estas queixas e apresenta relatórios sobre as mesmas; De acordo com a sua missão, o Provedor de Justiça procederá aos inquéritos que considere justificados, quer por sua própria iniciativa quer com base nas queixas que lhe tenham sido apresentadas, directamente ou por intermédio de um membro do Parlamento Europeu, salvo se os factos invocados forem ou tiverem sido objecto de processo jurisdicional. Sempre que o Provedor de Justiça constata uma situação de má-administração, apresentará o assunto à Instituição, órgão ou organismo em causa, que dispõe de um prazo de 3 meses para lhe apresentar a sua posição. O Provedor de Justiça enviará imediatamente um relatório ao Parlamento Europeu e àquela instituição, órgão ou organismo. A pessoa que apresentou a queixa será informada do resultado dos inquéritos; O Provedor de Justiça apresentará anualmente ao Parlamento um relatório sobre os resultados dos inquéritos que tenha efetuado”.

Assim, desde o início das funções do Provedor Europeu, buscou-se saber qual o alcance da expressão *má administração*; nesse ponto, com o fito de delimitar seu campo de intervenção.

O primeiro esforço para descrever o conceito se deu com o Relatório Anual que o primeiro titular do cargo de Provedor apresentou ao Parlamento Europeu no ano de 1996. Jacob Soderman procurou evitar o avanço direto a uma definição e limitou-se a inventariar uma lista muito vaga e assumidamente não exaustiva de tipos de situações que, em sua opinião, poderiam revelar má administração; exemplos como irregularidades administrativas, omissões administrativas, abuso de poder, negligência, procedimentos ilegais, injustiça, incúria ou incompetência em casos de desrespeito aos direitos fundamentais, omissões, abuso de poder, negligência, procedimentos ilegais, injustiça, discriminação, atraso evitável, falta ou recusa de informação.³³

Diante desse rol, a proposta foi assim definida: “Naturalmente, dar-se-á um caso de má administração sempre que uma instituição ou organismo da Comunidade deixar de agir em consonância com os tratados e com os actos comunitários de carácter vinculativo, ou ainda no caso de não observar as regras e os princípios de direito estabelecidos pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Primeira Instância”³⁴.

Ocorre que, conforme se pode observar, o Provedor defendeu um conceito sem qualquer rigidez, cuja finalidade era garantir uma ampla atuação. Dessa forma, foi questionado pelo Parlamento Europeu, uma vez que essa definição imprecisa geraria efeitos adversos, inclusive no que tange à definição dos limites de suas prerrogativas.³⁵

Assim, o Segundo Relatório Anual, datado em 1997, acabou trazendo uma definição mais precisa do que seria má administração: “A má administração ocorre quando um organismo público não actua em conformidade com uma regra ou princípio a que está vinculado”³⁶. Adiante, informa que “são ressalvados, igualmente, os limites provenientes do uso adequado do poder discricionário, que não perfaz casos de má-administração, bem como

³³ ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In PROVIDORIA DE JUSTIÇA – **O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. p. 13-39, p. 14. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf.

³⁴ SODERMAN, Jacob – **O Provedor de Justiça Europeu. Relatório Anual de 1997**. [Em linha]. Bruxelas, 20 abr. 1998. p. 1-335, p. 22. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<https://www.ombudsman.europa.eu/pt/press/publications/publication.faces/pt/3447/v1/html.bookmark>.

³⁵ *Ibid.*, p. 25.

³⁶ *Ibid.*, p. 35.

o entendimento de que, de modo geral, “o que representa na prática boa e má administração é determinada caso a caso”³⁷.

Em resposta ao avanço conceitual, o Parlamento Europeu expôs, em sua Resolução sobre o informe de Atividades do Provedor de Justiça, o que segue: a) que está claro que os cidadãos e residentes europeus desejam participar de forma mais direta da confirmação da comunidade através de seus contatos com as instituições e órgãos comunitários; b) afirmação da salvaguarda de direitos democráticos da cidadania como relevante tarefa a ser compartilhada entre o Ombudsman e o Parlamento; c) recomendação de que a máxima conscientização aos cidadãos de seu direito a uma interlocução democrática, seja com o Provedor de Justiça, seja com o próprio Parlamento Europeu.³⁸

De acordo com Vanice Regina Lírio do Valle,³⁹ esse seria o primeiro momento em que, no âmbito dos órgãos da estrutura da União Europeia, o ideal de boa administração foi associado à garantia de direitos, quais sejam: democráticos, de participação; e os fundamentais, orientados à centralidade da pessoa.

A resolução do Parlamento Europeu de 2000, apreciando o Informe Anual de 1999 da Defensoria do Povo, articulou a ideia de um direito à boa administração como elemento de legitimação da União, assim explicitado: “A construção da União Europeia unicamente tem uma justificativa real aos olhos do cidadão se estes têm a titularidade de direitos que lhe permitam uma participação ativa no dialogo civil e político da União Europeia, que esses direitos devam incluir o direito à informação e o acesso aos documentos, e que as opiniões expressas pelos cidadãos sejam tomadas em conta com seriedade e registradas [...]. A elaboração de uma Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia deveria contemplar normas que concedam aos cidadãos, o direito a uma boa administração”⁴⁰.

Em seguida, o Provedor de Justiça Europeu procedeu a elaboração de um Código de Boa Conduta Administrativa (*European Code of Good Administrative Behaviour*), adotado mediante Resolução do Parlamento Europeu em 06 de setembro de 2001, cujo propósito era o de compilar as principais regras e princípios que, se descumpridos, caracterizariam má-administração, para o efeito de habilitar os eventuais interessados à apresentação de uma queixa junto do Provedor de Justiça Europeu.

³⁷ SODERMAN, Jacob – **O Provedor de Justiça Europeu. Relatório Anual de 1997**. [Em linha]. Bruxelas, 20 abr. 1998. p. 1-335, p. 35. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em [WWWhttps://www.ombudsman.europa.eu/pt/press/publications/publication.faces/pt/3447/v1/html.bookmark](https://www.ombudsman.europa.eu/pt/press/publications/publication.faces/pt/3447/v1/html.bookmark).

³⁸ LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 113.

³⁹ *Ibid.*, p. 114.

⁴⁰ *Ibid.*, loc. cit.

Tal norma consagra princípios como da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade, da imparcialidade e independência, da informação, da consulta de documentos, dentre outros.

Verifica-se que a natureza do aludido Código guarda relação com a proposta do *soft law*, à medida que seu reconhecimento enquanto regra jurídica no sentido clássico não foi reconhecida, extensiva a todos os órgãos comunitários, mas funciona como *standard* de boa administração.

Em 2007, foi assinado o Tratado de Lisboa, cuja entrada em vigor se deu apenas em 01.12.2009, conferindo à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, natureza idêntica àquela dos Tratados da União Europeia.

Em suma, Carvalho bem explicita: “o âmbito do direito comunitário europeu, a boa administração encontrou acolhida expressa no art. 41 da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia. Antes disso contudo, já era compreendida como um princípio geral do direito pelas jurisdições do direito comunitário europeu. Buscando explicitar o significado de tal direito fundamental, foi aprovado em setembro de 2001, o Código Europeu de Boa Conduta Administrativa, que traz, sob a bandeira da boa administração, inúmeros princípios e regras de conceituação autônoma (como proporcionalidade, não discriminação e o que pode ser compreendido como confiança legítima), o que termina por lhe emprestar a característica de um *droit-chapeau* – direito chapéu”⁴¹.

Cabe, ainda, frisar que, no ano de 2012, o Provedor de Justiça listou alguns princípios (comprometimento com os fins de interesse públicos da União Europeia, integridade, objetividade, urbanidade e transparência) que devem nortear a conduta dos funcionários da União nas suas relações com os cidadãos. Associando-se, dessa forma, ao Código de Boa Conduta.⁴²

Assim, antes de ser consagrada em textos legislativos vinculativos, a boa administração foi construída e densificada, não apenas pela jurisprudência e pela doutrina, mas por normas de *soft law*, isto é, por Códigos de Boa Conduta, por Informes do Defensor que, sem qualquer eficácia jurídica, auxiliaram e auxiliam na consubstanciação do aludido direito.⁴³

⁴¹ CARVALHO, Valter Alves – O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional. [Em linha]. In CONPEDI, 21., Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional, 21., Rio de Janeiro – **Anais [...]**. Rio de Janeiro: UFF, 2012, [p. 312-336] p. 1-25, p. 10. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em [WWW:http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2](http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2).

⁴² GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55, p. 37.

⁴³ MORGADO, Cintia – Direito à boa administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. [Em linha]. **Revista de Direito Processual Geral**. N.º 65 (2010), p. 68-94, p.

Por tudo que foi exposto, nota-se que a boa administração surgiu no direito da União, como bem alude Carla Amado, ligada à ideia de civismo, urbanidade e ética dos funcionários, bem como ligada ao *due process/duo procedure*; de modo que se entrelaçam, ganhando forma entre princípios, como o da participação e o contraditório, por exemplo.⁴⁴

1.3 A Boa Administração no Ordenamento Jurídico Português

Como visto, o direito à boa administração surge da interpretação de outros princípios e também de subdireitos implícitos ou explícitos em textos legais e constitucionais, com maior ou menor intensidade. Dessa forma, entende-se que a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia não estreou direitos no ordenamento jurídico português, uma vez que a Constituição e a legislação portuguesa já tratavam da matéria em diversos dispositivos.⁴⁵

Beatriz Mallén, sobre o direito à boa administração no ordenamento jurídico português, pondera: “La constitución portuguesa, tras trazar los Principios fundamentales y la Estructura de la Administración Pública em sus artículos 266 y 267, respectivamente, su artículo 268 lleva por rúbrica De los derechos y garantías de los administrados y, como se apuntaba, bien podía haberse rotulado Del derecho a una buena administración, a tenor de su contenido [...]”⁴⁶.

Reforçando a posição acima e destacando o contido no art. 266.º, n.º 1, da CRP⁴⁷, Mário Aroso⁴⁸ afirma que é este o dispositivo que fornece uma pista para a construção, na ordem jurídica interna portuguesa, de um conceito de boa administração, ao prever que “a

85. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE0Ng%2C%2C>.

⁴⁴ MORGADO, Cintia – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55, p. 37.

⁴⁵ Como exemplo, pode-se citar os princípios da imparcialidade e justiça, consagrados no n.º 1 do art. 4.º da CDFUE, cuja previsão no ordenamento português pode ser encontrada no art. 266.º da CRP. Ainda, o art. 268.º da Constituição Portuguesa estabelece os direitos e garantias dos administrados, ou seja, os direitos fundamentais do cidadão enquanto administrado, quais sejam: o direito de informação sobre o andamento dos processos em que seja interessado, o direito de acesso aos arquivos e registos administrativos, o direito à notificação dos atos administrativos, o direito à fundamentação dos atos que afetem direitos ou interesses protegidos e, finalmente, o direito de recurso contencioso com fundamento em ilegalidade contra quaisquer atos administrativos, bem como o direito à tutela judicial dos seus direitos e interesses jurídicos em geral.

⁴⁶ MALLÉN, Beatriz Tomás – **El Derecho Fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004, p. 107-108.

⁴⁷ PORTUGAL – **Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976**. VII Revisão Constitucional [2005]. Coimbra: Almedina, 2017.

⁴⁸ ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In **PROVEDORIA DE JUSTIÇA – O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. p. 13-39, p. 28. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf.

administração pública visa a prossecução do interesse público no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”.

Também contribui para a consagração da boa administração o art. 267.º, n.º 1 e 5, que tratam, além do incentivo à desburocratização, da aproximação entre os serviços e a população, da busca de formas de descentralização e desconcentração e da racionalização dos meios a serem utilizados pelos servidores.

Contudo, na visão dos estudiosos, é o art. 268.º da CRP⁴⁹, ao trazer disposição expressa sobre direitos e garantias dos administrados, alguns deles, segundo a doutrina, subdireitos do direito à boa administração, que contempla, quase na totalidade, o previsto na Carta de Direitos.

Sobre o tema, Sophie Perez Fernandes menciona a possibilidade de encontrar, na Constituição Portuguesa, disposição suscetível de acolher o direito à boa administração, semelhante àquele contemplado no art. 41.º da Carta. Nessa mesma linha, também cita o art. 268.º que, segundo a autora, reconhece as seguintes posições jurídicas subjetivas aos particulares nas suas relações com a Administração, quais sejam: direito de acesso à informação administrativa procedimental; direitos de acesso à informação administrativa não procedimental; direito à notificação dos atos administrativos; e direito à fundamentação dos atos administrativos.⁵⁰

Adiante, Sophie expõe que tanto o art. 41.º da CDFUE como o art. 268.º da CRP servem de suporte para a edificação de um estatuto de cidadania administrativa assente na

⁴⁹ “Art. 268.º da CRP (Direitos e garantias dos administrados)

1. Os cidadãos têm o direito de ser informados pela Administração, sempre que o requeiram, sobre o andamento dos processos em que sejam diretamente interessados, bem como o de conhecer as resoluções definitivas que sobre eles forem tomadas;

2. Os cidadãos têm também o direito de acesso a arquivos e registos administrativos, sem prejuízo do disposto na lei em matérias relativas à segurança interna e externa, à investigação criminal e a intimidade das pessoas;

3. Os atos administrativos estão sujeitos a notificação aos interessados, na forma prevista na lei, e carecem de fundamentação expressa e acessível quando afetem direitos e interesses legalmente protegidos;

4. É garantido aos administrados tutela jurisdicional efetiva dos seus direitos os interesses legalmente protegidos, incluindo nomeadamente, o reconhecimento desses direitos ou interesses, a impugnação de quaisquer atos administrativos que os lesem, independentemente de sua forma, a determinação da prática de atos administrativos legalmente devidos e a adoção de medidas cautelares adequadas;

5. Os cidadãos têm igualmente direito de impugnar as normas administrativas com eficácia externa lesivas dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos [...]”.

⁵⁰ FERNANDES, Sophie Perez – A Boa Administração nas “calhas de roda” dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – “Gira a entreter a razão”...? **UNIO - EU Law Journal**. Vol. 3, n.º 1 (jan. 2017), p. 95-113, p. 108.

consideração da pessoa, enquanto sujeito que participa ativamente do exercício do poder público, por oposição à sua conceção como mero objeto passivo dele.⁵¹

Além dos dispositivos mencionados, é importante trazer à baila a posição doutrinária de que a boa administração, que inclui o princípio da eficiência, estaria prevista na alínea c) do art. 81.º da CRP.^{52,53}

Não obstante tais construções doutrinárias, no sentido de reconhecer a presença de tal direito na ordem interna portuguesa, foi com a revisão do Código de Procedimento Administrativo, no ano de 2015, o qual sofreu influência da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que, efetivamente, houve sua introdução de forma explícita. O intuito era promover uma nova cultura de serviço entre a Administração Pública Portuguesa e os cidadãos, consagrando, a partir de então, novos princípios referentes à atividade administrativa. Dessa forma, a boa administração, no novo diploma, está, atualmente, elencada juntamente com outros princípios gerais de direito administrativo.

Conforme prescreve o art. 5.^{o54} do CPA, a Administração deve atuar para os cidadãos, consubstanciando-se em um Poder Público no qual os administrados confiem; deve atentar para o correto cumprimento da sua obrigação estrita de prosseguir o interesse público, em cada caso concreto, optando por soluções mais eficientes e eficazes; deve agir de forma ética, com boa-fé, garantindo a imparcialidade, a igualdade e a justiça; deve ser cumpridora dos prazos, decidindo de forma célere e fundamentando corretamente as suas decisões, com justa ponderação de todos os interesses, inclusive particulares.

Não se pode olvidar que o art. 5.º do CPA descende do art. 10.º do antigo CPA, que possuía como título “Princípio da Desburocratização e da eficiência”⁵⁵.

⁵¹ FERNANDES, Sophie Perez – A Boa Administração nas “calhas de roda” dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – “Gira a entreter a razão”...? **UNIO - EU Law Journal**. Vol. 3, n.º 1 (jan. 2017), p. 95-113, p. 108.

⁵² AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 35.

⁵³ “Art. 81.º da CRP (Incumbências prioritárias do Estado)
[...]

c) Assegurar a plena utilização das forças produtivas, designadamente zelando pela eficiência do setor público [...].”

⁵⁴ O Art. 5.º do Novo Código de Procedimento Administrativo (Decreto –Lei 4/2017) dispõe que “1. A Administração Pública deve pautar-se por critérios de eficiência, de economicidade e de celeridade.
2. Para efeitos do disposto no número anterior, a Administração Pública deve ser organizada de modo a aproximar os serviços das populações e de forma não burocratizada.”

⁵⁵ Conforme lembra Cabral de Moncada existe uma diferença importante entre a boa administração e o antigo princípio da desburocratização e da eficiência. Para o CPA antigo os critérios da celeridade, economia e eficiência das decisões eram resultado de uma estrutura administrativa próxima das populações e não burocratizada, que o legislador deve adoptar a fim de assegurar aqueles critérios substanciais, no novo Código os critérios em causa são tutelados diretamente enquanto tais e não enquanto simples consequência de determinada estrutura organizatória e formal da Administração. São elementos materiais a se da conduta administrativa e não meros reflexos de certo modelo de organização

Percebe-se, dessa forma, que essa boa administração, contemplada no CPA, na esteira da tradição jurídica portuguesa, associa-se, em um primeiro momento, à ideia de eficiência.⁵⁶ Desta decorrem os parâmetros da administração eletrônica ou a desmaterialização do procedimento administrativo, os princípios gerais da adequação procedimental (art. 56.º CPA), o dever de celeridade (art. 59.º CPA) e a cooperação e boa-fé procedimental (art. 60.º CPA).

Sobre a conexão do aludido princípio com a eficiência, Amaral⁵⁷ ensina que a ideia principal de boa administração, cujo sentido é bastante diferente daquele dado pelo direito europeu, é a de que a atividade administrativa deve, teleologicamente, traduzir-se em atos cujos conteúdos sejam também inspirados pela necessidade de satisfazer de forma mais eficiente o interesse público constitucional e legalmente fixado.

Frisa-se que os aspectos economicistas não estão ausentes no direito europeu, porém estão muito mais acentuados no direito interno português.⁵⁸

Cabral de Moncada faz referência à ampla extensão do conceito e admite que os critérios que o compõem foram importados das ciências sociais e económicas. Ao analisar o art. 5.º do CPA, propõe sua compreensão a partir de elementos substanciais, organizatórios e formais, em tensão recíproca. Segundo ele, os critérios substanciais são os mais evidentes e consistem, em suma, na alocação correta dos recursos disponíveis, evitando-se gastos supérfluos.⁵⁹ Os critérios formais dizem respeito à simplificação e à celeridade procedimental, evitando-se, dessa forma, passos desnecessários e controles inúteis.⁶⁰ Os critérios orgânicos, por sua vez, são resultantes de uma opção constitucional pela descentralização,

(MONCADA, Luís Cabral – Princípio Geral da Boa administração no Direito Administrativo. In JÚDICE, José Miguel *et al.* (Orgs.); GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.) – **Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 751-765, p. 756).

⁵⁶ FERNANDES, Sophie Perez – A Boa Administração nas “calhas de roda” dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – “Gira a entreter a razão”...? **UNIO - EU Law Journal**. Vol. 3, n.º 1 (jan. 2017), p. 95-113, p. 110.

⁵⁷ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 36.

⁵⁸ Cabral de Moncada ao abordar a diferença entre os conceitos de boa administração no direito interno e no direito europeu salienta que este último é mais amplo e abrangente que o primeiro, uma vez que compreende aspectos relacionados a *good governance* desde o respeito a legalidade democrática à participação procedimental dos cidadãos sem esquecer a efetividade de outros princípios gerais, quais sejam a imparcialidade, a justiça, o acesso à informação, o dever de fundamentar as decisões e a responsabilidade administrativa extracontratual. Para o autor está claro que a legislação portuguesa consagra tais exigências, contudo de modo independente da boa administração (MONCADA, Luís Cabral – *op. cit.*, p. 755).

⁵⁹ Cabral de Moncada cita como exemplo a formação do pessoal posto a serviço da Administração, bem como boas oportunidades de promoção na carreira e ingresso dos mais aptos (*ibid.*, p. 758).

⁶⁰ Cabral de Moncada, quanto a esse aspecto, cita a substituição dos controlos *a priori* designadamente actos permissivos como licença e autorização por controlos *a posteriori*, como a comunicação prévia prevista no art. 134.º do CPA (*ibid.*, p. 759).

desconcentração e participação, de maneira a assegurar valores democráticos e aproximar os serviços da comunidade.⁶¹

Complementando as ideias acima, Carla Amado diz que a boa administração equivale a uma realidade de dupla natureza. Ou seja, no âmbito objetivo, significa prosseguir o interesse público tendo atenção em padrões de juridicidade e de economicidade. No âmbito subjetivo, revela-se, por um lado, substancialista, no sentido de que deve conduzir à produção de decisões materialmente justas; por outro lado, formalista, na perspectiva de promover a concretização de garantias procedimentais.⁶²

Na mesma linha de pensamento, Pedro Costa Gonçalves refere a forte acentuação economicista da boa administração e sua vinculação ao princípio da eficiência, colocando, inclusive, o último entre parênteses quando trata do primeiro. Para ele, a boa administração está ligada à ideia de “boa gestão de recursos”, que nada mais é do que a observância de regras de eficiência, de economicidade e de racionalidade econômica.⁶³

Importa citar a lição do professor quanto à ideia trazida pelo CPA: “o CPA concebe a boa administração como uma vinculação para o desenvolvimento da ação administrativa, no sentido de a Administração orientar a sua ação de modo a obter os resultados pretendidos mediante a mobilização do mínimo possível de recursos. Ou seja, trata-se, em geral, da convocação para a ação administrativa de uma ‘cultura de gestão’ fundada na teoria econômica, e no sentido de uma otimização da gestão de recursos disponíveis (‘alocação eficiente de recursos’).”⁶⁴.

Além do exposto, traz-se à baila a lição não menos importante de Paulo Otero.⁶⁵ O autor menciona uma ligação do princípio da boa administração com o princípio da proporcionalidade, elencando cinco vetores do primeiro, quais sejam: a desburocratização, cuja ideia é a necessidade de simplificação do setor administrativo; a eficiência, devendo a atividade administrativa guiar-se pela obtenção dos melhores resultados, utilizando meios racionais; a economicidade, exigindo a utilização de recursos e a realização de despesas de forma rentável e menos penosa do ponto de vista econômico; a celeridade, que torna a atividade administrativa menos demorada e a aproximação com as populações.

⁶¹ MONCADA, Luís Cabral – Princípio Geral da Boa administração no Direito Administrativo. In JÚDICE, José Miguel *et al.* (Orgs.); GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.) – **Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 751-765, p. 760.

⁶² GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55, p. 44.

⁶³ GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 400.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 401.

⁶⁵ OTERO, Paulo – **Manual de Procedimento Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016, p. 35.

Nota-se, então, que a boa administração no direito português não é apenas gastar pouco, evitar despesas supérfluas. Cortar despesas é, na verdade, algo que mobiliza toda a administração nas suas relações globais com a sociedade civil.⁶⁶

Em suma, o direito à boa administração, agora devidamente positivado na ordem jurídica portuguesa, passa a reger toda a atividade administrativa, vinculando a conduta dos agentes aos seus preceitos; está voltado ao aperfeiçoamento e à concretização do compromisso para a coletividade na busca do bem comum.

Quanto à Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, cabe frisar que, ao normatizar anteriormente o princípio da boa administração, alçando-o à categoria de direito fundamental, tornou-se obrigatório que os organismos decisórios europeus passem a agir de forma a assegurar a uniformização da aplicação desse direito como um dever e como uma forma de proteção jurídica dos direitos fundamentais dos cidadãos europeus, assim como de todas as pessoas residentes no território da União Europeia.

Maria Luísa Duarte diz que “os direitos reconhecidos pela ordem jurídica da União Europeia constituem um limite a adopção de actos que violem o seu respectivo espectro de protecção. É a chamada função negativa ou de contenção dos poderes públicos, a mais antiga e padronizada das funções dos direitos fundamentais na relação juridicamente tipificada entre destinatário e titular dos direitos”. Acrescenta, ainda, que “a União está não apenas adstrita ao dever de assegurar que as medidas que adopta não violam os direitos fundamentais (função negativa) como deve tomar medidas necessárias para evitar, na fase de aplicação, a restrição ou violação dos direitos implicados pela regulação jurídica aprovada”.

Conforme o art. 6.º, n.º 1 do Tratado da União Europeia, o direito a uma boa administração ostenta carácter vinculante, uma vez que todos os princípios, liberdades e direitos, enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais, têm força vinculativa das suas disposições aos Estados-Membros, às Instituições, aos órgãos e aos organismos da UE.

Nesse sentido, Moura Ramos, citado por Karen Fernandes, ensina que, “Destinando-se a Carta Europeia de Direitos Fundamentais a reforçar a protecção destes direitos no quadro da União Europeia, parece indicado que a sua natureza jurídica deve ser a de instrumento vinculativo, que ultrapasse ou ao menos precise o *standard* de proteção dos direitos fundamentais neste momento existente no âmbito da União. E dizemos ultrapasse ou precise uma vez que importa não esquecer que a União dispõe desde há muito de um sistema

⁶⁶ MONCADA, Luís Cabral – Princípio Geral da Boa administração no Direito Administrativo. In JÚDICE, José Miguel *et al.* (Orgs.); GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.) – **Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. Coimbra: Almedina, 2018. p. 751-765, p. 752.

de tutela destes direitos, progressivamente desenvolvido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça e hoje cristalizado no art. 6, n. 2, do Tratado, e que a vincula aos respeito dos direitos fundamentais tais como garante a Convenção Europeia [...] dos Direitos do Homem [...] e tal como resultam das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, enquanto princípios gerais de direito comunitário”⁶⁷.

Na concepção de Sophie Fernandes, “independentemente da abertura constitucional ao processo de integração europeia e da consagração da cláusula aberta em matéria de direitos fundamentais é possível extrair do texto constitucional português, por via de interpretação cruzada do art. 268.º CRP com o art. 41º da CDFUE, elementos tendentes à construção de um conceito de boa administração relevante na ordem jurídica constitucional portuguesa que, sem prejuízo de outras dimensões/projeções, seja igualmente aberto à dimensão subjetiva/garantística da boa administração especialmente em destaque na ordem jurídico-constitucional da União”⁶⁸.

Para a autora, o art. 41º CDFUE e o art. 268.º CRP servem de suporte para a edificação de um estatuto de cidadania administrativa assente na consideração da pessoa enquanto sujeito que participa ativamente do exercício do poder público, por oposição a sua conceção como mero objeto passivo dele.⁶⁹

Assim, podemos observar que, diferentemente do que acontecia inicialmente, quando o direito nacional dos países europeus contribuía para a formação do direito comunitário, verifica-se, nos dias atuais, uma contribuição do direito comunitário para o aprofundamento dogmático dos Direitos Administrativos nacionais.

1.4 A Boa Administração e a CRFB de 1988

Segundo a doutrina, o reconhecimento do direito à boa administração no Brasil decorre de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico, já que não há nenhuma positivação expressa nesse sentido.

A partir dos escritos de Hely Lopes Meirelles, que não desenvolve, à sua época, o aludido conceito, verifica-se um início de abordagem quando enfrenta o tema referente às limitações do poder discricionário, apresentando como balizas os princípios gerais do direito e

⁶⁷ FERNANDES, Karen Ilanit – **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**. 2015. Tese (Mestrado em Ciência Jurídico-Administrativa) – Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2015.

⁶⁸ FERNANDES, Sophie Perez – A Boa Administração nas “calhas de roda” dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – “Gira a entreter a razão”...? **UNIO - EU Law Journal**. Vol. 3, n.º 1 (jan. 2017), p. 95-113, p. 108.

⁶⁹ *Ibid.*, loc. cit.

as regras de boa administração, que, em última análise, segundo o autor, são preceitos da moralidade administrativa.⁷⁰

Importa ressaltar também que, em outra passagem de sua obra, quando trata do princípio da moralidade, o citado autor refere que este mandamento está intimamente ligado à ideia de “bom administrador” e que a boa administração está relacionada subjetivamente a critérios morais que, de uma maneira ou de outra, dão valor jurídico à vontade psicológica do administrador.⁷¹

Entretanto, foi com a entrada em vigor da Constituição de 1988, considerada “Constituição Administrativa”, que a doutrina passou a considerar a boa administração como uma decorrência desse novo sistema jurídico. Isso porque ela contempla princípios balizadores da administração pública, previstos nos arts. 37 e 70 (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, legitimidade e economicidade), o papel cada vez mais relevante do procedimento administrativo, amplia os controles e prestigia a participação administrativa.

Em 1995, com a reforma administrativa promovida pela EC 19/98, que consagrou o princípio da eficiência, a matéria ganhou relevo e alcançou impulso na produção nacional. Foi oportuna a afirmação de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que afirmou, à época, que a boa administração é aquela voltada à realização eficiente, que se constitui, simultaneamente, em um dever ético e jurídico, com aplicações e implicações nos subtemas das escolhas discricionárias e do princípio da eficiência.⁷²

Nessa mesma acepção, Vanice Regina Lírio do Valle, citada por Cintia Morgado, entende que a eficiência também se configura como uma manifestação do direito fundamental à boa administração, que encontra nas políticas públicas adequadamente construídas seu critério de densificação e objetivação.

Morgado refere uma relação de interdependência entre o direito à boa administração, as políticas públicas e a eficiência: “Boa administração é um ideal que se busca – permanentemente – e não uma estação de chegada, que se vá alcançar depois do desenvolvimento de uma trajetória previamente desenhada. É esforço recíproco, envolvendo uma cidadania que não está afeita a uma conduta ativa, e uma administração que ainda resiste à transparência. Direito fundamental à boa administração se apresenta como etapa

⁷⁰ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 141.

⁷¹ *Ibid.*, p. 96.

⁷² LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 78.

subsequente de um longo e penoso amadurecimento democrático – e estará a exigir, como as etapas anteriores, determinação e aprendizado”⁷³.

Ao lado das normas já citadas e servindo também como vetores interpretativos, a doutrina menciona os princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (arts.1 a 3), juntamente com o art. 5.º, parágrafo 2, da CF, o qual traz uma cláusula de abertura que autoriza a ampliação do catálogo de direitos fundamentais que não se encontram no Título II (“Direitos e Garantias Fundamentais”) da CF.

Além disso, o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1.º, III, da CF é, para muitos, apontado como um desiderato da boa administração.⁷⁴

De outra parte, salienta-se referência também aos incisos LIV e LXXVIII do art. 5.º, que tratam dos direitos de natureza procedimental.

Outro entendimento, não menos importante, é aquele que trata a boa administração como um direito de cidadania,⁷⁵ conforme se verifica no seguinte enunciado: “A boa administração, portanto, não é uma finalidade disponível que possa ser eventualmente atingida pelo Poder Público: é um dever constitucional de quem quer que se proponha a gerir, de livre e espontânea vontade, interesses públicos. Por isso mesmo, em contrapartida, a boa administração corresponde a um direito cívico do administrado – implícito na cidadania”.

Outro ponto mencionado pela doutrina é de que o princípio da boa administração, mesmo estando presente em um tratado do qual o Brasil não é signatário, tem todos os seus elementos presentes no ordenamento jurídico brasileiro, assim como acontece em Portugal. Salienta-se que o artigo 41.º da Carta Europeia agrupa uma quantidade expressiva de princípios e regras sob o manto do direito à boa administração. Alguns exemplos são a imparcialidade, o tratamento equitativo, a duração razoável do processo administrativo, o direito ao contraditório,⁷⁶ o acesso a documentos,⁷⁷ o dever do poder público em fundamentar

⁷³ MORGADO, Cintia – Direito à boa administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. [Em linha]. **Revista de Direito Processual Geral**. N.º 65 (2010), p. 68-94, p. 85. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE0Ng%2C%2C>.

⁷⁴ A doutrina capitaneada por Ingo Sarlet vem tratando a boa administração pública sob a perspectiva de um direito fundamental, por se constituir um desiderato do princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição de 1988 (SARLET, Ingo Wolfgang – A Administração Pública e os direitos fundamentais. [Em linha]. **Transcrições – Direito Administrativo**. Porto Alegre: TRF4, 12 nov. 2015, p. 20-21. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em WWW:https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf).

⁷⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Curso de Direito administrativo. Parte Introdutória. Parte Geral. Parte Especial**. 14.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 119.

⁷⁶ O contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal, que correspondem ao 1 item do art. 41.º da Carta, estão assegurados no artigo 5.º, incisos LIV e LV.

as decisões,⁷⁷ a indenizabilidade dos danos decorrentes de atos da Administração⁷⁹ e um direito de aspecto multicultural, de dirigir-se aos órgãos comunitários e de obter deles resposta no idioma pátrio do administrado, sendo que, dessa multiplicidade de desdobramentos, somente este último aspecto não consta na CRFB.

Não podemos esquecer, ainda, que a Lei n.º 9.784/99, sobre o processo administrativo, sujeita a Administração Pública Federal a um conjunto de princípios e regras, que se encontram no âmbito constitucional ou dele decorrem. O artigo 2.º refere-se aos seguintes princípios: legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência, a incidirem quando do exercício da função administrativa, inclusive nos âmbitos do Judiciário e do Legislativo.

Contudo, é na obra de Juarez Freitas que encontramos um conceito descritivo do direito à boa administração pública, que corresponderia a um feixe de princípios e regras que têm relevante papel no controle substancial das relações administrativas, no intuito de reduzir a enorme distância entre o ser e o dever ser.⁸⁰

Para o autor, o direito à boa administração pode ser definido como direito fundamental para uma administração pública eficiente e eficaz, proporcional, cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à

⁷⁷ O direito de acesso aos expedientes e documentos encontra-se assegurado no artigo 5.º, XXXIII, assim disposto “[...] receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

A entrada em vigor da Lei n.º 12.527, de 18 de novembro de 2011, por sua vez, trouxe importante disciplinamento sobre aspectos como a definição do conteúdo do acesso à informação (artigo 7º); a previsão dos deveres dos órgãos públicos (artigo 8º); o procedimento de acesso à informação (artigo 10); os recursos cabíveis em caso de negativa (artigo 15); as restrições ao acesso à informação, com a definição das situações de imprescindibilidade do sigilo, como referido pela Constituição (artigo 23); a definição dos prazos máximos de restrição (artigo 24); os procedimentos de classificação, reclassificação e desclassificação dos sigilos (artigos 27, 28 e 29); o tratamento das informações pessoais (artigo 31).

⁷⁸ O dever de motivação das decisões possui também fundamento constitucional, em decorrência, primeiramente, da fórmula Estado Democrático de Direito, adotada pelo artigo 1.º da CF como caracterizadora da República Federativa do Brasil.

Além disso, o artigo 93.º, X, da CF, exige motivação das decisões administrativas dos Tribunais (Poder Judiciário) devendo ser compreendido, na realidade, como atinente à função administrativa, independentemente do Poder que esteja a exercê-la, como decorrência do princípio hermenêutico da unidade da Constituição.

Por sua vez, o artigo 50.º da Lei n.º 9.784/1999 enuncia uma série de situações em que a Administração Pública necessita motivar seus atos, nomeadamente aquelas em que há negação, restrição de direitos, imposição de deveres, encargos e sanções, decisão em processos de concurso ou seleção pública, decisão sobre invalidação, convalidação e revogação de atos administrativos.

⁷⁹ O artigo 37.º, § 6º, da CF estabelece a indenização pelos danos causados pelo Estado ao cidadão ou à pessoa jurídica de forma objetiva.

⁸⁰ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22.

participação social e com plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.⁸¹ De forma didática, desmembra o conceito e esclarece que: o direito à administração pública transparente deve respeitar o princípio da publicidade; o direito à administração pública dialógica, com respeito ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa do administrado; direito à administração pública imparcial, com respeito à igualdade; direito à administração pública proba, pelo qual seus agentes devem agir eticamente no exercício de suas funções; direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada, ou seja, que não se rende à “absolutização” irrefletida das regras; o direito a uma administração pública eficiente e eficaz atenta para os custos econômicos e sociais de seus atos.⁸²

Prossegue afirmando que a “tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem”.⁸³

Moreira Neto, de forma mais simples, porém assertiva, afirma que a boa administração “se constitui simultaneamente, dever ético e jurídico, com aplicações e implicações nos subtemas das escolhas discricionárias e do princípio da eficiência”⁸⁴.

Dessa forma, o direito à boa administração é um direito constitucional implícito, o qual compreende um conjunto de regras e princípios norteadores das atividades da Administração Pública e diretrizes de atuação dos agentes públicos, bem como prerrogativas das pessoas de exigirem uma boa gestão do poder público e de participarem das decisões públicas.

Conforme se observa na doutrina espanhola, “La ausencia de una mención expresa a la buena administración no impide su reconocimiento como parte del contenido interpretativo de otra serie de principios constitucionales”.⁸⁵

Diante disso, mostra-se indispensável oferecer concretude ao direito à boa administração na ordem jurídica brasileira, cuja inspiração é o art. 41.º da Carta de Direitos Fundamentais de Nice, a fim de consolidar o Estado Democrático de Direito, assegurando o

⁸¹ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

⁸² *Id.* – As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. Em Linha]. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC**. N.º 1 (2015), p. 195-216. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Apontamentos sobre a reforma administrativa. Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 18.

⁸⁵ RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo – El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria. In ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.) – **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 55-75, p. 55.

desenvolvimento social e econômico, o exercício dos direitos e garantias fundamentais, concretizando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que a definição trazida pela doutrina brasileira não é idêntica àquela desenhada pela portuguesa. Apesar de serem diferentes os respectivos âmbitos, eles não são desconformes, uma vez que contemplam o dever de obedecer aos imperativos da eficiência e economicidade.

1.5 Conteúdo da Boa Administração no Direito Comparado

A proclamação da Carta de Direitos foi resultado da necessidade de acompanhar a tendência dos Estados membros no âmbito comunitário, e de assegurar a proteção dos direitos humanos em seus sistemas jurídicos e tratados internacionais.

O art. 41.º do documento, conforme já abordado, reconhece a todas as pessoas o direito a um tratamento imparcial e equitativo; o direito a um tratamento em tempo razoável; o direito de ser ouvido; o direito de acesso ao processo; o direito à fundamentação; o direito à reparação; e o direito de interagir na língua oficial da União.

Pode-se afirmar que a Carta foi pioneira ao converter o princípio em direito fundamental à boa administração, englobando esse conjunto de direitos que visam proteger os interesses dos cidadãos frente aos órgãos da União Europeia. Ocorre que, como se vê, no âmbito europeu, seus contornos permanecem incertos. “O reconhecimento de um direito subjetivo à boa administração encontra desafios. Um deles reside na dificuldade de lhe definir com precisão o seu objeto ou núcleo essencial. Mesmo assim, no âmbito do direito comunitário europeu, a boa administração encontrou acolhida no art. 41º da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia. Antes disso, contudo, já era compreendida como um princípio geral do direito pelas jurisdições do direito comunitário.”⁸⁶

Na tentativa de aclarar tal conceito, Joana Mendes procura, em seu artigo “Boa Administração no Direito da Europa e no Código de Bom Comportamento Administrativo”, explicar a ligação entre o art. 41.º da Carta e o Código de Boa Conduta Joana Mendes⁸⁷ e analisar sua estrutura e suas diferentes facetas, a fim de definir seus contornos.

⁸⁶ CARVALHO, Valter Alves – O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional. [Em linha]. In CONPEDI, 21., Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional, 21., Rio de Janeiro – **Anais [...]**. Rio de Janeiro: UFF, 2012, [p. 312-336] p. 1-25, p. 10. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>.

⁸⁷ MENDES, Joana – Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. [Em linha]. **European University Institute. Working Papers Law**. N.º 9 (2009), p. 1-13, p. 1. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://ssrn.com/abstract=1554907>.

Inicialmente, a autora refere que a boa administração nada mais é do que um conceito complexo e multifacetado. Esse conceito caracteriza um modelo de administração que pretende alcançar, de forma adequada e eficaz, o interesse público, respeitando simultaneamente os direitos e os interesses das pessoas com quem se relaciona; ou seja, a administração deve estar a serviço da comunidade, de uma forma que fomente a confiança e a aceitação de ações administrativas.⁸⁸

Após, a pesquisadora aponta que a definição de boa administração comporta vários níveis interconectados. Na primeira camada, estão as garantias processuais que visam, principalmente, proteger os direitos substantivos das pessoas que lidam com a administração europeia, cuja infração é capaz de dar origem a uma ação judicial, e podem, em última análise, conduzir à anulação do ato impugnado ou a uma indenização por danos. Na segunda camada, verificam-se as regras legais que estruturam o exercício da função administrativa, principalmente por referência aos interesses objetivos de uma aplicação adequada das regras do Tratado e à definição do interesse público (por exemplo, o dever de uma análise cuidadosa e imparcial, na medida em que tem um âmbito mais alargado do que o tratamento dos assuntos pessoais). Essas regras também funcionam como garantias processuais, mas a sua principal função é estruturar o exercício do poder discricionário em conformidade com a correta execução do interesse público em cada caso, e assegurar o controle dos atos da administração. Na terceira camada, estão as regras não legais que definem padrões de conduta destinadas a assegurar o bom funcionamento dos serviços administrativos prestados ao público, assegurando e demonstrando a sua eficiência e qualidade. Tais normas buscam garantir, primeiramente, a eficiência e a qualidade desses serviços.⁸⁹

Essa sistematização, segundo a autora, reflete a distinção entre as funções subjetiva e objetiva das regras procedimentais, isso é, a diferença entre proteção dos direitos substantivos subjetivos e a perseguição ao interesse público.

Nessa mesma perspectiva, Nehl, citado por Elisabetta Lanza, argumenta que a boa administração é, efetivamente, uma noção legal indeterminada, deliberadamente escolhida, mas destinada a compreender um conjunto de diretrizes ou normas procedimentais e substantivas – não necessariamente legalmente executáveis – para a tomada de decisões

⁸⁸ MENDES, Joana – Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. [Em linha]. **European University Institute. Working Papers Law**. N.º 9 (2009), p. 1-13, p. 3. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://ssrn.com/abstract=1554907>.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 4-5.

administrativas.⁹⁰ Acrescenta que é usada para denotar um padrão de prática de qualquer sistema democrático moderno comprometido com o Estado de Direito. Segundo ele, a boa administração deve servir à obtenção de “justiça administrativa”, transparência ou abertura dos processos de tomada de decisão ou à melhoria do relacionamento entre Estados, autoridades e cidadãos.⁹¹

No entendimento de Mário Aroso, para se ter uma boa administração é imprescindível a presença de componentes jurídicos e não jurídicos.⁹²

Ao discorrer sobre o conceito de boa administração, o autor também faz questão de citar que tal conceito comporta elementos jurídicos e não jurídicos; e lembra, dessa forma, que a simples observância de regras e princípios que norteiam a Administração não assegura, por si só, a boa administração. Em nível doutrinário europeu, então, o autor refere que para a boa administração ter um alcance útil, do ponto de vista jurídico, faz-se necessária sua densificação em um conjunto de deveres, a fim de criar condições para a tomada de boas decisões com vistas à obtenção de bons resultados. Contudo, para o autor, existem problemas de má administração que se colocam em outro plano, cuja resolução depende de se ultrapassar as fronteiras do jurídico.⁹³ Complementa o pensamento, aduzindo que “boa administração é dar a mais adequada satisfação às necessidades colectivas e isso passa, nos Estados modernos,

⁹⁰ LANZA, Elisabetta – The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. [Em linha]. **Teoria del Diritto e dello Stato**. Vol. 1-2-3 (2008), p. 479-490, p. 482. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523.

⁹¹ *Ibid.*, loc. cit.

⁹² “Constituem **padrões jurídicos** de boa administração, deduzidos das diferentes Recomendações e Resoluções produzidas, ao longo dos anos, pelo Conselho da Europa, os princípios jurídicos fundamentais que se impõem à Administração nos modernos Estados de Direito, tais como o princípio da igualdade e não discriminação, da neutralidade ou objectividade, da imparcialidade, do respeito pelos direitos de defesa, da proporcionalidade, da protecção da confiança e da boa fé; o direito de tomada de decisão em um prazo razoável; o direito a ser ouvido e participe nos procedimentos administrativos; o dever de fundamentação das decisões administrativas e de indicarem as vias de impugnação utilizáveis e respectivo prazo; o direito à notificação das decisões; o direito de recurso contra as decisões administrativa; o direito à protecção da privacidade dos dados pessoais; o direito à prestação de informações e o direito de acesso aos documentos. “Constituem padrões não jurídicos de boa administração, também deduzidos das Recomendações e Resoluções do Conselho da Europa, a acessibilidade dos serviços públicos, a efectividade – continuidade e flexibilidade dos serviços públicos, produtividade no cumprimento das tarefas administrativas, em conformidade com os objectivos politicamente traçados –, a adequada formação dos agentes públicos, a qualidade da regulamentação produzida pela Administração – do ponto de vista da sua simplicidade, compreensibilidade e permanente actualização –, a manutenção, protecção e preservação dos bens públicos, a simplificação e flexibilização dos procedimentos – designadamente, através da coordenação de diferentes entidades e organismos que neles devam tomar parte (ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In **PROVEDORIA DE JUSTIÇA – O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. p. 13-39, p. 28. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf).

⁹³ *Ibid.*

por muitos campos de intervenção da Administração, que não se consubstanciam necessariamente na prática de atos administrativos”.⁹⁴

Assim, sobre o conceito de boa administração, Mário Aroso afirma:

[...] afigura-nos possível e desejável tentar reconstruir, nessa perspectiva, o conceito de boa administração em novos e mais amplos moldes, como um conceito capaz de abarcar e, ao mesmo tempo de transcender, tanto o conceito de juridicidade (=conformidade ao direito), como os de eficácia e eficiência da Administração. Esta parece ser na verdade, a única maneira de fazer corresponder do modo mais adequado o continente ao conteúdo: acima de todas as regras e de todos os princípios, jurídicos e não jurídicos, a que a Administração deva obediência no desenvolvimento da sua atividade (entre as quais se há-de incluir, portanto, o da eficácia ou da eficiência, com sua identidade própria), está o super conceito de boa administração. A boa administração haverá, pois, de resultar do equilíbrio entre as exigências de uma eficiência economicista e as exigências de juridicidade que são próprias de uma visão constitucionalmente adequada em função de ingredientes democráticos, participativos e axiológicos.⁹⁵

Antes de tratar da boa administração no âmbito americano, importa mencionar a lição de Juli Poné Solé, que, ao diferenciar boa governança, bom governo e boa administração, noções, segundo ela, distintas, aduz que a última se refere ao modo como uma parte do Poder Executivo desenvolve suas tarefas administrativas, sendo os conceitos de má administração e corrupção os seus opostos.⁹⁶

Buscando compreender o que seria boa administração, cita-se a lição do professor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz – redator do projeto da Carta Ibero-Americana dos Direitos e Deveres do Cidadão em relação à Administração Pública. O professor afirma que tal direito traz consigo um repensar do direito administrativo, já que a centralidade do cidadão e sua participação ativa na formação dos interesses gerais perseguidos pelo Estado sugerem novos modelos de gestão pública: “uma boa administração pública é aquela que cumpre as funções que lhes são próprias na democracia. Isto é, uma administração pública que serve objetivamente ao público, que realiza seu trabalho racionalmente, justificando suas ações e que é continuamente orientada para o interesse geral. Um interesse geral que no Estado social

⁹⁴ ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In **PROVEDORIA DE JUSTIÇA – O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. p. 13-39, p. 28. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf, p. 27.

⁹⁵ *Ibid.*, p. 28.

⁹⁶ “El concepto de gobernanza (y de buena gobernanza) hace referencia, como es sabido, a una forma de gobernar más cooperativa en la que la que [sic] actores públicos y privados participan en red en la formulación y aplicación de la política y las políticas públicas de acuerdo con los principios de buena gobernanza [...] El gobierno (y El buen gobierno) se refiere, en nuestra opinión, al modo como una parte del poder ejecutivo desarrolla sus funciones” (PONCE SOLÉ, Juli – Transparencia y derecho a una buena administración. [Em linha]. In CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 20., 13 nov. 2015, Lima – **Anais [...]**. Lima, 2015. p. 1-5 [Consult. 20 jul. 2020]. Disponível em WWW:[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E98CB19203DD3F1705258096005F9F77/\\$FILE/poncejul.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E98CB19203DD3F1705258096005F9F77/$FILE/poncejul.pdf)).

e democrático de Direito reside na melhoria permanente e integral das condições de vida das pessoas”⁹⁷.

A boa administração é um direito que traz consigo um repensar do direito administrativo, já que a centralidade do cidadão e a sua participação ativa na formação dos interesses gerais perseguidos pelo Estado sugerem novos modelos de gestão pública que têm um impacto importante no direito administrativo. Observa Jaime Rodríguez-Arana-Muñoz que a ideia de direito à boa administração se constrói a partir da noção de direito administrativo constitucional, como consequência da projeção do Estado social e democrático de Direito nas relações de poder. O desempenho da atividade administrativa, a se desenvolver em tal ambiente, liga-se de forma inarredável à instrumentalização do bem-comum.⁹⁸

Arana-Muñoz, em sua obra *Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, lança uma série de princípios⁹⁹ que, segundo ele, são corolários do direito à boa administração. Na mesma obra, afirma que tal direito se concretiza em 31 direitos¹⁰⁰ subjetivos de ordem administrativa.

Como se pode notar, o conceito de *boa administração*, a partir da sua incorporação na Carta de Direitos, tem sido objeto de análise e definição. Compreende-se, de

⁹⁷ MUNÔZ, Jaime Rodríguez-Arana – **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 134.

⁹⁸ *Ibid.*, loc. cit.

⁹⁹ “Princípio da juridicidade; princípio do serviço objetivo aos cidadãos; princípio promocional; princípio da racionalidade; princípio da igualdade de trato; princípio da eficiência, princípio da publicidade das normas princípio da segurança jurídica, da previsibilidade e da certeza normativa, princípio da proporcionalidade; princípio do exercício normativo do poder; princípio da imparcialidade e independência; princípio da relevância; princípio da coerência; princípio da boa fé; princípio da confiança legítima; princípio do assessoramento; princípio da responsabilidade; princípio da facilitação; princípio da celeridade; princípio da transparência e acesso à informação de interesse geral; princípio da proteção da intimidade; princípio da ética; princípio do devido processo, princípio da cooperação”.

¹⁰⁰ “Direito à motivação das atuações administrativas; direito a uma resolução administrativa em prazo razoável; direito a uma resolução justa das atuações administrativas, direito a apresentar por escrito ou oralmente petições, de acordo com o que se estabeleça nas normas, nos registros físicos ou informáticos; direito a uma resposta oportuna e eficaz das autoridades administrativas; direito de ser ouvido sempre antes de serem adotadas medidas que lhes possam afetar desfavoravelmente; direito a uma indenização justa no caso de lesões de bens ou direitos como consequência do funcionamento dos serviços de responsabilidade pública; direito a serviços públicos e de interesse geral de qualidade; direito a opinar sobre o funcionamento dos serviços de responsabilidade administrativa; direito a formular alegações em qualquer momento do procedimento administrativo; direito a apresentar queixas, reclamações e recursos perante a Administração; direito a interpor recursos perante a autoridade judicial sem necessidade de esgotar a via administrativa prévia, de acordo com o estabelecido nas leis; direito de acesso aos expedientes administrativos que lhes afetem; direito de acesso à informação de interesse geral; direito a ser informado e assessorado em assuntos de interesse geral; direito a ser tratado com cortesia e cordialidade; direito a conhecer o responsável pela tramitação do procedimento administrativo; direito a conhecer o estado dos procedimentos administrativos que lhes afetem; direito a ser notificado por escrito ou através das novas tecnologias sobre as resoluções que lhes afetem no mais breve prazo de tempo possível, que não excederá cinco dias; direito a participar em associações ou instituições de usuários de serviços públicos ou de interesse geral; direito a atuar nos procedimentos administrativos através de representante; direito de exigir o cumprimento da responsabilidade do pessoal a serviço da Administração Pública e dos particulares que cumpram funções administrativas; dentre outros”.

tudo o que foi exposto, que, no direito comunitário, a boa administração é tratada, em suma, como plexo de direitos e deveres, princípios e regras que devem nortear a atividade administrativa com vistas ao atendimento do interesse público e respeito aos direitos dos cidadãos.

Nos ordenamentos internos, como visto, a boa administração pode ter sentidos e naturezas jurídicas diversas, porém nunca excludentes.

Sobre a afirmação acima, adverte Cerrillo, citado por Ponce Solé, que as formas de densificação material da boa administração tomam contornos e sentidos diversos:

Dado que la configuración del Derecho a una Buena Administración dependerá de cada ordenamiento jurídico concreto (de sus normas constitucionales, en su caso, y de la legislación) es difícil intentar ofrecer un análisis de tal derecho. En todo caso, podemos intentar avanzar algunas cuestiones relevantes. Así, la buena Administración puede tener en un ordenamiento jurídico dado una triple vertiente. De un lado, puede ser un principio general del Derecho, constitucionalizado, integrado por diversos subprincipios (caso de la Constitución española, como veremos). A la vez, puede ser un deber jurídico constitucional, que aparezca, en su caso, como en España y Costa Rica, (implícitamente) como suma de todos los deberes jurídicos derivados de los mencionados principios, configurándose como un auténtico deber jurídico de hacer, con todas las notas típicas aisladas por la doctrina en referencia a los deberes jurídicos. Finalmente, cuando así haya sido reconocido legalmente, será, además, un derecho subjetivo típico o activo, que otorga el poder a su titular para exigir la realización por parte de las Administraciones públicas de aquellas actuaciones incluidas en su contenido, pudiéndose reaccionar jurídicamente contra el incumplimiento de dichas obligaciones jurídicas públicas¹⁰¹.

¹⁰¹ PONCE SOLÉ, Juli – El derecho a buena administración, La discrecionalidad administrativa y La mejora de La gestión pública. [Em linha]. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora**. N.º 2 (2012), p. 305-321. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/revista/arquivos/2012.zip>.

2 DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

2.1 Ato Administrativo vinculado e discricionário

A Administração Pública, como atividade juridicamente condicionada, deve atuar com absoluto respeito aos valores, princípios e regras constitucionais. Contudo, em algumas situações, o legislador impõe amarras estreitas e firmes à atuação administrativa; noutras, concede um espaço de liberdade ao gestor, configurando assim, respectivamente, a vinculação e a discricionariedade administrativa.

A discricionariedade administrativa acompanhou a evolução do papel do Estado e do próprio direito administrativo. Dessa forma, para tornar mais esclarecedor o estudo da atuação discricionária da Administração, faz-se necessária uma remissão histórica ao período do Estado Moderno.

Foi nesse contexto (Estado Moderno), também chamado de Estado de Polícia¹⁰², que se observou uma progressiva submissão do Poder Público às leis, bem como uma proteção dos direitos das pessoas, mesmo que de forma incipiente. Durante esse período, o poder do rei para administrar era quase ilimitado, uma vez que não existia uma divisão de poderes autônomos, estando todas as funções fundidas na pessoa do monarca. O problema central desse modelo era a confusão entre a esfera pública e a privada, devido à personificação que a figura real assumia sobre todo o organismo político. Sobre a discricionariedade, durante esse período, Gustavo Binjenbojm afirma que “a palavra discricionariedade tem sua origem no antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Naquela época, do chamado Estado de Polícia, em que o Governo se confundia integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total. Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema não fazia sentido cogitar de qualquer limite externo a ela”¹⁰³.

Nessa fase, como se vê, o Governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, e a discricionariedade era vista como poder político, sinônimo de arbítrio, próprio das monarquias absolutas. É importante citar a afirmação de John Locke, do final do século XVII, sobre discricionariedade: “muitas questões há que a lei não pode em absoluto prover e que devem ser deixadas à discrição daquele que tenha nas mãos o poder

¹⁰² O termo *polícia* é utilizado no sentido de atividade administrativa.

¹⁰³ BINENBOJM, Gustavo – **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 195-196.

executivo, para serem por ele reguladas, conforme o exijam o bem e a vantagem do público”¹⁰⁴.

A segunda fase do Estado Moderno, o Estado Liberal de Direito¹⁰⁵ teve início com o fim das monarquias absolutistas; foi estruturado sobre os princípios da separação dos poderes, além dos princípios da igualdade e da legalidade, tanto nas relações entre particulares como nas relações entre esses e o Estado.¹⁰⁶

Nesse período, a atuação do Estado era negativa, uma vez que cabia a ele tão somente assegurar os direitos individuais, sem maior atuação ou interferência na sociedade.¹⁰⁷

O princípio da legalidade era traduzido pela ideia de que a administração podia fazer não somente o que a lei expressamente autorizasse, mas também aquilo que ela não proibia.¹⁰⁸

Conforme pondera Di Pietro, como resquício do período anterior, continuou-se a reconhecer uma esfera de atuação livre de vinculação à lei; fora, portanto, do controle judicial.¹⁰⁹

A discricionariedade era, dessa forma, a regra geral de ação administrativa em termos de desempenho com livre autonomia em qualquer âmbito não regulado por lei, agindo no espaço livre deixado por ela.

Di Pietro explica essa concepção da seguinte forma: “ao lado dessa atividade administrativa vista como simples execução legal, havia outra, de livre apreciação, na qual a

¹⁰⁴ LOCKE, John – **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 529.

¹⁰⁵ “O Estado de Direito, em qualquer de suas feições, encontrava-se totalmente assujeitado aos parâmetros da legalidade. Inicialmente submisso aos termos constitucionais, em seguida, aos termos propostos pelas leis, e, por último, adstrito à consonância com os atos normativos inferiores, de qualquer espécie, expedidos pelo Poder Público [...]. Para Mello, se fosse buscar as raízes produtoras da feição própria do Estado de Direito, poder-se-ia encontrar a seguinte matriz: o Estado de Direito é resultante da confluência de duas vertentes de pensamento: o pensamento de Montesquieu e o pensamento de Rousseau. [...] Rousseau que na sua última e derradeira instância se apoia na ideia da igualdade, sustenta a soberania popular. Sendo todos os homens iguais, todo o poder a eles pertenceria. O Estado receberia parcela de poder deferidas pelos vários indivíduos. O pensamento de Montesquieu, acima de tudo pragmático, fundava-se na observação de um fato, por ele afirmado como uma constante indesejada e cuja procedência não admite contestação, isto é: todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. [...] para contê-lo é necessário que aquele que faz as leis nem julgue, nem execute, que aquele que executa, nem julgue e nem faça as leis, e que aquele que julga, nem faça as leis nem as execute” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 11-12)

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8.

¹⁰⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁰⁸ *Ibid.*, p. 14.

¹⁰⁹ *Ibid.*, loc. cit.

Administração Pública atuava isenta de vinculação legal e, portanto, controle judicial. Era a forma como se concebia a discricionariedade nesse período”¹¹⁰.

No que se refere à igualdade, no período liberal, era vista de forma abstrata, ou seja, desconsiderando as desigualdades substanciais existentes no mundo real. Assim, durante o liberalismo, a vedação das discriminações conduzia a flagrantes violações dos direitos fundamentais da pessoa humana.

Após a Segunda Guerra Mundial, consolidou-se o Estado Social, também chamado de Estado do Bem-Estar ou Estado da Providência. A ideia anterior de não intervencionismo, de limitação da atuação do Estado apenas à proteção da liberdade e igualdade, mostrou-se insuficiente face à profunda desigualdade gerada pelo evento.

O princípio da legalidade assumiu novos contornos, com a vinculação total das atividades administrativas e com a permissão de se fazer somente aquilo que a lei determinava. Havia, dessa forma, a vinculação positiva da Administração à lei, conforme observa Di Pietro: “deixou de existir aquela esfera de ação em que a Administração Pública age livremente; a discricionariedade passou a ser vista como um poder jurídico. O anterior princípio de que a Administração pode fazer tudo o que não está proibido foi substituído por aquele segundo o qual ela só pode fazer o que a lei permite. A lei não é mais uma barreira externa, fora da qual a Administração pode atingir livremente; toda a atuação administrativa passou a desenvolver-se dentro de um círculo definido pela lei; fora desse círculo nada é possível fazer”¹¹¹.

Com o fracasso do Estado Social, bastante intervencionista, surge a necessidade de aproximar o Estado da população, de maneira que ela participe do processo político, das decisões de governo e do controle da Administração Pública.¹¹² Essa nova concepção de Estado, isso é, Democrático de Direito, foi adotada, especialmente, pelas Constituições da Alemanha, da Espanha, de Portugal e do Brasil.

Nesse período, com a teoria da separação dos poderes e a distinção entre Governo e Administração, começaram a ser impostos limites às atividades dos órgãos estatais; além disso, começou-se a considerar a atividade de Governo como política e discricionária. Ocorre também, durante esse período, a constitucionalização do direito administrativo, com a previsão expressa dos princípios norteadores da atividade administrativa, os quais expandem a

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 14.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 24.

¹¹² *Ibid.*, loc. cit.

legalidade e restringem a discricionariedade, de modo a permitir ao Judiciário a revisão dos atos que ultrapassem esses limites.

A legalidade, então, é ampliada, abarcando os princípios e os valores consagrados de forma expressa e implícita na Carta Constitucional.

Acompanhando a evolução da legalidade, a discricionariedade também se modificou, uma vez que os limites a serem observados, a partir desse momento, não são apenas os da lei em sentido restrito, mas os da lei e dos princípios norteadores da atividade administrativa.¹¹³

Em suma, o Estado Democrático de Direito se alicerça na legalidade, e a consequência disso é que o mandamento legal, em sentido amplo, conduzirá toda a atividade administrativa.

Essa atividade administrativa, pautada pela legalidade, será desenvolvida através de ferramentas concedidas ao gestor, que, por vezes, não deixa margem de escolha, devendo ele agir tal qual a lei determina; em outras hipóteses, a lei deixa uma margem de liberdade para que o administrador, dentro dos parâmetros legais, possa realizar uma escolha por meio dos critérios de conveniência e oportunidade. Assim, a fim de apreciar os principais assuntos que envolvem esse tema, iniciaremos com algumas definições.

Tradicionalmente, atos vinculados ou regrados são aqueles realizados com estrita observância dos requisitos e das condições previstas em lei, razão pela qual o administrador não possui liberdade para agir, devendo ater-se única e exclusivamente às disposições legais.

Nesses casos, a lei estabelece, diante de uma situação pré-estabelecida, apenas um comportamento ou uma única solução possível ao administrador (unissolucionabilidade), o qual realizará um exercício de subsunção legal.

Na mesma toada, García de Enterría e Tomás Fernandes esclarecem que o exercício do poder vinculado reduz a Administração à constatação do suporte fático legalmente definido de modo completo.¹¹⁴ Para os autores, “há um processo aplicativo da lei que não deixa resquício a juízo nenhum, salvo a constatação ou verificação do suporte fático, exatamente para constatá-lo com o tipo legal”¹¹⁵.

A clássica doutrina brasileira, capitaneada por Meirelles, nesse mesmo sentido, aduz que atos vinculados são “aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições

¹¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 24.

¹¹⁴ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 462.

¹¹⁵ *Ibid.*, loc. cit.

de sua realização”¹¹⁶. O administrador submete-se integralmente aos ditames legais e qualquer desatendimento à norma compromete a eficácia do ato, cuja consequência será a sua anulação.¹¹⁷

Para a doutrina portuguesa, quando a lei indicar os fins, as competências e o conteúdo do ato a ser praticado pela Administração Pública, isto é, quando a lei impuser os meios que a Administração há de usar para atingir o fim público previsto na norma, haverá vinculação.¹¹⁸

De igual forma e ainda mais esclarecedora é a posição de Mello, para quem atos vinculados são: “aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”¹¹⁹.

Verifica-se, assim, que no exercício da competência vinculada não se abre ao administrador público qualquer possibilidade de análise subjetiva acerca da oportunidade e conveniência quanto à prática de determinado ato administrativo, uma vez que sua conduta está integralmente detalhada na norma legal.

Nesse mesmo contexto, García de Enterría e Tomás Fernandes admitem existir valorações na aplicação da lei, mas, efetivamente, negam que essas apreciações sejam subjetivas.¹²⁰ Trata-se, então, como já afirmado, de mera subsunção do fato à norma legal, não sendo lícito ao administrador questionar sobre a justiça ou injustiça do ato praticado. Em outras palavras, não lhe é deferida qualquer possibilidade de valoração em face da conduta a ser praticada.

Ainda, importa frisar, quanto aos atos vinculados, o dever que o administrador tem de motivá-los, a fim de destacar a compatibilidade entre a prática desses atos e as exigências e os requisitos legais tidos como pressupostos necessários de sua existência e validade.

¹¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 191.

¹¹⁷ *Ibid.*, loc. cit.

¹¹⁸ OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 102.

¹¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 424.

¹²⁰ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 462.

Por outro lado, atos discricionários são aqueles que podem ser praticados pela Administração com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

Podemos dizer que, nesses casos, a lei estabelece, diante de determinada situação, mais de uma solução possível (plurissolucionabilidade), todas válidas perante o ordenamento jurídico, cabendo ao gestor público eleger a que traduz maior conveniência e oportunidade ao interesse público.¹²¹

A conveniência e a oportunidade são elementos nucleares da discricionariedade e indicam em que condições vai se conduzir o agente e o momento em que a atividade deve ser produzida.¹²²

Recorrendo à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, encontramos também uma definição para ato discricionário, na qual referem a imprescindibilidade do juízo de conveniência e oportunidade para sua caracterização.¹²³

Sobre esse tema, Freitas do Amaral afirma que, para haver discricionariedade, a lei deve atribuir à Administração o poder de escolha entre várias possibilidades de decisão, quer o campo da escolha seja apenas entre duas decisões opostas, quer entre várias decisões à escolha numa relação disjuntiva.¹²⁴ Ou seja, uma decisão administrativa é discricionária quando é uma de várias abstratamente possíveis e conforme a lei.¹²⁵

O conceito de Bandeira de Mello sobre discricionariedade¹²⁶ é esclarecedor quando refere que “é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger,

¹²¹ “O termo *discricionariedade* remete-nos à ideia de escolha, de fazer algo quando a lei permite fazer outra coisa. Obviamente que essa problemática ocorre no mundo da legalidade administrativa, pois os particulares, nas relações que estabelecem entre si não tomam decisões discricionárias, mas sim decisões arbitrárias suscetíveis de aferição com base em qualquer norma competencial. Os cidadãos movem-se no domínio da licitude, podendo fazer tudo aquilo que a lei não proíbe, sem terem que apresentar qualquer razão justificativa das suas opções. Podem decidir – e decidem muitas vezes e ainda bem – por capricho” (CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.^a ed. Lisboa: Âncora, 2016, p. 85)

¹²² CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 53.

¹²³ “Ato discricionário está fundado em juízo de conveniência e oportunidade do Poder Público, destina-se, a partir de critérios racionais lógicos e impessoais estabelecidos de modo legítimo em norma legal, implementar objetivos estatais nitidamente qualificados pela nota de extrafiscalidade” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Agravo de Instrumento n.º 142.348/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 02 ago. 1994. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJU, 24 mar. 1995).

¹²⁴ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 69.

¹²⁵ CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁶ Para Celso de Mello, a expressão *ato discricionário* é equivocada. O que há é discricionariedade a propósito do exercício de certas competências. A discríção deve ser procurada, em um primeiro momento, na competência, não no ato. Ela pode traduzir-se em concreto no ato. Não há ato discricionário (MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade Administrativa**. [Em linha]. Recife: Faculdade de Direito, 2000.

segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim 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 vertente”¹²⁷.

Quanto ao aspecto subjetivo, García de Enterría e Tomás Fernandes¹²⁸ ensinam que, no exercício do poder discricionário, há a inclusão, no processo de aplicação da lei, de uma apreciação subjetiva da própria Administração.

A interferência de um juízo subjetivo do administrador, segundo Bandeira de Mello, está ligada, isolada ou cumulativamente, às seguintes questões: à determinação ou reconhecimento da situação fática; no que concerne a agir ou não agir; no que se refere à escolha da ocasião azada para fazê-lo; no que diz respeito à forma jurídica por intermédio da qual veiculará o ato, no que respeita à eleição da medida considerada idônea, perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.¹²⁹

Cumpre mencionar, também, a listagem quase exaustiva de Freitas do Amaral sobre os aspectos que podem ser discricionários: o momento da prática do ato; a decisão de praticar ou não um certo ato administrativo; a determinação dos fatos ou interesses relevantes para a decisão; a escolha do conteúdo concreto da decisão a ser tomada; a forma a ser adotada para o ato administrativo; as formalidades que deverão ser observadas na preparação ou na prática do ato administrativo; a fundamentação ou não da decisão; a faculdade de opor ou não no conteúdo do ato administrativo condições, modos e outras cláusulas acessórias.¹³⁰

Não menos importante é a lição de Vieira de Andrade no que se refere à natureza jurídica da discricionariedade. Segundo o citado autor, primeiramente, a discricionariedade é uma concessão legislativa, e não um poder originário da administração; exprime a autonomia do poder administrativo no contexto da separação dos poderes; desempenha um papel positivo, de modo a realizar o interesse público e proteger o direito dos cidadãos; é um espaço funcional e materialmente jurídico, onde a administração deve concretizar a lei, atuando de

[Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Discricionariedade-administrativa.pdf>).

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 48.

¹²⁸ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 462.

¹²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – *op. cit.*, p. 17.

¹³⁰ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 81-82.

acordo com os princípios; e, por fim, é um poder de escolha resultante de uma indeterminação legal, mesmo que seja apenas de avaliação.¹³¹

No que tange aos fundamentos e justificativas da discricionariedade administrativa, a doutrina aponta um critério prático e outro jurídico.

Segundo o critério prático, a discricionariedade evita a alienação dos agentes administrativos, uma vez que é impossível, para o legislador, prever todas as circunstâncias fáticas que ocorrerão. Isso porque os interesses públicos são dinâmicos e o agente público não pode ficar engessado com um roteiro detalhado, porém incompleto, em virtude da gama de circunstâncias que a atividade administrativa oferece.¹³² Resumindo, a discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na “complexidade e na variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei [...] não poderia prever todas as soluções”¹³³. Nessa linha, e complementando a ideia acima exposta, Odete Medauar reitera a necessidade de se conferir margem de maleabilidade à Administração em época de rápidas mudanças, a fim de que se possa apreciar as variadas situações e adotar as medidas mais convenientes e oportunas para preservar o interesse público. Para a autora, “a existência de grandes metrópoles com uma convivência massiva de pessoas, os problemas sociais cada vez mais correntes, bem como o acontecimento de grandes tragédias, assim o exige”¹³⁴.

O critério jurídico baseia-se na teoria da hierarquia das normas de Kelsen, em que a norma de grau superior impõe um limite à norma de grau inferior: “Considerando a ordem

¹³¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 62.

¹³² Nesse sentido, vale mencionar novamente a clara lição do Prof. Celso Antônio Bandeira de Mello: “Se a lei regula vinculadamente a conduta administrativa, está com isto declarando saber qual o comportamento único que, a seu juízo, atenderá com exatidão, nos casos concretos, ao interesse público por ela almejado. Daí que pré-selecionou o ato a ser praticado e o fez obrigatório, excluindo qualquer interferência do administrador na apreciação dos fatos deflagradores da aplicação da norma e qualquer avaliação quanto à providência mais adequada para atender à finalidade legal. Uma vez que, no comum dos casos de discricionariedade, teria sido perfeitamente possível redigir a lei em termos vinculados, tem-se que concluir que a única razão lógica capaz de justificar a outorga de discricção reside em que não se considerou possível fixar, de antemão, qual seria o comportamento administrativo pretendido como imprescindível e reputado capaz de assegurar, em todos os casos, a única solução prestante para atender com perfeição ao interesse público que inspirou a norma. Daí a outorga da discricionariedade para que o administrador – que é quem se defronta com os casos concretos – pudesse, ante a fisionomia própria de cada qual, atinar com a providência apta a satisfazer rigorosamente o intuito legal”. Com efeito, não se pode supor que a lei preveria ora soluções ótimas, ora soluções ruins para as situações concretas. Assim, diante da impossibilidade de prever um único comportamento ótimo para uma dada situação (ou mesmo de antever todas as situações que gerariam um dado comportamento do agente público), optou pela atribuição de discricionariedade (MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 33).

¹³³ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 193.

¹³⁴ MEDAUAR, Odete – **Direito Administrativo Moderno**. 19.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

jurídica vigente no ordenamento jurídico brasileiro, constata-se que, a partir da norma de grau superior – a Constituição –, outras vão sendo editadas, como leis e regulamentos, até chegar ao ato final de aplicação ao caso concreto. Em cada um desses degraus, acrescenta-se um elemento inovador, sem o qual a norma superior não teria condições de ser aplicada. Em cada momento de produção jurídica, tem-se que respeitar os limites impostos pela norma de grau superior. Assim é que a administração pública, ao praticar o ato discricionário, acrescentando um elemento inovador em relação à lei em que se fundamenta, somente agirá lícitamente se respeitar os limites que nesta se contém. Vale dizer que é no próprio ordenamento jurídico que se encontra o fundamento da discricionariedade”¹³⁵.

Também sobre a razão jurídica, Freitas do Amaral expõe que a discricionariedade se fundamenta tanto no princípio da separação dos poderes quanto no Estado Social de Direito, enquanto prestador e constitutivo de deveres positivos para a Administração, de modo que não dispensa, mas, antes disso, este a pressupor, inelutavelmente, uma margem de autonomia jurídica, resultante da abertura de um grau mais denso por parte das normas escritas, de sorte a conferir àquela competência para melhor adequar as decisões às circunstâncias concretas.¹³⁶

Finalmente, podemos diferenciar vinculação e discricionariedade da seguinte forma: “reconhece-se a existência de vinculação quando a regra de direito traça antecipadamente, com rigor absoluto, a conduta única, pré-tipificada; impõe ao administrador, em face de circunstâncias também de antemão expostas, mediante conceitos aferíveis com objetividade absoluta. E que, pelo contrário, existe discricção quando remanesce para o administrador, em face da forma ou maneira com que se regulou determinada matéria, uma possibilidade de interferência com seu juízo subjetivo pessoal quanto à forma de dar satisfação adequada ao interesse público”¹³⁷.

Segundo Antunes, na vinculação “a verificação da hipótese legal implica necessariamente um determinado conteúdo do ato administrativo, o previsto na estatuição

¹³⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 66.

¹³⁶ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 77.

¹³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade Administrativa**. [Em linha]. Recife: Faculdade de Direito, 2000. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Discricionariedade-administrativa.pdf>.

legal”;¹³⁸ na discrição, “a lei deixa em aberto, em maior ou menor medida o conteúdo da estatuição”.¹³⁹

Em que pesem as diferenciações mencionadas, devemos atentar para o fato de que vinculação e discricionariedade não são categorias excludentes. Há de se lembrar que os atos administrativos têm variações graduais; em algumas situações, prepondera uma maior carga de discricionariedade e em outras, de vinculação.¹⁴⁰

Nesse sentido, Vieira de Andrade lembra que, nos quadros tradicionais da legalidade, discricionariedade e vinculação eram conceitos excludentes, de modo que, se houvesse vinculação, não haveria discricionariedade e vice-versa. Atualmente, segundo o citado doutrinador, a discricionariedade será vinculada, pelo menos no que se refere à finalidade legal, e a vinculação será discricionária, por exemplo, quando da aplicação dos conceitos imprecisos.¹⁴¹

Assim, podemos dizer que a vinculação com a qual está comprometido o administrador resta mitigada, pois sempre existirá um resíduo que permanece à sua disposição quando profere um ato administrativo, uma vez que é impossível acessar o significado de um texto, das disposições jurídicas, prescindindo da subjetividade do intérprete.

No mesmo sentido, Amaral entende que não há atos totalmente vinculados e nem totalmente discricionários; quase todos os atos administrativos são simultaneamente vinculados quanto a alguns aspectos e discricionários quanto a outros. Para o autor, os atos administrativos são resultado de uma combinação, em doses variadas, entre o exercício de poderes vinculados e discricionários.¹⁴²

José Figueiredo Dias e Fernanda Paula, nessa linha, reafirmam que em todos os atos administrativos existem momentos de vinculação e de discricionariedade. Segundo os autores, mesmo nos momentos discricionários, as escolhas da administração devem ser pautadas por critérios; designadamente, os que lhes são fornecidos pelos princípios e regras

¹³⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço – **A ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 288.

¹³⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁰ Segundo Caupers; Eiró, vinculação e discricionariedade são dois ingredientes que qualquer decisão administrativa comporta, em proporções variáveis (CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.^a ed. Lisboa: Âncora, 2016, p. 86).

¹⁴¹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 54-55.

¹⁴² Para melhor esclarecer a afirmação, trazemos à baila um exemplo citado por Amaral, em seu *Curso de Direito Administrativo*. Vejamos: “no caso de ato tributário (liquidação do imposto), a vinculação é quase total, mas, mesmo assim, ainda há uma pequena zona em que existe discricionariedade: é que a lei dá, normalmente um prazo à Administração Pública para praticar esses atos, e dentro desse prazo a Administração pode escolher livremente o momento, o dia e a hora, em que pratica o ato. É uma margem mínima de discricionariedade, mas existe” (AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 68-69).

gerais de direito, os quais orientam a atuação na busca da solução mais adequada ao caso concreto.¹⁴³

Para Juarez Freitas, por maior que seja a vinculação do agente, sempre há um espaço, ainda que mínimo, de liberdade, espaço este inarredável da ideia de vinculação jurídica. Outra importante constatação é a de que a ideia de plena vinculação está calcada numa “alta valorização do princípio da legalidade”.¹⁴⁴

Por fim, Andreas Krell, citando Mello, faz uma crítica às expressões *ato vinculado* e *ato discricionário*. Para o autor, tais expressões despertam uma enganosa sugestão de que existe uma antítese radical entre os conceitos, cuja consequência é afastar o Poder Judiciário do exame completo da legalidade de inúmeros atos administrativos, comprometendo a defesa dos direitos individuais.¹⁴⁵

2.2 Legalidade e mérito do Ato Administrativo

Verificar a legalidade de um ato administrativo significa analisar sua compatibilidade com o ordenamento jurídico, ao passo que aferir o mérito significa avaliar a oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

O conceito de mérito administrativo e seus desdobramentos constitui tema importante, pois afigura-se, via de regra, como marco divisório entre as matérias sujeitas e aquelas imunes ao controle judicial. Tal imunidade consolidou-se na doutrina e na jurisprudência, assim como a ideia de que o mérito está presente apenas nos atos discricionários: “O ato discricionário apresenta tanto o aspecto da legalidade quanto o de mérito. O ato vinculado apresenta apenas o de legalidade. O aspecto de legalidade é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. O de mérito não. Só a administração cabe rever e corrigir o ato nesse aspecto, porque, sendo uma apreciação subjetiva sobre o momento de praticá-lo, não há determinação legal nesse sentido, e, portanto, não há como ser aferida essa atuação pelo judiciário”¹⁴⁶.

Relembrando, ao contrário dos atos vinculados, em que todos os seus elementos se encontram previstos em lei – e não há, dessa forma, margem de opção para o gestor

¹⁴³ OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 125.

¹⁴⁴ FREITAS, Juarez – **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais** 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 212.

¹⁴⁵ KRELL, Andreas – **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 23.

¹⁴⁶ BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 105.

público –, os atos discricionários, apesar de terem elementos vinculados, portanto, definidos em lei, têm outros elementos que são deixados à decisão da administração, com maior ou menor liberdade de opção, segundo critérios de oportunidade e conveniência. O aspecto relativo à conveniência e oportunidade caracteriza-se, então, como o mérito do ato administrativo.

No início do século, já definiam mérito como o conteúdo do ato, designativo das qualidades referentes a tal conteúdo.

No Brasil, quem primeiro se dedicou a esse estudo foi Seabra Fagundes, que associava mérito a discricionariedade e vedava o controle desses atos pelo poder judiciário. Para o autor, o mérito relacionava-se com a intimidade do ato, “concernente ao seu valor intrínseco, à sua valorização sob critérios comparativos”¹⁴⁷. Ainda, de acordo com o citado autor, mérito compreendia “à conveniência, à oportunidade, à utilidade intrínseca do ato, à sua justiça, à finalidade, aos princípios da boa gestão, à obtenção dos desígnios genéricos e específicos, inspiradores da atividade estatal”¹⁴⁸. Fagundes destacava também que o mérito do ato administrativo estava no seu conteúdo político, ou seja, era o sentido dele em função das normas de boa administração.¹⁴⁹ Quando a atividade administrativa era vinculada, ponderava o autor que o conteúdo político (mérito) já se encontrava esgotado, uma vez que a medida tomada já teria sido objeto de análise e de solução optativa anteriores pelo legislador.¹⁵⁰

Quanto ao mérito, Celso Antônio esclarece que “é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que administrador segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se dentre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada”¹⁵¹.

A doutrina portuguesa compreende mérito como justiça e conveniência. A ideia de justiça guarda relação com a adequação do ato à necessária harmonia entre interesse público específico, direitos subjetivos e os interesses legalmente protegidos dos particulares

¹⁴⁷ FAGUNDES, Seabra – Conceito de mérito no direito administrativo. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 23 (1951), p. 1-16, p. 2. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>.

¹⁴⁸ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁴⁹ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 7.

¹⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 955.

eventualmente afetados. Conveniência é a adequação desse ato ao interesse público específico.¹⁵²

Antunes, quanto à discricionariedade e o mérito, adverte que, apesar de serem conceitos que se ligam em determinado momento, gozam de certa autonomia. Para o autor, a discricionariedade antecede o mérito, ou seja, ela ocorre no momento do exercício do poder administrativo que deve respeitar as regras procedimentais e os princípios fundamentais. Já o mérito é o resultado desse poder administrativo, isso é, a escolha, adequada ou não, à prossecução do interesse público.¹⁵³ Em suma, o autor refere que o mérito nada mais é do que “o resultado do exercício discricionário, a escolha operada pela Administração, e, assim sendo, sindicável pelo juiz administrativo”¹⁵⁴.

Ocorre que, a partir da metade do século XX, a questão da intangibilidade do mérito do ato administrativo sofreu algumas atenuantes, principalmente em decorrência da criação jurisprudencial do Conselho do Estado Francês. Com substrato nessa fonte jurídica, o direito francês acabou por desenvolver técnicas eficazes de controle da legalidade da administração, as quais viabilizaram a constatação de distorções e abusos cometidos sob o exercício do poder discricionário. A teoria do desvio de poder, por exemplo, exerceu um papel fundamental como mecanismo de contenção dos arbítrios cometidos sob o manto da discricionariedade.

O controle de legalidade evoluiu dando origem a uma nova doutrina, igualmente concebida a partir das decisões do Conselho de Estado francês. Essa nova doutrina preconizava a necessidade da motivação explícita ou implícita do ato, a fim de verificar se o ato fora praticado dentro dos limites legais.

Esses meios de controle da atividade administrativa partem da ideia de que os atos administrativos expedidos pelo Estado devem conformar-se com a lei em sentido estrito, e foram desenvolvidos no período em que se pensava o direito como um sistema de regras positivadas no ordenamento jurídico.¹⁵⁵

Após a Segunda Guerra Mundial, a noção de legalidade adquire novos contornos e dimensões. O positivismo jurídico cede espaço à normatização dos princípios, ou seja, à concretização dos valores aceitos pela sociedade e refletidos na Constituição. Com o

¹⁵² OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 87.

¹⁵³ ANTUNES, Luís Filipe Colaço – **A ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 286.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 327.

¹⁵⁵ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 399-412.

reconhecimento da insuficiência da lei para regular as condutas em sociedade, surge uma nova compreensão do Direito, agora construído a partir de princípios. A legalidade foi ampliada,¹⁵⁶ de modo a abarcar, dessa forma, os princípios constitucionais e os princípios gerais de direito, positivados ou não. “O princípio da legalidade há de ser observado, não no sentido estrito, concebido pelo positivismo jurídico e adotado no chamado Estado legal, mas no sentido amplo que abrange os princípios que estão na base do sistema jurídico vigente, e que permitem falar em Estado de Direito propriamente dito”¹⁵⁷.

Sobre tais afirmações, Colaço Antunes lembra que o mérito será sindicável por violação aos princípios fundamentais que regem a atividade administrativa, especialmente os princípios da igualdade e da proporcionalidade em sentido amplo. Adverte também que uma coisa é legalidade imediata, outra é juridicidade.¹⁵⁸

Assim, podemos afirmar que hoje não basta que o ato praticado pelo administrador seja legal. Para ser válido, ele deve sujeitar-se aos princípios norteadores do ordenamento jurídico, sejam decorrentes implícita ou explicitamente da Constituição: “os princípios gerais do direito são de observância obrigatória pela administração. Se correspondem a valores consagrados no preâmbulo da Constituição ou mesmo decorrerem implícita ou explicitamente de suas normas, o ato administrativo (e também a lei) que os contrarie padecerá de vício de inconstitucionalidade. Se não decorrerem da Constituição, mas de legislação ordinária ou mesmo da teoria geral do direito, ainda assim tem que ser cumpridos pela administração, sob pena de invalidade do ato, corrigível pelo Poder Judiciário”¹⁵⁹.

Sobre a afirmação acima, Di Pietro pondera adiante que, mais correto do que falar que discricionariedade é liberdade de ação limitada pela lei, é dizer que é uma liberdade limitada pelo Direito.

Como consequência do processo de normatização dos princípios, que ocorreu com a inclusão destes nas Constituições Democráticas, houve uma redução do mérito do ato administrativo.

¹⁵⁶ De acordo com Di Pietro, hoje fala-se em legalidade em sentido restrito (para abranger as matérias que exigem lei, como ato legislativo propriamente dito) e legalidade em sentido amplo. Nos dois sentidos, a legalidade limita a ação da Administração Pública. A ampliação da legalidade trouxe como consequência a redução da discricionariedade e a ampliação do controle judicial sob os aspectos que antes eram considerados como mérito (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 259).

¹⁵⁷ *Id.* – **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989, p. 125.

¹⁵⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço – **A ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 287.

¹⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – *op. cit.*, 1989, p. 123.

Sendo este o tema do presente trabalho, importa frisar também que, por muito tempo, sob a égide do Estado legalista, os critérios de boa administração eram considerados extrajurídicos. Esses critérios, desprovidos de caráter jurídico, que influenciavam a decisão do gestor público, ficavam imunes ao controle jurisdicional, porque diziam com o mérito do ato. Ocorre que, atualmente, muitos desses critérios adquiriram valor jurídico ou foram constitucionalizados, ficando o mérito reduzido apenas aos parâmetros não jurídicos de boa administração.

Aponta-se então, quanto aos atos discricionários, dois tipos de testes a que estão submetidos: “teste de legalidade estrita, mediante a verificação da conformidade do ato com o direito positivo, o que se faz inclusive com a aplicação das teorias do desvio de poder e do exame dos motivos determinantes; [...] teste de legalidade ampla, mediante a verificação da compatibilidade do ato com os princípios que informam o ordenamento jurídico”¹⁶⁰.

Diante disso, podemos dizer que o mérito deve ficar adstrito aos critérios não jurídicos do ato, os quais permanecem afastados da apreciação judicial sob pena de macular o princípio da separação dos poderes.

2.3 Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Compreendidas as noções de vinculação, discricionariedade e mérito do ato administrativo, cabe analisar a aplicação dos chamados “conceitos jurídicos indeterminados”, a fim de verificar o âmbito da figura, isto é, a admissibilidade da concessão de poderes discricionários por intermédio de tais conceitos.

Segundo a doutrina, conceitos indeterminados são expressões que não contam com uma exatidão em seu sentido, sendo necessário que o aplicador lhe atribua um significado.¹⁶¹ Em outra formulação, são conceitos “que não permitem comunicações claras quanto ao seu conteúdo, seja por polissemia, vaguidade, ambiguidade, porosidade ou esvaziamento”¹⁶².

¹⁶⁰ CARDOZO, Maria Izabel Andrade – **Discricionariedade e Controle Jurisdicional da Concorrência Pós-Constituição de 1998**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) –Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2005.

¹⁶¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 58.

¹⁶² AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 93.

Eros Grau, citado por Rafael Maffini, observa que os conceitos indeterminados são aqueles “cujos termos são ambíguos ou imprecisos – especialmente imprecisos –, razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique”¹⁶³.

A doutrina portuguesa faz recordar que os temas que envolvem o poder discricionário e os conceitos jurídicos indeterminados são os domínios mais controversos do Direito Administrativo. Trata-se, no caso dos conceitos indeterminados, de expressões “cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos”¹⁶⁴. Os estudiosos ensinam que a indeterminação desses conceitos, que corresponde a uma “lacuna intra-legal”, não se resolve com recurso às ferramentas de metodologia jurídica de interpretação de normas.¹⁶⁵ Abrem-se, nesses casos, ao aplicador da norma, “espaços para fazer apreciações, formular valorações, emitir juízos de valor sobre uma situação, um fato ou qualidade de coisas ou de pessoas”¹⁶⁶.

Podemos referir que essa discussão, que envolve a inserção dos conceitos indeterminados no âmbito da discricionariedade ou da vinculação, remonta o final do século XIX, tendo Bernatzik e Friedrich Tezner elaborado duas teorias antagônicas, conforme cita Krell. O primeiro sustentou que os conceitos abertos teriam que ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, sem a possibilidade de revisão da decisão pelos tribunais. Tezner, ao contrário, exigia um controle objetivo de todos os conceitos normativos (inclusive os vagos) das leis que regiam a relação entre a Administração e os cidadãos.¹⁶⁷

A partir desses posicionamentos foram desenvolvidas as teorias da multivalência e da univocidade. Para a teoria da multivalência, a interpretação e a aplicação dos conceitos legais indeterminados levam a várias opções válidas, cujo campo é o da discricionariedade. Já para a teoria da univocidade, existe apenas uma solução válida em conformidade com a lei, estando os conceitos indeterminados, dessa forma, enquadrados no campo da vinculação.¹⁶⁸

Na Alemanha, inicialmente, predominou a teoria da univocidade, compartilhada pela doutrina de outros países europeus, como a Espanha, onde os professores Eduardo García

¹⁶³ MAFFINI, Rafael – **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 71.

¹⁶⁴ AMARAL, Diogo Freitas – *loc. cit.*, p. 93.

¹⁶⁵ GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 254.

¹⁶⁶ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁶⁷ KRELL, Andreas – **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 29.

¹⁶⁸ Vieira de Andrade, em sua obra *Lições de Direito Administrativo*, lembra que as primeiras posições sobre o âmbito da discricionariedade tendiam a ser bem extremadas. De um lado existia a Teoria do Controle Total, que negava a discricionariedade administrativa na aplicação de conceitos legais indeterminados, e, por outro lado, as Teorias da Discricionariedade, as quais afirmavam que toda a indeterminação legal implicava discricionariedade (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 56).

de Enterría e Tomás Fernandes¹⁶⁹ sustentavam que os conceitos jurídicos indeterminados conduzem a uma unidade de solução justa quando cotejados com as circunstâncias do caso concreto.¹⁷⁰ Para eles, a estrutura do conceito indeterminado poderia ser definida como: um núcleo fixo/ zona de certeza, formado por dados prévios e seguros; uma zona intermediária/ zona de incerteza/ aura do conceito, mais ou menos definida; uma zona de certeza negativa, também segura quanto à exclusão do conceito.¹⁷¹

Atualmente, segundo Viera de Andrade, avultam posições moderadas. Tanto que as teorias da Discrecionariedade passaram a admitir a existência de alguns conceitos indeterminados suscetíveis de controle intrínseco pelo juiz, e as teorias do Controlo Total, da mesma forma, reconhecem muitos conceitos concessores de discrecionariedade na estatuição da norma e na formulação da hipótese legal (*Tatbestand*).¹⁷²

Analisando a doutrina brasileira, ainda encontramos três correntes, no que se refere ao enquadramento dos conceitos indeterminados:¹⁷³ de um lado estão os autores que se filiam à teoria da univocidade e distinguem rigidamente discrecionariedade e conceitos indeterminados, pois, ao empregar esses conceitos fluidos, a Administração realiza um trabalho de interpretação que levará a uma solução válida frente ao caso concreto; de outro lado estão os que consideram que a discrecionariedade reside nos próprios conceitos indeterminados; e, por fim, há a posição mais moderada, dos doutrinadores que defendem que os vocábulos jurídicos plurissignificativos conferem discrecionariedade à Administração, na medida em que tais conceitos atribuem uma certa liberdade a sua apreciação.

Rita Tourinho entende que, ao se deparar com conceitos jurídicos indeterminados, “caberá aprender-lhes o sentido através da operação interpretativa, consistente em mera intelecção da lei, ao contrário da discrecionariedade que permite uma opção administrativa

¹⁶⁹ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 466.

¹⁷⁰ Celso de Mello, citando os referidos autores espanhóis, refere que para eles os conceitos fluidos só apresentam tal característica quando considerados em abstrato. Perante casos concretos sempre se poderia reconhecer se uma situação é ou não “urgente”, se o interesse posto em causa é ou não “relevante”, se existe ou não perigo “grave” e assim por diante (MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discrecionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 22).

¹⁷¹ ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – *op. cit.*, p. 466.

¹⁷² Teoria da defensabilidade (Ule); Teoria dos Fatores (Kellner) e a Teoria da Folga ou Margem de Apreciação (Bachof) (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 57).

¹⁷³ Convém destacar três correntes sobre o tema: 1 - os conceitos jurídicos indeterminados não outorgam discrecionariedade para a administração, pois a ela cabe encontrar a única solução juridicamente válida, por tratar-se de apreciação vinculada, cumprindo ao judiciário emendá-la quando contrária aos fins públicos pretendidos pelo legislador; 2 - a indeterminação do legislador não necessariamente implica em discrecionariedade, visto ser essa indeterminação apenas um dos componentes que concorre para que a ordem jurídica conceda à autoridade administrativa a liberdade de fazer uma apreciação subjetiva diante do caso concreto; 3 - a discrecionariedade reside nos conceitos indeterminados.

volitiva, observando limites normativos”¹⁷⁴. Outro defensor dessa primeira corrente, Hely Lopes Meirelles adverte que a “mera existência dos chamados ‘conceitos jurídicos indeterminados’ ou ‘imprecisos’ [...] não gera discricionariedade, mas necessidade de interpretação do conceito, a ser feita especialmente fundada nos princípios da finalidade e razoabilidade”.¹⁷⁵ Nessa linha de pensamento, José dos Santos Carvalho Filho¹⁷⁶ afirma que conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade situam-se em planos diferentes, pois, enquanto os primeiros se inserem no plano de previsão (plano antecedente) da norma, os discricionários alojam-se na estatuição normativa (plano consequente).

Contribui para esse entendimento, a doutrina de Marcelo Caetano, conforme observa Vieira de Andrade, que optava por uma contraposição radical entre discricionariedade e interpretação de conceitos indeterminados, uma vez que, no primeiro caso, haveria uma escolha de conteúdo entre várias soluções possíveis, todas legítimas perante o direito e, no outro caso, uma vinculação à descoberta de uma única solução correta frente ao direito.¹⁷⁷

De modo totalmente antagônico, alguns autores, como Celso Bandeira de Mello, refutam a tese de que o tema “conceitos jurídicos indeterminados” é estranho para a discricionariedade. Segundo o autor citado, “não há negar incumba à Administração certa discricionariedade, alguma liberdade na concreção dos conceitos jurídicos indeterminados”¹⁷⁸.

Arremata sua tese com os seguintes dizeres: “a apreensão do significado dos conceitos imprecisos é, sem dúvida, um ato de intelecção e ao judiciário assiste praticá-lo para interpretar a lei. As decisões de mérito são indubitavelmente atos volitivos, decididos segundo critérios de conveniência e oportunidade, que traduzem opção dentre dois ou mais comportamentos comportados pela norma a ser aplicada. Daí não se segue, entretanto que só nesta segunda hipótese esteja a Administração a exercer atividade discricionária”¹⁷⁹.

¹⁷⁴ TOURINHO, Rita – A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. N.º 237 (jul./set. 2004), p. 317-326. [Consul. 2 jan. 2020]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44377>.

¹⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 139-140.

¹⁷⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 56.

¹⁷⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 59.

¹⁷⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 23.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 24-25.

Argumento semelhante é o de Afonso Rodrigues Queiró,¹⁸⁰ segundo o qual a norma utiliza-se de dois tipos de conceitos derivados do ser e do dever-ser ao mesmo tempo. Quando o conceito legal, relativo às condições de fato requeridas para o exercício de uma determinada competência é um conceito prático suscetível de uma série mais ou menos determinada de sentidos diferentes entre si, estamos no domínio da competência discricionária dos órgãos administrativos. Essas condições de fato podem ser, é claro, apenas implicitamente exigidas, e não expressamente, pela lei. Quando essas condições, pelo contrário, são enunciadas em conceitos teóricos, então incumbe ao órgão administrativo determinar exatamente o conceito e os fatos; e só quando a subsunção dos fatos ao conceito legal for precisa, ele deverá agir: a sua competência está vinculada à verificação no domínio da realidade natural de um fato, cujos contornos são exatamente os delineados implícita ou explicitamente nesse conceito.

Na mesma linha, Andreas Krell afirma que “parece mais coerente, entretanto, ver o uso dos conceitos jurídicos indeterminados bem como a concessão de discricionariedade como manifestações comuns da técnica legislativa de abertura de normas jurídicas, carecedoras de complementação. Na verdade, conceitos indeterminados e discricionariedade são fenômenos interligados, visto que, muitas vezes, o órgão administrativo deve lançar mão desta para poder preencher aqueles”¹⁸¹.

A partir dessa posição, verifica-se que o problema da discricionariedade é um problema de interpretação. Se, quando terminado o processo de interpretação jurídica dos conceitos indeterminados ainda não for possível retirar uma única solução para o caso concreto, mas sim duas ou mais hipóteses viáveis, a escolha será feita pela administração que, segundo Queiró, é verdadeira discricionariedade administrativa.

A última corrente, capitaneada no Brasil por Di Pietro e Odete Medauar, defende que os conceitos jurídicos indeterminados podem culminar ora em atribuição de competência vinculada, ora em discricionária. Odete Medauar lembra que tanto o direito público como o privado sempre se valeram de expressões amplas sem que isso significasse discricionariedade. Porém assevera que, se em uma situação houver a possibilidade de enquadramento do caso concreto, existirá apenas uma solução justa, afastando-se a discricionariedade. Por outro lado, se em determinada situação a fórmula ampla do texto legal admitir certa margem de escolha,

¹⁸⁰ QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. Vol. 6 (1946), p. 41-78. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>.

¹⁸¹ KRELL, Andreas – **Discricionariedade Administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 35.

estaremos diante de discricionariedade. Corroborando com esse entendimento, mas complementando com uma divisão dos conceitos jurídicos em técnicos, de experiência e de valor, Di Pietro leciona que, enquanto os conceitos técnicos científicos e os conceitos empíricos e de experiência demandam atuação vinculada da Administração, pois não admitem solução alternativa, os conceitos de valor podem admiti-la, embora não signifiquem uma liberdade total isenta de qualquer limite.¹⁸²

Orientação teórica semelhante a que foi destacada acima é a de Freitas do Amaral, que demonstrou, ao longo dos anos, variação em seu pensamento, evidenciando sensíveis diferenças nas conclusões a que chega quanto à questão dos conceitos indeterminados. Inicialmente, o autor sustentava que tais conceitos eram realidades totalmente distintas, uma vez que a interpretação da lei nada mais é do que a tentativa de descobrir a vontade do legislador e, por esse motivo, à Administração estaria vinculada. Hoje, o autor realiza uma reflexão mais moderada, argumentando que os conceitos indeterminados tem feições diferentes, de modo que alguns são claramente instrumento de que se serve a lei para atribuir discricionariedade à administração.¹⁸³ Distingue, então, duas situações: de um lado, os conceitos indeterminados, cuja concretização envolve apenas operações de interpretação da lei e de sua subsunção; de outro lado, a situação daqueles conceitos indeterminados, cuja concretização apela para preenchimentos valorativos. O autor ainda distingue: conceitos que não exigem do órgão uma valoração pessoal, mas sim objetiva, e as hipóteses em que o legislador remete à Administração a competência de fazer um juízo, baseado na sua experiência e nas suas convicções, que não é determinado, mas apenas enquadrado por critérios jurídicos. Essa última, segundo o autor, é exercício puro de poder discricionário.¹⁸⁴

Ainda sobre o tema, importa trazer à baila a posição esclarecedora de Pedro Costa Gonçalves, que afirma que alguns conceitos indeterminados podem conferir discricionariedade ao agente administrativo (discricionariedade de apreciação).¹⁸⁵ O autor apresenta, em sua obra, um método a ser aplicado para verificar se determinado conceito impreciso confere discricionariedade. Para ele, as seguintes situações garantem ao administrador a prerrogativa de apreciação: experiências e apreciações que se possam

¹⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 30.^a ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 256-257.

¹⁸³ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 95.

¹⁸⁴ *Ibid.*, loc. cit.

¹⁸⁵ O autor refere que a expressão *pode* significar que não necessariamente a utilização de conceitos indeterminados devolve à Administração a última palavra quanto a sua aplicação. A discricionariedade administrativa exige que se possa retirar da norma legal uma intencionalidade de abertura para uma valoração própria da Administração (GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 256).

considerar próprias da Administração (juízos administrativos); conceitos indeterminados intrinsecamente associados à descrição do núcleo do tipo das competências de uma autoridade administrativa (juízos de prognose ou avaliação); conceitos que remetem a um saber específico da Administração, ou seja, sua perícia, sua *expertise* e sua competência técnica; avaliações técnicas especializadas, incluindo a generalidade dos exames e provas académicas, bem como a avaliação de propostas ou de pessoas em concursos; decisões estratégicas ou técnicas que obriguem à ponderação de interesses complexos e que devem basear-se em juízos prospectivos, estimativas ou projeções; e decisões administrativas com impacto político.¹⁸⁶ Vieira de Andrade acresce a esse rol as decisões estruturais da administração de carácter organizativo, designadamente aquelas relativas aos serviços de contacto directo com os cidadãos.¹⁸⁷

Observa-se que, em todos esses casos, a norma deixa um espaço de valoração própria da Administração, que se manifesta pela decisão do gestor.

Por fim, Pedro Costa Gonçalves reitera que nem todos os conceitos indeterminados remetem a um juízo de apreciação, a uma abertura discricionária. Segundo ele, a indeterminação deve ser o corolário da intenção legislativa. Nesse contexto, faz referência às valorações de natureza jurídica, as quais não cabe à Administração decidir em última instância.¹⁸⁸ Nos mesmos termos, segundo o autor, os conceitos como *boa-fé*, *moral*, *moralidade*¹⁸⁹ e, incluímos, com a devida vênia, *boa administração*, convocam a uma valoração para a qual a Administração não está autorizada a decidir definitivamente.

A partir desses ensinamentos, propõe-se, então, a utilização de um conceito amplo de discricionariedade, desenvolvido pelo professor Vieira de Andrade: “um espaço de avaliação e decisão próprio, da responsabilidade (autoria) da Administração, decorrente de uma indeterminação legal (conceitual ou estrutural) e sujeito a um controlo atenuado (fiscalização) pelo juiz, englobando: a) as faculdades (directas) de acção, em regra indicadas pelo elemento deontico permissivo (“pode”); b) os espaços de apreciação na aplicação de conceitos imprecisos de tipo; c) as prerrogativas administrativas de avaliação (por vezes designadas, de forma hoje inconveniente, como justiça administrativa) [...]”¹⁹⁰.

¹⁸⁶ GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 256.

¹⁸⁷ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018, p. 58.

¹⁸⁸ GONÇALVES, Pedro Costa – *op. cit.*, p. 259.

¹⁸⁹ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁹⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – *op. cit.*, p. 60.

2.4 Limites à discricionariedade

Conforme visto e, em termos gerais, a atividade discricionária confere ao administrador, frente a uma situação fática, a possibilidade de eleger a opção mais conveniente e oportuna para o interesse público. Também verificamos que o administrador, no exercício das suas funções, deve, necessariamente, atuar não apenas de acordo com a norma jurídica posta, mas em conformidade com todo o ordenamento jurídico. Dessa forma, podemos afirmar que o exercício da atividade discricionária, previamente estabelecido pela norma jurídica, está circunscrito a vários limites que, se não observados conduzem à arbitrariedade. Assim, passaremos a analisar os limites à discricionariedade e seus desdobramentos.

Preliminarmente, Bandeira de Mello, ao tratar dos limites ao exercício discricionário, preleciona: “não há como conceber nem como aprender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro [...]”.¹⁹¹

Carvalho Filho lembra que a “moderna doutrina, sem exceção, tem consagrado limites ao poder discricionário, de forma a possibilitar um maior controle do judiciário sobre os atos que dele derivem”¹⁹². O autor arremata, ao tratar de discricionariedade, que “um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa [...] e a verificação dos motivos inspiradores da conduta”¹⁹³.

Quanto ao primeiro fator, isto é, a necessária adequação da conduta do agente à finalidade expressa na lei, faz-se referência à Teoria do Desvio de Poder, que “ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a norma fixou”¹⁹⁴. Tal teoria consiste, sobretudo, no “manejo de um plexo de poderes procedido de molde a atingir um resultado diverso daquele em vista do qual está outorgada a competência”¹⁹⁵. André de Laubadère, citado por Carvalho Filho, afirma que “a finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse

¹⁹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 963.

¹⁹² CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 54.

¹⁹³ *Ibid.*, *loc. cit.*

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 261.

¹⁹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57.

fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima”¹⁹⁶. Questão importante a ser enfrentada, antes de seguir adiante, é a que diz respeito à natureza do desvio de poder, uma vez que, para alguns doutrinadores, trata-se de vício de legalidade e, para outros, relaciona-se com moralidade administrativa. Dinorá Adelaide Musetti Grotti lembra que, inicialmente, a tese do desvio de poder submetia a administração a um controle de moralidade. Afonso Rodrigues Queiró defende uma dupla natureza jurídica: objetiva e subjetiva. Para o autor, a objetiva estaria situada no domínio da ilegalidade, relacionando-se com a incompetência. Bastaria, então, demonstrar que o ato não buscou o interesse público que a norma previa. A natureza subjetiva estaria relacionada à imoralidade e, conseqüentemente à discricionariedade, à intenção do agente e ao seu comportamento.¹⁹⁷

Ao realizar uma abordagem sobre o mérito do ato e o desvio de poder, Bandeira de Mello lista algumas situações que exorbitam à esfera discricionária para invadir um setor proibido. É o que se passa nos seguintes casos: “a) contaminados por intuitos pessoais [...]; b) correspondentes a outra regra de competência, distinta da exercida [...]; c) que revelam opção desarrazoada [...]; d) que exprimem medidas incoerentes [...]; e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos”¹⁹⁸.

Já quanto à “necessária verificação dos motivos inspiradores da conduta”, é necessário abordar a Teoria dos Motivos Determinantes¹⁹⁹ que, segundo Di Pietro, fundamenta-se no fato de que “quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros”²⁰⁰. Essa teoria, cujas bases estão assentadas no Direito francês, “baseia-se no princípio de que o motivo do ato deve sempre guardar compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da

¹⁹⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 51.

¹⁹⁷ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti – O desvio de Poder em Atos Administrativos. In MARQUES NETO Floriano de Azevedo; ALMEIDA Fernando Dias Menezes de; NOHARA Irene Patrícia; MARRARA Thiago (Orgs.) – **Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 795-821, p. 803.

¹⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 83.

¹⁹⁹ A jurisprudência brasileira aplica a Teoria dos Motivos Determinantes de forma pacífica. Ementa: “ADMINISTRATIVO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL. PROMOTORA. AFASTAMENTO PARA A REALIZAÇÃO DE CURSOS NO EXTERIOR. PRAZO. PRORROGAÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 75/93. ATO ADMINISTRATIVO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. [...] Ao motivar o ato administrativo, o Administrador ficou vinculado aos motivos ali expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tem aí a denominada teoria dos motivos determinantes, que preconiza a vinculação da Administração aos motivos ou pressupostos que serviram de fundamento ao ato. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 1.065/DF**. Relator: Ministro Vicente Leal. Julgamento: 29 jun. 1999. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJ, 04 mar. 2002).

²⁰⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 261.

vontade”²⁰¹. Correta a lição de Hely Lopes Meirelles quando refere que “tais motivos determinam e justificam a realização do ato e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade”²⁰². Dessarte, se o administrador público se afasta dos motivos expressos que fundaram a prática do ato, incorre em ilegalidade.

Quanto ao rol de limites, a literatura jurídica brasileira ainda não chegou à unanimidade. Além das duas teorias citadas, Di Pietro acrescenta os princípios constitucionais, especialmente o da moralidade administrativa e o da razoabilidade; e Moreira Neto indica os parâmetros da realidade e da razoabilidade como limites à discricionariedade administrativa. Já Bandeira de Mello, além de mencionar o desvio de poder, refere também, dentre os limites, a motivação.

Amaral indica duas formas diferentes de se estabelecer limites à discricionariedade: os primeiros seriam os limites legais, ou seja, os que decorrem da própria lei que conferirá ou não o poder discricionário à Administração, bem como os princípios constitucionais insculpidos no art. 266.º, n.º 1, da CRP, regentes da atividade administrativa. Os segundos seriam os limites de autovinculação, ou seja, a normatização que a Administração impôs a si mesma.^{203,204} No que se refere a essa última forma de limite, complementa que, “se a Administração faz normas que não tinha a obrigação de fazer, mas fez, então deve obediência a essas normas, e se as violar comete ilegalidade”²⁰⁵.

Diante disso, passaremos a enfrentar os demais limites consagrados e citados pelos autores. A moralidade administrativa, referida no início deste estudo, está intimamente ligada aos conceitos de probidade, honestidade e de interesse público. Ela serve para impedir que os administradores se desviem das finalidades do Estado de Direito, empregando seus poderes públicos no intuito de se afastar das vontades estatais democraticamente legitimadas. Com a consagração da moralidade, acrescentou-se um elemento finalístico na análise da legalidade, ou seja, o de que o cumprimento da norma jurídica somente será válido quando vinculado aos valores em que tal norma se funda. Dessa forma, não basta que o ato seja legal para ser válido, ele também deve ser moral.

²⁰¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 122.

²⁰² MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 223.

²⁰³ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 83-86.

²⁰⁴ Quanto à autovinculação, Amaral adverte que a doutrina e a jurisprudência têm entendido que a Administração, embora tivesse nos termos da lei um poder discricionário, decidiu autovincular-se, e a autovinculação a que ela se submeteu obrigou-a (*ibid.*, p. 84).

²⁰⁵ *Ibid.*

No âmbito da discricionariedade, segundo Di Pietro, é que encontramos campo fértil para atos imorais, pois é neles que o administrador encontra liberdade de ação. Nesse sentido, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, citado por Di Pietro, realça a presença da moralidade administrativa no exercício discricionário: “há e não pode deixar de haver no exercício da discricionariedade, um juízo de valor imanente da ordem jurídica. Um juízo de função social e moral em seu melhor sentido normativo. Sensível ao fato da lei, ponderado entre o direito formado e a realidade, traduzido numa expressão, não de antinomias flagrantes, mas de harmonia entre a ação administrativa e o objeto do ato administrativo”²⁰⁶.

Assim, toda vez que se verificar que, apesar de ser legal, a conduta do administrador ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, etc., haverá ofensa ao princípio da moralidade, devendo ser o ato declarado inválido.²⁰⁷

Importa referir que não caberá ao magistrado, ao analisar um ato, substituir os valores do administrador público pelos seus, se ambos forem admissíveis na sociedade como válidos; poderá invalidar o ato somente se, pelos padrões do homem comum, o ato atentar manifestamente contra a moralidade.²⁰⁸

A razoabilidade incorpora-se ao direito administrativo como mais uma forma de limitar a discricionariedade, ampliando o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

Segundo Moreira Neto, sob o manto da razoabilidade, a aplicação discricionária da norma jurídica “não pode conduzir a resultados que ignorem, desconsiderem ou traiam os interesses públicos a que devam atender”,²⁰⁹ tendo em vista que, à luz de tal princípio, “a discricionariedade ganha sua justificação teleológica”²¹⁰, consistente no dever legal de boa administração.

Em seguida, destaca o autor: “A razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite a discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida”²¹¹.

²⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 109.

²⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁸ *Ibid.*

²⁰⁹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Legitimidade e discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 39.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ *Ibid.*, p. 40.

Segundo Gordilho, citado por Di Pietro, “a decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é ‘irrazoável’”, podendo, segundo ele, ocorrer, principalmente, quando: “não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentam; não leva em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e os fins que deseja alcançar [...]”²¹².

Quanto ao princípio da realidade, outro limitador citado por Moreira Neto, “o direito volta-se à disciplina da convivência real entre os homens e todos os seus atos partem do pressuposto de que os fatos que sustentam suas normas e demarcam seus objetivos são verdadeiros”²¹³. Adverte ainda que “o Direito Público, ramo voltado à disciplina da satisfação dos interesses públicos, tem, na inverdade e na impossibilidade, rigorosos limites à discricionariedade. Com efeito, um ato do Poder Público que esteja lastreado no inexistente, no falso, no equivocado, no impreciso e no duvidoso não está, por certo, seguramente voltado à satisfação de um interesse público; da mesma forma, o ato do Poder Público que se destine à realização de um resultado fático inalcançável não visa a satisfazer a um interesse público”²¹⁴.

Assim, sob o enfoque da realidade, “é necessário que o motivo exista e seja suficiente para dar ensejo à prática do ato”²¹⁵, ao passo que, “sob o enfoque da razoabilidade, é necessário que a oportunidade se apresente como aquela adequada, compatível e proporcional com o objeto em tese visado”²¹⁶.

Em se tratando do princípio da realidade, é necessário que o objeto seja possível e, do princípio da razoabilidade, que ele esteja em conformidade com a satisfação da finalidade legal, pelo menos em aceitável grau de eficiência.

A motivação citada por Bandeira de Mello é considerada essencial para limitar a discricionariedade administrativa e, em consequência, ampliar o controle externo exercido pelos demais poderes.

Tal princípio, segundo Di Pietro, já está consagrado pela doutrina e pela jurisprudência e sua obrigatoriedade se justifica tanto nos atos vinculados como nos

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 111.

²¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Legitimidade e discricionariedade: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 37.

²¹⁴ *Ibid.*, loc. cit.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 43.

²¹⁶ *Ibid.*

discricionários,²¹⁷ pois ambos estão abrangidos pela órbita legal. A diferença se baseia no fato de que o ato vinculado deve seguir a norma expressa, e o ato discricionário, os princípios que regem a Administração Pública.

O princípio da motivação consiste, então, na exigência de que a Administração indique os fundamentos de fato e de direito que embasam as suas decisões.²¹⁸ Dessa forma, a motivação pode ser conceituada como “uma declaração que reúne todas as (quaisquer) razões que o autor assuma como determinantes da decisão, sejam da decisão, sejam as que expressem uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam as que visem explicar o conteúdo escolhido a partir dessa adesão ao fim, manifestando a composição dos interesses considerados para adoptar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso”²¹⁹.

Essa ideia de que a Administração deve expor de forma fundamentada, transparente e inteligível as razões de fato e de direito que embasam sua atuação é corolário da necessidade de visibilidade do poder para fins de controle.

É interessante a lição de Juarez Freitas quando afirma que o administrador, ao motivar seu ato discricionário, tem que demonstrar que realizou a escolha mais adequada dentre as opções legalmente oferecidas, possibilitando o controle pelo próprio Poder Público e pelo Judiciário. Isso ocorre porque, mesmo no caso de atos discricionários, o administrador “jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema, ainda que sua atuação guarde – eis aí o ponto focal – uma menor subordinação à legalidade estrita”²²⁰.

A motivação torna-se, dessa forma, uma prestação de contas do administrador aos seus administrados. Além disso, mostra-se indispensável para o descobrimento de indícios de irrazoabilidade, desproporcionalidade e desvio de poder.

Salienta-se que na ausência de motivação do ato sequer será possível precisar se existiram os motivos, muito menos reconhecer se havia razões aptas ou juridicamente idôneas para justificar o motivo fático diante da finalidade legal, quando a providência tomada ou praticada “haja sido expedida no exercício de alguma discricção”.

Registra-se também o elenco delimites, denominados parâmetros à discricionariedade administrativa, citado por Odete Medauar: “parâmetros decorrentes da

²¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. 30.^a ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 113.

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **O dever de fundamentação expressa dos atos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 22.

²²⁰ FREITAS, Juarez – **Estudos de Direito Administrativo**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 138.

observância da Constituição, da lei, dos princípios constitucionais da Administração, outros princípio de direito administrativo e princípios gerais de direito; tipo de interesse público a atender estabelecido direta [...] ou indiretamente pela norma de regulamentação do órgão; normas de competência [...]; consideração dos fatos tal como a realidade os exterioriza [...]; associada ao parâmetro anterior, encontra-se também a motivação das decisões [...]; o poder discricionário deve observar as normas processuais e procedimentais, quando pertinentes à atuação, tais como: contraditório e ampla defesa [...]; garantias organizacionais; preceitos referentes à forma, ou seja, ao modo de exteriorização das decisões administrativas”²²¹.

Não podemos esquecer a classificação operada por Pazzaglini Filho sobre a existência de fatores restritivos externos – a norma jurídica – e internos – os princípios constitucionais expressos e implícitos. Assim, para o autor, são limites expressos os princípios constitucionais da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, da igualdade, da supremacia do interesse público sobre o interesse particular e da probidade administrativa. De outro lado, são limitadores implícitos os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da boa-fé e da lealdade, todos eles dando conteúdo ao primado da legalidade.²²²

Nessa linha, com algumas diferenças pontuais, a doutrina portuguesa aponta limitadores externos e internos, uma vez que a atividade discricionária se situa no plano da legalidade e do direito. O limitador externo seria “o vínculo posto pela lei, isto é, o interesse primário”²²³, cuja violação “consiste na inobservância ou na incorreta interpretação da norma jurídica”²²⁴. O que se quer dizer é que é a finalidade da norma, e não a vontade do administrador, que direciona a atuação da Administração. Essa finalidade prevista em uma regra jurídica será sempre uma finalidade pública de interesse coletivo.

No que tange ao limitador interno, muito próximo da classificação mencionada no parágrafo anterior, constitui-se “pelos direitos fundamentais e pelos princípios jurídicos fundamentais que regem a atividade administrativa, em particular a proibição do excesso”²²⁵.

Observa-se, por fim, que esses limites é que darão a tônica do controle jurisdicional da discricionariedade administrativa, fixando parâmetros legitimadores da intromissão do judiciário na atuação administrativa.

²²¹ MEDAUAR, Odete – **Direito Administrativo Moderno**. 19.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 138.

²²² PAZZAGLINI FILHO, Marino – **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do Controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 2000, p. 102-103.

²²³ *Ibid.*, p. 289.

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ ANTUNES, Luís Filipe Colaço – **A ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 289.

3 A BOA ADMINISTRAÇÃO E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

3.1 A Discricionariedade e os Direitos Fundamentais

A elevação do significado da Constituição²²⁶ acabou por modificar a ordem das fontes do direito administrativo, de modo que a lei foi substituída, como fonte principal, pela Constituição, que passou, dessa forma, a figurar como norma diretamente habilitadora de toda a atividade administrativa.²²⁷

Vale lembrar que a Constituição Portuguesa de 1976 trouxe em seu bojo diversas disposições materialmente classificáveis como normas de direito administrativo, tornando-se, portanto, um instrumento de progresso do sistema de garantias do administrador. Além disso, o art. 266.º, n.º 2, previu que os órgãos e agentes públicos estão subordinados à lei e à Constituição, e, na parte que dispõe sobre os direitos fundamentais, o art.º 16 prescreveu que tais direitos consagrados na Constituição não excluem outros, constantes das leis e regras de direito internacional.

No Brasil, a constitucionalização do direito administrativo, sob certo aspecto, acentuou-se, como já referido no primeiro capítulo, com a Carta de 1988, que discorreu amplamente sobre a administração pública, elencando, de forma expressa, os princípios setoriais do direito administrativo e ampliando sobremaneira as normas que versam sobre servidores, de tal forma que é possível se deparar, no Capítulo VII do Título III, com um verdadeiro estatuto dos agentes públicos.

Observa-se, assim, uma vinculação direta e imediata da atividade administrativa às aludidas Constituições, independentemente da conformação legislativa.

Sobre o assunto, Binenbojm esclarece que a Constituição não se presta apenas como norma direta e imediatamente habilitadora de competências administrativas, mas também serve de critério imediato da decisão administrativa.²²⁸ Adverte o autor, ainda, sobre essa última afirmativa, que a constitucionalização do direito administrativo acabou por limitar

²²⁶ Segundo Barroso, três conjuntos de circunstâncias devem ser considerados no âmbito da constitucionalização do direito administrativo: a) a existência de uma vasta quantidade de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; b) sequência de transformações sofridas pelo Estado brasileiro nos últimos anos; c) a influência dos princípios constitucionais sobre as categorias do direito administrativo (BARROSO, Luis Roberto – Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. N.º 240 (2005), p. 1-42. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>).

²²⁷ BINENBOJM, Gustavo – **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 130.

²²⁸ *Ibid.*, p. 131.

os espaços discricionários do administrador, pois, agora, além de pautar sua conduta na finalidade legal, está obrigado a observar os fins constitucionais.²²⁹

Dessa forma, a opção administrativa fica totalmente vinculada à concretização prioritária e prevalente dos interesses definidos na Constituição, pois esses são tarefas fundamentais do Estado, servindo, tal instrumento, de referencial normativo imediato da atuação administrativa e critério aferidor da respectiva validade.²³⁰

Sobre o tema, Barroso tece o seguinte raciocínio: “Supera-se aqui, a ideia restrita de vinculação positiva do administrador à lei, na leitura convencional do princípio da legalidade, pela qual sua atuação estava pautada por aquilo que o legislador determinasse ou autorizasse. O administrador pode e deve atuar tendo como fundamento direto a Constituição e independentemente, em muitos casos, de qualquer manifestação do legislador ordinário. O princípio da legalidade transmuta-se em princípio da constitucionalidade ou, talvez mais propriamente em princípio da juridicidade, compreendendo sua subordinação à Constituição e a lei, nessa ordem”²³¹.

Importa advertir que não se está aqui excluindo, como parâmetro de validade da atividade administrativa, a regulamentação dada pelo legislador por meio da lei ou das demais espécies normativas²³²; está-se, na verdade, salientando que, com a elevação da Constituição a parâmetro de validade formal e material de todos os atos e normas que compõem o ordenamento jurídico, a legalidade passa a corresponder, em primeiro grau, à compatibilidade dos atos da Administração com a Constituição.²³³

Como se depreende, a constitucionalização do direito administrativo representa a substituição do parâmetro de juridicidade^{234,235}, ou seja, da reserva vertical da lei, pela reserva

²²⁹ BINENBOJM, Gustavo – **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018.

²³⁰ OTERO, Paulo – **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 740.

²³¹ BARROSO, Luís Roberto – Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. N.º 240 (2005), p. 1-42. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>.

²³² “Corresponderia em último grau, a concessão ao agente administrativo de uma ampliação de sua margem de discricionariedade, de modo a ensejar sob a falsa alegação de aplicação da Constituição, uma burla à obrigatoriedade da lei, com fundamento em eventual desinteresse político na realização do interesse público nela colimado, afetando, por conseguinte, a segurança jurídica, advinda do caráter geral, abstrato e obrigatório da lei, ao assegurar a previsibilidade das condutas e estabilidade das relações sociais” (OTERO, Paulo – *op. cit.*, p. 735).

²³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 836.

²³⁴ Sobre a juridicidade, José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula de Oliveira aduzem que o Direito não mais pode ser concebido como mera legalidade, pois também é constituído por princípios jurídicos fundamentais, pela Constituição, por princípios gerais do direito administrativo, por atos da administração e, diante da ordem global instituída, pelo Direito Internacional (Tratados, Convenções e normas provenientes de

vertical da Constituição; de maneira que esta passa a ser o fundamento primeiro da atividade administrativa, e não o último, verticalizada após a compatibilidade com decreto, regulamento, portaria ou demais, que o ensejou.²³⁶

Essa mudança de paradigma traz como consequência o aumento da margem de vinculação dos atos discricionários à juridicidade, acarretando uma similaridade entre o binômio discricionariedade/vinculação, de modo que a diferença, segundo a doutrina, encontra-se apenas no grau de vinculação.²³⁷

Assim, a vinculação da Administração não circunscreve à lei formal, mas a esse bloco de legalidade (o ordenamento jurídico como um todo sistêmico)²³⁸, onde os atos vinculados ficam amarrados à letra da lei, e os atos discricionários, por sua vez, estão vinculados aos princípios.

Segundo Binenbojm, “A discricionariedade significa que a Administração pode escolher entre alternativas diferentes, todas elas conforme o direito; todavia, em um determinado caso, ele pode deparar-se com a redução de sua possibilidade de escolha a uma alternativa, se todas as outras resultarem vedadas por incidência dos princípios”.²³⁹

Organizações Internacionais) (OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 139).

²³⁵ Além do regime jurídico do ordenamento pátrio, com a intensificação do fenômeno da integração, a Administração Pública também se submete às normas dos organismos internacionais, as jurisprudências dos entes jurisdicionais supranacionais e os tratados multilaterais (SUNDFELD, Carlos Ari – A Administração Pública na era do direito global. **Revista diálogo jurídico**. Ano I, Vol. I, n.º 2 (maio 2001), p. 1-7)

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 836.

²³⁷ Binenbojm propõe uma superação do binômio vinculação/discricionariedade pela teoria dos estágios da vinculação do ato administrativo, cuja classificação se dá por graus de vinculação à juridicidade, vejamos: a) atos vinculados por regras (constitucionais, legais, regulamentares; b) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados (constitucionais, legais ou regulamentares); **c) atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais e regulamentares), que na classificação tradicional corresponderiam aos atos discricionários** (BINENBOJM, Gustavo – **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018, p. 110).

João Caupers e Vera Eiró também afirmam que qualquer decisão administrativa comporta o exercício de poderes vinculados e discricionários. Para eles discricionariedade e vinculação são “ingredientes” que qualquer decisão administrativa comporta, em proporções variáveis. Assim, distinguem dois tipos de vinculação: a) as vinculações absolutas, estabelecidas de forma positiva, direta ou indiretamente, por regras jurídicas em sentido estrito e que, se contrariadas, invalidam a decisão; b) as vinculações tendências que decorrem de forma negativa, de normas constitucionais que estabelecem princípios condutores da atividade administrativa, condicionando toda e qualquer decisão administrativa, que comporte uma qualquer margem de liberdade: princípios da prossecução do interesse público e da proteção dos direitos e interesses dos cidadãos, da igualdade, da imparcialidade e da proporcionalidade da boa-fé e da justiça. Segundo os autores, como esses princípios são padrões de otimização, o juízo sobre o seu desrespeito não é absoluto, isto é, a invalidade de uma determinada decisão depende de poder considerar-se que ela não incorpora o grau de otimização exigível de um daqueles princípios (CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.^a ed. Lisboa: Âncora, 2016, p. 86).

²³⁸ BINENBOJM, Gustavo – *op. cit.*, p. 142.

²³⁹ *Ibid.*, p. 233.

Nesse mesmo sentido, Juarez Freitas refere que a discricionariedade legítima se encontra vinculada aos princípios constitucionais, apenas justificando-se a liberdade do gestor quando em conformidade com ditas normas.²⁴⁰ Para o professor, qualquer atuação fora daí cristalizará, “em maior ou menor grau, a desprezível e abominável arbitrariedade por ação ou omissão”²⁴¹.

A doutrina portuguesa reconhece que a administração, quando pratica atos discricionários, está limitada ao fim definido pela norma e também sujeita ao direito, especialmente àqueles princípios reguladores da atividade administrativa, devendo tomar em consideração os direitos, as liberdades e as garantias dos cidadãos.²⁴² José Eduardo Figueiredo Dias e Fernanda Paula de Oliveira lembram que muitos desses princípios começaram como regras de boa administração.²⁴³

É nesse novo contexto que os direitos fundamentais ganham destaque e os diversos temas que envolvem a dicotomia vinculação/discricionariedade precisam ser redesenhados.

Assim, a partir da afirmativa de que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais condiciona e baliza a atividade administrativa,²⁴⁴ teremos, conforme será abordado, um estreitamento da margem de discricionariedade que o administrador possui.

O ilustre professor Canotilho refere que todos os direitos fundamentais são direta e imediatamente vinculantes. Ele reconhece não apenas o caráter político desses direitos, mas, sobretudo, seu *status* jurídico, que permite, dessa forma, figurarem como parâmetros para a atuação da Administração Pública.²⁴⁵

Importa lembrar os ensinamentos de Abboud sobre a Administração e os direitos fundamentais: “os direitos fundamentais asseguram ao cidadão um feixe de direitos e

²⁴⁰ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 8.

²⁴¹ *Ibid.*, p. 13.

²⁴² OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 139.

²⁴³ *Ibid.*, *loc. cit.*

²⁴⁴ Canotilho, ao discorrer sobre o princípio da constitucionalidade imediata, aduz que a Administração está vinculada às normas consagradoras dos direitos, liberdades e garantias, significando que: (1) a administração, ao exercer sua competência de execução da lei, só deve executar as leis constitucionais, isto é, as leis conforme os preceitos constitucionais consagradores de direitos, liberdades e garantias; (2) a administração, ao praticar atos de execução de leis constitucionais (leis conforme os direitos fundamentais), deve executá-las constitucionalmente, isto é, interpretar e aplicar essas leis de um modo conforme direitos, liberdades e garantias. Sobre essa última afirmação, as principais questões envolvem a interpretação e aplicação das cláusulas gerais, dos conceitos indeterminados e da discricionariedade; sendo que, em qualquer dos casos, a administração deve ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias relevantes para a solução do caso concreto (CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 547).

²⁴⁵ *Ibid.*, p. 438.

garantias que não poderão ser violados por nenhuma das esferas do Poder Público. Os referidos direitos apresentam dupla função: constituem prerrogativas que asseguram diversas posições jurídicas aos cidadãos ao mesmo tempo em que constituem limites/restrições à atuação do Estado”²⁴⁶.

O objetivo primordial da Administração Pública deve ser a satisfação dos direitos e liberdades fundamentais. A função administrativa deverá ser desempenhada no sentido de que as decisões tomadas pelos agentes, órgãos e entidades administrativas estejam o mais próximo possível dos anseios do indivíduo e da sociedade.

Da mesma forma, Ingo Sarlet aduz que “os direitos fundamentais vinculam os órgãos administrativos e todas as suas formas e atividades [...]. O que importa, neste contexto, é frisar a necessidade de os órgãos públicos observarem nas suas decisões os parâmetros contidos na ordem de valores da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais, o que assume especial relevo na esfera de aplicação e interpretação de conceitos abertos e cláusulas gerais, assim como no exercício da atividade discricionária”²⁴⁷.

O administrador público, no exercício das escolhas administrativas, está sempre obrigado a atuar de modo a atingir a melhor das escolhas, respaldado pelos princípios e direitos fundamentais.

Diante do elevado papel dos direitos fundamentais e de sua irradiação na esfera administrativa, especialmente no que diz respeito ao exercício da discricionariedade, Paulo Otero ensina:

Na falta ou ausência de lei, os órgãos administrativos encontram-se adstritos a implementar e aplicar tais normas no exercício da respectiva atividade; mesmo existindo lei, as normas constitucionais em causa surgem como critério orientador imediato da interpretação, integração e aplicação de todos os actos infraconstitucionais por parte da Administração Pública, especialmente no âmbito do exercício dos poderes discricionários, concretização de conceitos indeterminados ou preenchimento de cláusulas gerais; perante leis ostensivamente violadoras de tais direitos fundamentais, a Administração Pública encontra-se vinculada a preferir a Constituição à lei, desaplicando as respectivas leis feridas de inconstitucionalidade [...]; a violação administrativa do conteúdo essencial de um direito fundamental acarreta sempre a nulidade dos respectivos atos jurídicos, expressando uma

²⁴⁶ ABOUD, Georges – O Mito da Supremacia do interesse público sobre o privado - a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para autorizar a restrição a direitos fundamentais. [Em linha]. **Revista dos Tribunais**. N.º 907 (2011), p. 1-37. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:https://www.academia.edu/20309804/o_mito_da_supremacia_do_interesse_publico_sobre_o_privado_a_dimensao_constitucional_dos_direitos_fundamentais_e_os_requisitos_necessarios_para_se_autorizar_restricao_a_os_direitos_fundamentais.

²⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 11.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012, p. 318.

manifestação especial vinculativamente directa e imediata dos órgãos administrativos às normas de direitos fundamentais.²⁴⁸

Ocorre que, ao tratar-se da vinculação da Administração aos direitos fundamentais, não se pode olvidar que um dos pilares do regime jurídico administrativo é o interesse público, com o dogma de sua supremacia abstrata e insuperável, quando definido pela Administração. A supremacia do interesse público sobre o particular, na visão tradicional, representa a superioridade do interesse coletivo, permitindo a restrição de direitos do cidadão em prol da coletividade. Todavia, tampouco se pode esquecer que, no Estado Democrático de Direito, essa supremacia encontra limites nos direitos públicos subjetivos, cuja finalidade é de conter o poder estatal contra o arbítrio e submeter os poderes públicos ao respeito aos direitos dos cidadãos.²⁴⁹ Assim, a supremacia do interesse público deve ser vista não a partir do poder de império que a Administração sempre gozou, mas, a partir da sua atuação voltada à concretização dos direitos fundamentais.²⁵⁰

Uma questão relevante a ser enfrentada diz respeito à colisão entre interesse público e privado, sendo estes direitos fundamentais. A doutrina resolve o questionamento afirmando que a solução, *in abstracto*, deve ser delimitada pelo poder constituinte originário ou, ainda, pela própria Constituição, que poderá determinar a delimitação pelo legislador ordinário. Caso não seja determinada pela própria Constituição, caberá à administração, no caso concreto, mediante a ponderação de interesses, verificar qual deles deverá prevalecer. De acordo com Sarmento²⁵¹, em um procedimento ponderativo, os direitos fundamentais gozam de precedência, recebem um peso inicial superior, transferindo, diante disso, aos defensores do interesse público, maior dever argumentativo para que se possa sobrepujar os direitos fundamentais.

Impende destacar a frase de Juarez Freitas, para quem “o poder público está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar o máximo da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais”²⁵². Em suma, caberá ao administrador, utilizando o princípio da

²⁴⁸ OTERO, Paulo – **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003, p. 741.

²⁴⁹ BAPTISTA, Isabelle de – O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo – Direito Público**. Vol. 11, n.º 130 (2011), p. 50-62, p. 52-53.

²⁵⁰ *Ibid.*

²⁵¹ SARMENTO, Daniel – Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) – **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. Vol. I, Tomo II, p. 29-70, p. 60.

²⁵² FREITAS, Juarez – **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 67.

proporcionalidade, encontrar a solução mais adequada, levando em conta as consequências de sua escolha.

3.2 Qualificação da Boa Administração como Direito Fundamental

Como vimos, a boa administração baseia-se no Estado de Direito, sendo correto afirmar, então, que todos os países que assumiram essa forma de Estado garantiram, *a priori*, aos seus cidadãos, o direito à boa administração. “Ninguém duvida da existência de um princípio essencial da boa gestão pública nas Constituições Democráticas, o qual suporta uma série de deveres de boa gestão, deveres imanentes ao sistema e não necessariamente explícitos”.²⁵³

Há unanimidade entre os doutrinadores no que tange à relevância do quadro normativo da boa administração para o direito administrativo atual. Contudo, há divergência quanto a sua natureza jurídica, que ora é tratada como dever, ora como princípio e também, modernamente, como direito fundamental.

Antecipando o posicionamento adotado neste trabalho, acredita-se que mais do que um dever ou mero princípio, a boa administração pública, na ordem jurídica portuguesa e brasileira, sobreleva-se por possuir verdadeiro *status* de direito fundamental,²⁵⁴ na sua perspectiva formal e material.²⁵⁵

Com o objetivo de tornar esse tópico mais elucidativo, antes de adentrar no cerne do posicionamento defendido, faz-se necessário abordar as posições contrárias, como a de Lucio Pegoraro²⁵⁶, para quem a boa administração corresponde a um objetivo a ser perseguido pelo Estado, uma meta a ser atingida pelo gestor público, muito mais do que um direito do

²⁵³ OSÓRIO, Fábio Medina – **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 43.

²⁵⁴ Alexy utiliza algumas características essenciais para que um direito seja classificado como fundamental: universalidade; fundamentalidade; abstratividade; moralidade e prioridade. No que se refere à universalidade, pode-se afirmar que é universal aquele direito que pertence a todos os seres humanos, ou seja, aqueles direitos válidos para todos, independentemente de qualquer característica individual da pessoa, seja cultural, religiosa ou do grupo a que pertença. A fundamentalidade guarda relação com a proteção dos interesses e carências essenciais do homem. A abstratividade é a característica do direito suscetível de restrição, que só poderá ser obtida por meio da ponderação, buscando assegurar que a redução seja mínima ou menor possível. Por sua vez, a moralidade associa-se à ideia de que a norma que compõe a sua base seja válida moralmente. E, por fim, um direito é prioritário quando possui prioridade em face do direito positivo (ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 94).

²⁵⁵ Em uma perspectiva formal, direitos fundamentais são aqueles que possuem assento constitucional, sendo sua estrutura mais relevante do que o conteúdo; sob a perspectiva material são os direitos cujo núcleo se refere à proteção da pessoa humana.

²⁵⁶ PEGORARO, Lucio – Existe un derecho a la buena administración (Algunas consideraciones sobre el (ab)uso de la palabra “derecho”). In ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.) – **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 36-41.

cidadão. Adverte o autor que “Una buena administración, en una visión teórica, no es un derecho, es el objetivo mismo del Estado (cuyos fines son exactamente: defensa externa y administración interna de una comunidad), cualquiera que sea su forma prescindiendo del orden que se dé”²⁵⁷.

Arremata o autor, defendendo que “boa administração” aparece como “una categoría intermedia entre los principios generales y los (verdaderos) derechos”.²⁵⁸

Rogério Soares²⁵⁹, por sua vez, refere que a boa administração equivale ao dever do gestor de direcionar o poder conferido pela norma jurídica à satisfação do interesse público. Conclui o entendimento com o seguinte enunciado: “com o poder está conexo um elemento de deverosidade. Recebe esse aspecto dúplice do poder administrativo a denominação de poder-dever de agir, ou mais ainda de poder conexo com o dever”²⁶⁰. Isso ocorre, pois o poder jurídico conferido ao particular difere daquele outorgado ao administrador, sendo que, para o primeiro, o poder de agir é mera faculdade e, para o outro, é uma obrigatoriedade, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da comunidade.²⁶¹ Freitas do Amaral, nesse mesmo contexto, vai além para defender que a boa administração é um dever jurídico que não integra o espaço da justicialidade, em virtude de não comportar uma proteção jurisdicional, pelo menos de modo claro.²⁶² Segundo o autor, não é possível ir ao Tribunal obter a declaração de que determinada solução não era a mais eficiente ou a mais racional do ponto de vista técnico, administrativo ou financeiro, gerando, conseqüentemente, sua anulação, pois os Tribunais podem apenas se pronunciar sobre legalidade, e não sobre o mérito das decisões.²⁶³ Aponta, ainda, três situações em que esse dever assume uma certa expressão jurídica: recursos gratuitos, os quais podem ter por fundamento vícios de mérito do ato administrativo; violação por funcionário público do dever de zelo e aplicação, constituindo infração funcional e tendo como consequência a imposição de sanções disciplinares ao funcionário responsável e, por fim, prática de um fato ilícito e culposo por órgão ou agente, da qual resultem prejuízos a terceiros. Nesse caso, o grau de

²⁵⁷ PEGORARO, Lucio – Existe un derecho a la buena administración (Algunas consideraciones sobre el (ab)uso de la palabra “derecho”). In ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.) – **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 36-41, p. 40.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 36-41.

²⁵⁹ SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt – **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955, p. 198-201.

²⁶⁰ *Ibid.*, p. 181.

²⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 116.

²⁶² AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 36.

²⁶³ *Ibid.*, loc. cit.

diligência e de zelo empregados pelo órgão ou agente contribuem para definir a medida da culpa e, conseqüentemente, os termos e limites de sua responsabilidade.²⁶⁴ Finaliza seu pensamento afirmando que, nas situações acima apontadas, pode-se notar a existência de um dever de boa administração cuja violação pode ter consequências jurídicas.

Neste trabalho, não se discorda da ideia de que a boa administração relaciona-se também com um dever do gestor na sua atuação funcional, mas se compactua com a tese defendida por Pedro Costa Gonçalves, o qual, de maneira didática, distingue o dever de boa administração do conceito de boa administração.²⁶⁵ De acordo com o autor, as ideias são frequentemente misturadas, mas diferenciam-se, resumidamente, no que se refere ao acatamento de regras não jurídicas, no primeiro caso, e jurídicas, no segundo. O autor explica que a Administração está sujeita a atuar de forma conveniente e oportuna, além de, obviamente, em conformidade com a lei e o direito. Assim, o dever de bem administrar é uma exigência postulada por regras não jurídicas (“regras de boa administração”)²⁶⁶, ou seja, *standard* de uma ótima conduta; ao passo que a boa administração, enquanto administração eficiente, indica uma regra jurídica, que reverencia o dever da Administração de mobilizar os recursos menores para alcançar os resultados pretendidos.

Dessa forma, a boa administração que estamos tratando é aquela que se associa com o direito dos cidadãos de exigir dos administradores uma conduta pautada em regras de boa administração. Nesse compasso, tal direito traduz, como já mencionamos, verdadeiro direito fundamental,²⁶⁷ pois conecta o cidadão ao gestor público, que está adstrito à

²⁶⁴ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 36.

²⁶⁵ Segundo Pedro Costa Gonçalves, “deve-se evitar a confusão entre o dever de boa administração [...] – enquanto imposição ou diretriz no sentido de acatamento e critérios de regras não jurídicas sobre administrar bem – e o conceito de ‘boa administração’ a que se refere, no âmbito do Direito Administrativo da União Europeia, o art. 41 da Carta Europeia de Direitos Fundamentais. [...] Esse direito a uma boa administração indica um catálogo de direitos das pessoas, dos cidadãos europeus, perante a Administração da União Europeia e, em certos casos, perante as autoridades nacionais: a esses direitos contrapõem-se deveres da Administração, em geral, de natureza procedimental (deveres de audiência, de permitir o acesso à informação, de fundamentação) ou comportamental (dever de imparcialidade, de tratamento igualitário e de tratamento expedito dos assuntos dos cidadãos). O terreno em que se situa a referência europeia à ‘boa administração’ é, pois, claramente jurídico, relacionado com a exigência de comportamentos da Administração Pública pautados e verificáveis segundo critérios e regras jurídicas. [...] Naturalmente é bem diferente exigir-se isso ou determinar-se que a Administração atue bem, de forma conveniente e oportuna” (GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 194-195).

²⁶⁶ De acordo com Pedro Costa Gonçalves, padrões não jurídicos sobre a “arte de bem administrar” poderão ser regras de experiência ou de conhecimento, regras sociais, morais e éticas (*ibid.*, p. 194).

²⁶⁷ O direito à boa administração atende todas as características para ser consagrado como um direito fundamental. Utilizando os ensinamentos de Alexy, percebe-se que, primeiramente, atende o requisito da universalidade, pois o Estado estabelece as regras procedimentais de forma pessoal, pretendendo atingir toda a sociedade. Da mesma forma, resta clara a sua fundamentalidade e a sua prioridade, de modo que o direito à boa administração visa proteger o cidadão contra os desmandos dos poderes estatais, pois sem isso o

observância dos princípios da administração pública, das tarefas fundamentais do Estado e dos direitos referentes à participação do cidadão na administração pública.

Nessa linha de raciocínio, Arana-Muñoz ensina que o fundamento para se considerar a boa administração como um direito fundamental reside no fato de que, em um cenário democrático, as instituições públicas não pertencem aos políticos, nem aos altos funcionários, mas aos cidadãos, pessoas concretas de carne e osso, que, dia a dia, com seu esforço por incorporar os valores cívicos e as qualidades democráticas, dão conta do espírito democrático do cotidiano.²⁶⁸ Assim, “se as instituições públicas são da soberania popular, de onde procedem todos os poderes do Estado, é claro que devem estar voltadas ao serviço geral, e objetivo, das necessidades coletivas”²⁶⁹. O cidadão, dessa forma, tem o direito de exigir que os interesses públicos sejam gerenciados em consonância com o livre desenvolvimento solidário das pessoas.²⁷⁰ Por isso, trata-se de um direito fundamental, pois, em suma, o cidadão exige que o público esteja atendido de forma que lhe permita realizar-se, em sua dimensão de liberdade solidária, como pessoa humana a partir de diferentes dimensões.²⁷¹

Verifica-se, dessa forma, que a boa administração reconecta o cidadão à organização estatal, aproximando-a do objetivo para o qual foi criada. Ela funcionaliza o Poder Público em favor do cidadão, de modo que o interesse público deve ser garantido pelo Estado a fim de atender as expectativas concretas da coletividade: “Busca-se evidenciar que o direito à boa administração se coloca como instrumento jurídico que se coaduna com os anseios democráticos e com a ideia de governança, a acarretar à Administração Pública e aos gestores públicos vinculação aos ideais e mandamentos constitucionais”²⁷².

Sobre a fundamentalidade do direito à boa administração, Elisabetta Lanza constata que “difere dos direitos fundamentais ‘clássicos’, tais como a dignidade humana ou a liberdade de pensamento, consciência e religião, pelo fato de que defende o interesse não

cidadão estaria à mercê das decisões dos governantes. No tocante à abstratividade, não resta dúvida de que a boa administração pode sofrer restrições, quando diante de um conflito com outros direitos fundamentais. Finalmente, não se pode negar a base moral do direito à boa administração, uma vez que a moralidade é princípio regente de toda a atividade administrativa.

²⁶⁸ MUNÔZ, Jaime Rodríguez-Arana – **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 156.

²⁶⁹ *Ibid.*, loc. cit.

²⁷⁰ *Ibid.*

²⁷¹ *Ibid.*

²⁷² CARVALHO, Valter Alves – O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional. [Em linha]. In CONPEDI, 21., Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional, 21., Rio de Janeiro – **Anais [...]**. Rio de Janeiro: UFF, 2012, [p. 312-336] p. 1-25. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>.

apenas reconhecendo a sua existência, mas também estabelece formas e procedimentos que devem ser respeitados pelas instituições públicas”²⁷³.

Como já explanado no primeiro capítulo e reiterado nesse tópico, embora a expressão *boa administração* não esteja, de forma expressa, nos textos constitucionais de Portugal e do Brasil, esse direito está diluído em outros princípios e diretrizes que conduzem à ideia de uma administração pública proba, eficiente, transparente e capaz de assegurar e de desenvolver ações voltadas à concretização dos direitos fundamentais.

Ponto importante a ser abordado é o questionamento feito por Vanice Regina Lório do Valle sobre a inflação dos direitos fundamentais, cuja advertência fora feita por Vieira de Andrade. A própria autora responde à pergunta, afirmando que a boa administração não se refere a um novo direito propriamente, mas ao aspecto procedimental para a realização dos direitos fundamentais; “o que se tem, na afirmação da boa administração como direito fundamental, é uma ampliação da esfera de proteção desses mesmos direitos, que passa a alcançar não mais só os resultados concretos do agir estatal – a prestação “x” ou “y” deferida a um cidadão –, mas também, preventivamente, ao desenvolvimento da função administrativa como um todo, e desde o início”²⁷⁴.

No caso de Portugal, como já discorrido, a ideia de boa administração identificou-se, inicialmente, com o princípio da eficiência, no sentido do dever da administração de atuar da melhor maneira possível, não possuindo a faculdade de mal administrar, nem sendo admissível uma postura indiferente sobre o modo como prossegue o interesse público. Com a efetiva introdução no CPA, a boa administração está consagrada hoje expressamente ao lado de outros princípios gerais de direito administrativo e tem, segundo abalizada doutrina portuguesa, uma acentuada conotação economicista. Dessa forma, surgem dois posicionamentos no que se refere à natureza jurídica do instituto. O primeiro, o reconhece como princípio geral da administração, situado num plano jurídico, a um critério de eficiência. O segundo, respaldado em posições específicas, o concebe como verdadeiro direito fundamental, atraindo todo o regime que lhe é peculiar, regime este que, na Constituição Portuguesa, no tocante aos direitos, liberdades e garantias, implica a aplicação direta e a vinculação das entidades públicas e privadas, bem como a necessidade de as restrições serem feitas por meio de lei, nos casos expressamente previstos pela Constituição. Limita-se, assim,

²⁷³ LANZA, Elisabetta – The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. [Em linha]. **Teoria del Diritto e dello Stato**. Vol. 1-2-3 (2008), p. 479-490, p. 482. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523.

²⁷⁴ LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

ao necessário para salvaguardar outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos. E, ainda, a impossibilidade de as leis restritivas terem efeitos retroativos ou diminuïrem o alcance e a extensão do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, tudo nos termos de seu artigo 18.º. “Hoje, o paralelo – que não a aplicação directa – do artigo 41º da Carta, bem assim como a emergência das perspectivas a que fizemos alusão (recorde-se: a afirmação do particular como sujeito do procedimento e credor de um serviço; a importância do rito procedimental como concretização de direitos e princípios que vinculam uma Administração de Direito) leva a que a doutrina veja o princípio da boa administração como um princípio implícito na Constituição – o próprio preâmbulo do Código do Procedimento Administrativo (doravante, CPA) aponta para a boa administração como uma exigência derivada de princípios como a participação, a aproximação às populações, a eficiência (todos plasmados no artigo 267.º da CRP)”²⁷⁵.

No caso específico do Brasil, a maior parte da doutrina entende que o direito à boa administração deve ser reconhecido de forma implícita, uma vez que não há disposição expressa no ordenamento brasileiro, conforme referido no primeiro capítulo.

Como direito implícito, a doutrina cita algumas normas jusfundamentais que o sustentam. Em primeiro lugar, fazem referência ao art. 1.º, III, da CRFB que consagra o direito à dignidade da pessoa humana como um fundamento da República. Além desse dispositivo, citam também o art. 37.º, que elenca os princípios aplicáveis à Administração Pública e os incisos LIV e LXXVIII do art. 5.º, que tratam dos direitos de natureza procedimental.

Importa lembrar a lição de Sarlet, para quem o compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana é o fundamento da boa administração:

Diria que a Constituição de 1988, muito antes da Carta de Direitos Fundamentais da União Européia, consagrou um direito fundamental a boa Administração. Todos sabemos onde esse direito está, principalmente (não exclusivamente), ancorado no art. 1, III que consagra a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e no art. 37, onde estão elencados os princípios diretivos da administração pública. Com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, devendo, para tanto, ser uma administração pautada pela probidade e moralidade, impessoalidade, eficiência e proporcionalidade. A nossa Constituição, como se percebe, foi mais adiante. Além de implicitamente consagrar o direito fundamental à boa administração, ela já previu expressamente os critérios, diretrizes e princípios que norteiam e permitem a concretização dessa idéia de boa administração. Então, diria que a nossa Constituição, na verdade, já antes da Carta da União Européia, pelo

²⁷⁵ GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55.

menos no âmbito formal, talvez tenha ido até mesmo além da própria União Européia.²⁷⁶

Conforme o autor, mesmo estando presente em um Tratado do qual o Brasil não é signatário, todos os elementos que o constituem estão presentes no ordenamento jurídico brasileiro, conforme amplamente discorrido no primeiro capítulo.

Eurico Bitencourt, ao tratar da viabilidade jurídica da boa administração como direito fundamental, também destaca a necessidade de ser este um direito intimamente ligado à proteção e à promoção da pessoa humana e do respeito a sua dignidade. Contudo, diferentemente dos outros autores, afasta o art. 37.º da CF de 1988²⁷⁷ como norma apta a fundamentar o direito à boa administração, mas acresce e enfatiza que, além do princípio da dignidade da pessoa humana, reconhecido por todos, as normas de natureza procedimental que decorrem do princípio do Estado de Direito Democrático²⁷⁸, o qual impõe o devido procedimento administrativo (princípio geral do devido procedimento equitativo)²⁷⁹ também devem embasar a construção pretendida.

Assim, sobre os direitos e deveres procedimentais atrelados à boa administração o autor esclarece: “seu conteúdo é formado pelo conjunto de normas jusfundamentais decorrentes do princípio do devido procedimento equitativo. Contempla posições ativas como a participação procedimental em suas múltiplas configurações e decorrências, englobando notificação, audiência, contraditório, ampla defesa, informação, entre outras densificações essenciais”²⁸⁰.

Esse também é o entendimento de Cleize Kohls e Mônica Leal, para quem a boa administração está intrinsecamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático de Direito: “Um Estado Democrático de Direito, que tem como

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang – A Administração Pública e os direitos fundamentais. [Em linha]. **Transcrições – Direito Administrativo**. Porto Alegre: TRF4, 12 nov. 2015. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em WWW:https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf.

²⁷⁷ Segundo Bitencourt, o art. 37.º *caput* da Constituição elenca parte dos princípios relevantes à Administração gerando, enquanto tais, deveres administrativos. É claro que, segundo o autor, tais princípios serão fonte indireta de direitos criados a partir da mediação legislativa, mas eles próprios são normas direcionadas à regulação do exercício do poder administrativo, não normas jusfundamentais que objetivam assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana (BITENCOURT NETO, Eurico – Há um direito fundamental à boa administração pública? In GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coords.) – **Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 151-170, p. 160).

²⁷⁸ Eurico Bitencourt destaca que, ao tratar-se do Estado Democrático, faz-se necessário sublinhar as dimensões da democracia que instrumentalizam o respeito à dignidade da pessoa humana, sendo especialmente relevante sua incidência no exercício da função administrativa do Estado, sob a forma de procedimento administrativo. O procedimento administrativo, segundo o autor é veículo de garantia do respeito à dignidade da pessoa humana e meio de manifestação da democracia administrativa (*ibid.*, p. 162).

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 160.

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 165.

fundamento a dignidade da pessoa humana e que possui uma Constituição encharcada de direitos fundamentais, necessita de uma administração pública boa. Destarte, o reconhecimento do direito fundamental à boa administração pública está diretamente ligado à concretização de direitos fundamentais. Seria possível dizer que uma boa administração pública é aquela que, através de políticas públicas e serviços públicos, consegue efetivar os direitos fundamentais consagrados constitucionalmente”²⁸¹.

Além disso, outra situação que merece ser abordada é posição tópica dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Sabe-se que não apenas os direitos arrolados no título II da CRFB são fundamentais. Eles, na verdade, estão espalhados por todo o documento, conforme o critério proposto por Ingo Sarlet, de identificação de direitos materialmente fundamentais: “para reconhecer um direito fundamental fora do Título II, ainda que seja na Constituição, preciso demonstrar a sua fundamentalidade material, que é presumida em relação aos direitos do Título II”²⁸².

Essa interpretação é possível em razão do disposto no § 2 do art. 5.º. Temos, então, a diferença entre os direitos formais, consagrados no rol do título II e os direitos materiais que, apesar de fora do catálogo, estão dentro da Constituição. A consagração de outros direitos como fundamentais ocorre em razão de sua importância, apresentando os seguintes reflexos: protege-o de futuras reformas constitucionais, adquirindo *status* de cláusula pétrea, e é diretamente aplicável, consoante o disposto no § 1 do art. 5.º.

Eurico Bitencourt traz algumas vantagens em se reconhecer a boa administração como direito fundamental: “a) põe o acento tônico da imposição geral de procedimentalização da administração pública nas posições ativas jusfundamentais, vale dizer, reconhece, com vigor, a subjetivação de parcela relevante dos direitos procedimentais da administração pública, acrescida de natureza jusfundamental; b) permite, com maior segurança, a justificação, a partir do direito fundamental à boa administração, de novas posições ativas que se façam necessárias ao longo do tempo e de acordo com o sistema jurídico constitucional vigente”²⁸³.

²⁸¹ KOHLS, Cleize; LEAL, Mônica – Boa Administração Pública e fundamentos constitucionais das políticas públicas na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. Vol. 5, n. 7 (2015), p. 188-196. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.08/4725>.

²⁸² SARLET, Ingo Wolfgang – A Administração Pública e os direitos fundamentais. [Em linha]. **Transcrições – Direito Administrativo**. Porto Alegre: TRF4, 12 nov. 2015. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em WWW:https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgang-sarlet.pdf.

²⁸³ BITENCOURT NETO, Eurico – Há um direito fundamental à boa administração pública? In GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coords.) – **Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. p. 151-170, p. 164.

Finalmente, cabe citar os direitos fundamentais extraídos do direito à boa administração: direito fundamental à administração pública transparente, direito fundamental à administração pública dialógica e direito fundamental à processualização administrativa, direito fundamental à administração pública isonômica ou imparcial, direito fundamental à administração pública proba, direito fundamental à administração pública eficiente.²⁸⁴

Salienta-se que esse enquadramento normativo se torna relevante em virtude das suas consequências práticas, sobretudo no que se refere à discricionariedade e no que tange ao controle dos atos, o que será abordado adiante.

3.3 A Discricionariedade Administrativa vinculada ao Direito Fundamental à Boa Administração

A fim de embasar o posicionamento no que tange à discricionariedade, direitos fundamentais e boa administração, convém citar a obra *Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública*, de Juarez Freitas; nela fica evidente a relação direta entre as escolhas administrativas, especialmente as discricionárias, e o direito à boa administração.

A tese defendida pelo professor centra-se na ideia de que a discricionariedade do gestor deve ser vista não mais como a faculdade de tomada de decisão, sopesando-se duas alternativas a partir de um juízo de conveniência e oportunidade, mas sim como a competência em escolher todo o material fático, procurando sempre a solução mais eficiente na concretização do direito fundamental à boa administração.

A partir desse raciocínio, Freitas aduz que “a **discricionariedade administrativa legítima** é a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência e oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis) respeitados os requisitos formais e substanciais da efetividade do direito fundamental à boa administração”²⁸⁵.

O poder discricionário, como visto, consiste na concretização jurídica construída a partir do disposto, em abstrato, na norma de competência interligada com os delineamentos específicos do caso concreto. Esse poder nada mais é do que o resultado da divisão de competências entre o legislador e o administrador. A solução para o caso concreto será, então,

²⁸⁴ FREITAS, Juarez – **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais** 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 26-27.

²⁸⁵ *Id.* – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 22, grifo nosso.

a combinação entre o programa normativo definido na norma de competência e a medida escolhida pela Administração.²⁸⁶ Como a norma legal quer a solução ótima, a conduta que não atinge de modo preciso a finalidade legal não será aquela pretendida pela regra do Direito. E, não sendo aquela pretendida, quem a promoveu atuou de maneira desconforme, tornando, assim, inválido o ato.²⁸⁷

O professor Pedro Gonçalves sintetiza essa ideia afirmando que o poder conferido ao agente público não é o poder para que eleja qualquer medida dentre aquelas possíveis, mas à medida que represente a melhor solução para o interesse público. A escolha dos meios, segundo ele, não pode ser uma escolha indiferente, mas a escolha do melhor meio, do meio justo, do meio ótimo, corolário natural do dever jurídico de administrar bem.²⁸⁸

Nesse sentido, Falzone, citado por Bandeira de Mello, ao tratar da discricionariedade administrativa, já afirmava que existe um dever jurídico de boa administração e não apenas um dever moral ou da ciência da Administração, porque a norma só quer a solução excelente.²⁸⁹

A partir dessas afirmações, nota-se que a concretização da boa administração se relaciona diretamente com a persecução do interesse público pelo administrador, que, no exercício de suas atribuições, deve encontrar a melhor solução possível diante da situação concreta que lhe é apresentada, ou seja, deve buscar a opção que realize, da melhor maneira possível, os princípios constitucionais aos quais está vinculada a Administração Pública.

Sob a mesma ótica, Fernanda Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias lecionam que, na zona da discricionariedade, a atividade administrativa intenciona aplicar o direito ao caso concreto. Com isso, busca-se a melhor solução orientada pelo fim da norma e regulada pela racionalidade jurídica, em consonância com os princípios da igualdade, da imparcialidade, da justiça, da proporcionalidade, da necessidade, da racionalidade, da boa-fé, da proibição do arbítrio, bem como dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.^{290, 291}

²⁸⁶ GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. Vol. 1, p. 228.

²⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 36.

²⁸⁸ GONÇALVES, Pedro Costa – *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio – *op. cit.*, p. 37.

²⁹⁰ OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 138.

²⁹¹ Essa ideia encontra-se na linha do preceituado por Francisca Portocarrero, para quem “a mudança de sentido entretanto sofrida pela discricionariedade, quer em termos de racionalidade administrativa que atualmente a informa, acentuadora mesmo de funções típicas a servir, quer em termos de sua percepção como atividade jurídica, de criação do direito para o caso concreto, acentuadora da intencionalidade jurídica do agente e de um procedimento jurídico de ponderação de interesses, cada vez mais enquadrado por máximas de organização e de procedimento garantidoras da afirmação dos direitos e interesses dos cidadãos” (*ibid.*, *loc. cit.*, p. 138).

O art. 266.º, n.º 2, da Carta Portuguesa faz menção expressa nesse sentido, quando subordina a atuação dos órgãos administrativos e de seus agentes à Constituição, à lei e aos princípios da boa conduta administrativa.

Assim, a discricionariedade, embora se adéque à necessária dinâmica da atividade administrativa – em um contexto de multiplicidade e complexidade do interesse público que escapa à previsibilidade do legislador – está sujeita aos limites e deveres impostos pela Constituição, em especial, os direitos fundamentais.

O que se está afirmando é que, com a constitucionalização do direito administrativo, não há mais espaço para atos de soberania ou exclusivamente políticos; todo o poder precisa ser “constitucionalizado”²⁹²; a discricionariedade passa a ter um controle qualitativo, de maneira que as escolhas administrativas²⁹³ só serão legítimas se forem sistematicamente eficazes, motivadas, proporcionais, transparentes, imparciais, respeitadoras da participação social, da moralidade, da plena responsabilidade e garantidoras da dignidade de todos.

Essa forma de conceber a discricionariedade, relaciona-se com o papel desempenhado pelo Estado no século XXI, com a missão de ser um articulador da solidariedade em um mundo globalizado, de forma a acomodar o pluralismo e a diversidade.²⁹⁴ Sobre essa afirmativa, Freitas resume da seguinte forma: “Trata-se então, de assumir, com todas as forças, à defesa do direito administrativo mais do Estado regulador e prestacional redistributivo de oportunidades que ‘de governo’ e vocacionado ao efêmero particularista. [...] o Estado da discricionariedade legítima requer (ao mesmo tempo, suscita) o protagonismo da sociedade amadurecida e do agente público que defende a dignidade de todos”²⁹⁵. Em suma, o Estado da discricionariedade legítima, defendido por Freitas, é aquele que concretiza o direito fundamental à boa administração.

Segundo o autor, essa boa administração compreende um somatório de direitos subjetivos, abrigando as seguintes garantias:

- a) o direito à administração pública transparente, que supõe evitar a opacidade (princípio da publicidade), salvo nos casos em que o sigilo se apresentar justificável, e ainda assim não-definitivamente, com especial ênfase as informações inteligíveis sobre a execução orçamentária; b) o direito à administração pública dialógica, com

²⁹² FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 126.

²⁹³ *Id.* – Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. [Em linha]. **Sequência**. N.º 70 (jan./jun. 2015), p. 115-133. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>.

²⁹⁴ LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 81.

²⁹⁵ FREITAS, Juarez – *op. cit.*, p. 19.

as garantias do contraditório e da ampla defesa – é dizer, respeitadora do devido processo (inclusive com duração razoável), que também implica o dever de motivação consistente e proporcional; c) o direito à administração pública imparcial, isto é, aquela que não pratica discriminação negativa de qualquer natureza; d) o direito à administração pública proba, o que veda condutas éticas não-universalizáveis; e) o direito à administração pública respeitadora da legalidade temperada e sem “absolutização” irrefletida das regras, de modo que toda e qualquer competência administrativa supõe habilitação legislativa; f) o direito à administração pública eficiente e eficaz, além de econômica e teleologicamente responsável, redutora dos conflitos intertemporais, que só fazem aumentar os chamados custos de transação.²⁹⁶

Todos esses direitos se consorciam de modo não exclusivo, pois, segundo adverte o autor, a boa administração decorre de um plexo de direitos, regras e princípios encartados em uma síntese, sem excluir tantos outros. Trata-se, segundo ele, de *standard* mínimo, com a finalidade de impedir que a discricionariedade conspire contra o direito à boa administração.²⁹⁷

Moreira Neto salienta ainda que o dever de bem administrar nada mais é do que um dever implícito nos atos discricionários. Refere que persiste, para a administração, um duplo dever funcional: dever de legalidade e de boa administração, sendo que este último consiste na atuação administrativa voltada para a satisfação do interesse público, o qual não se cumprirá cabalmente se não for entendido como um dever de boa administração.

O reconhecimento desse direito e sua vinculação com as decisões discricionárias permitirá um novo olhar sobre outros pontos do direito administrativo, como é o caso da motivação, tornando-se, dessa forma, imprescindível etapa de toda e qualquer ação estatal. A motivação surge, então, como um paradigma da juridicidade da atuação administrativa, uma vez que se mostra incoerente, no atual cenário constitucional, conceber o exercício de qualquer poder sem critérios racionalmente aferíveis. Diante disso, pode-se afirmar que os atos tradicionalmente discricionários também precisam ser bem motivados, tendo em vista o reconhecimento do peso decisivo dos direitos fundamentais, excluindo, dessa forma, a mera referência a dispositivos, seja de ordem constitucional, seja de ordem infraconstitucional.²⁹⁸

Nas lições de Juarez Freitas: “Na era do direito administrativo da racionalidade aberta, o bom administrador público cumpre o dever de indicar, na prática dos atos vinculados e discricionários, os fundamentos de fato e de direito, em face da inafastável margem de apreciação, presente no mais vinculado dos atos. Imperativo, pois, que todos os atos administrativos sobremodo se afetarem direitos, ostentem uma explícita justificação, em

²⁹⁶ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 20-21.

²⁹⁷ *Ibid.*

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 55.

analogia com o que sucede com os atos jurisdicionais, excetuados os de mero expediente, os ordinatórios de feição interna e, ainda, aqueles que a Carta Constitucional admitir como de motivação dispensável”²⁹⁹.

O que se quer dizer é que não se pode mais admitir a mera invocação de conveniência e oportunidade para justificar a prática de ato administrativo. O bom administrador é aquele que expõe suas razões de maneira expressa e devidamente motivada. Bandeira de Mello já afirma que a motivação é da essência do ato, requisito indispensável de sua validade e instrumento de garantia do administrado.³⁰⁰ Ele argumenta que antigamente a motivação possuía caráter deontológico, sendo uma imposição jurídica. Agora, no entanto, o fundamento é uma exigência política, uma vez que a Administração deve prestar contas ao cidadão por sua atuação e, ainda, convencê-lo com a explicação, “pois, se não se lhe explica satisfatoriamente, faltará seu consenso, que é a base essencial do conceito democrático atual e futuro do exercício do poder”³⁰¹.

Seguindo essa mesma posição, Justen Filho argumenta que “a validade formal de todo e qualquer ato administrativo de cunho decisório depende de uma motivação, porque nenhuma competência administrativa é atribuída para que o agente realize o intento que bem desejar ou decida como bem entender”³⁰². Adverte o autor que decisão discricionária sem motivação é ato arbitrário, desconforme com o ordenamento jurídico e incompatível com o Estado Democrático. Segundo ele, apesar de o agente público possuir certa liberdade nos atos discricionários, ele está adstrito à decisão mais correta e satisfatória ao interesse público.³⁰³

A importância de motivar os atos também é referida na obra de Fernanda Paula de Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias quando afirmam que a administração deve expor a presença dos pressupostos de fato da ação que a norma legal enuncia em abstrato, além dos interesses que foram determinantes para a definição de um especial conteúdo do ato, reforçando, dessa forma, a confiança da comunidade na Administração e demonstrando a importância da autonomia concedida.³⁰⁴

²⁹⁹ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47.

³⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104-105.

³⁰¹ *Ibid.*, p. 100.

³⁰² JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de Direito Administrativo**. 12.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 274.

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 142.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz refere que “el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en armonía con los principios de Derecho es muy importante. Tanto como que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración”³⁰⁵.

Como visto, a importância em motivar não se destina apenas ao particular lesado pela administração, mas também ao próprio interesse público e ao Tribunal competente para ajuizar a validade do ato.³⁰⁶

Juarez Freitas elenca um rol com os principais argumentos em defesa da motivação consistente: a) oferece razões imparciais, universalizáveis e satisfatórias; b) confere eficácia ao princípio da impessoalidade; c) revela-se prestimosa para evitar danos indenizáveis; d) ampara as expectativas legítimas e se mostra útil à criação de ambiente seguro e confiável para as relações administrativas de longo prazo.³⁰⁷

Diante do exposto, nota-se a importância da motivação no atual cenário administrativo-constitucional, não havendo mais espaço, dessa forma, para a invocação da discricionariedade com fins outros que não a implementação dos direitos fundamentais.

É nesse ponto que Juarez Freitas refere a necessidade de vivenciar com o máximo empenho a “era da motivação das escolhas administrativas”. O “exercício da discricionariedade administrativa demanda, nos dias que correm, a mais rigorosa, expressa e consistente motivação. Atos, contratos e procedimentos devem ser mais prudentemente sindicados, não só em matéria de forma, mas de qualidade da justificação, sobretudo no que diz respeito à eleição das premissas axiológicas das decisões administrativas. Importa, em suma, vivenciar, com o máximo empenho e a alma inteira, a era da motivação das escolhas

³⁰⁵ MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana – El Derecho Fundamental a la Buena Administración en el marco de la lucha contra la corrupción. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 10, n.º 40 (2010), p. 117-149. [Consult. 2 Jan 2020]. Disponível em WWW:https://www.researchgate.net/publication/333726985_El_derecho_fundamental_a_la_buena_administracion_en_la_Constitucion_enpanol_a_y_en_la_Union_Europea.

³⁰⁶ Amaral cita Rui Machete, o qual aponta quatro funções ao dever de motivação: (1) Defesa do particular: que só consegue estruturar cabalmente uma impugnação administrativa ou contenciosa do ato se conhecer todos os motivos que levaram a Administração a decidir em certo sentido; (2) Controlo da Administração: uma vez que, por um lado, o dever de fundamentação implica a necessidade de ponderação de todos os fatores que devam influenciar a decisão e, por outro lado, a explanação dos motivos da prática de um ato facilita o respectivo controlo pelos órgãos dotados de poderes de supervisão, bem como a eventual impugnação contenciosa do ato; (3) Pacificação das relações entre a Administração e os particulares: posto que estes últimos tendem a aceitar melhor as decisões que lhes sejam desfavoráveis se as correspondentes razões lhes forem comunicadas de forma completa, clara e coerente; (4) Clarificação e prova dos factos sobre os quais assenta a decisão: o que se prende com o cumprimento de exigências de transparência da atuação administrativa, bem como do controlo jurisdicional dos atos administrativos.

³⁰⁷ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 58-59.

administrativas, sem automatismos e sem cair nas seduções liberticidas da discricionariedade pura. Somente desse jeito a escolha administrativa resultará, eficientemente e eficazmente, vinculada ao direito fundamental a boa administração”³⁰⁸.

Assim, é preciso uma mudança de atitude do administrador público que leve em consideração uma nova ótica da discricionariedade, que não esteja comprometido apenas em utilizar o termo *discricionariedade* como defesa ou sinônimo de imunidade. Essa mudança de atitude indica que a motivação a ser dada pelo administrador deve ser aquela que satisfaça as necessidades coletivas, inclusive em casos em que não há escolhas, ou seja, em caso de omissão, que não deixa de ser uma espécie de opção.

Nesse contexto, merece abordagem a Administração Pública transparente e, também, o controle aprofundado dos atos, uma vez que se refuta, como já longamente explanado, a ideia do puro subjetivismo, inacessível, ao se tratar de discricionariedade.

Pois bem, a transparência atua juntamente com a motivação, de forma a diminuir os abusos no exercício da atividade estatal, a partir da exposição de toda a estrutura política aos questionamentos públicos.

Juarez Freitas lembra que a publicidade ou máxima transparência impõe uma administração que nada oculte da sociedade e que promova a participação cidadã na fiscalização. Para ele, a transparência “é o outro pilar do controle sistemático que acaba por estimular a fluência das informações indispensáveis à eficácia do direito fundamental a boa administração”³⁰⁹.

O Estado Democrático de Direito exige que a Administração marque seu desempenho funcional com a nota da publicidade, da transparência, do amplo e efetivo cumprimento do dever de prestar à coletividade administrada o pleno conhecimento de todos os atos praticados. O secreto, o oculto e o opaco não são permitidos no desempenho da função estatal, pois caracterizam, dessa forma, regimes antidemocráticos e totalitários.

Com fulcro nessa ideia, Wallace Martins Júnior destaca que “a transparência administrativa é princípio intimamente ligado a própria concepção de Estado Democrático de Direito. Para além da clássica escolha dos governantes, a democracia é mais efetiva quando o uso do poder tem visibilidade (embora em cada ordenamento jurídico haja uma variação de

³⁰⁸ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 128.

³⁰⁹ *Id.* – **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais** 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 80.

intensidade da transparência administrativa, desde a publicidade das decisões governamentais à participação da população na condução dos negócios públicos”³¹⁰.

No que se refere ao controle aprofundado dos atos, somos partidários da tese sustentada por Juarez Freitas, que afirma ser inviável a existência de atos administrativos totalmente insindicáveis, pois a motivação operada pelo administrador deverá indicar de forma suficiente os fundamentos de juridicidade da escolha.³¹¹

Não se está, como colocado por Freitas, admitindo o controle pelo Judiciário dos juízos de conveniência em si, mas se está defendendo o controle das motivações obrigatórias, ou seja, da compatibilidade plena do ato administrativo com os princípios como o da eficiência, da eficácia e da economicidade.³¹²

De acordo com o citado autor, quanto mais se aprofunda a sindicabilidade do ato, mais se revela a liberdade do administrador, ou melhor, “o automatismo e a prisão à índole negativa dos direitos cedem passo à liberdade responsável e ao cumprimento dos deveres. A liberdade, negativa ou positivamente considerada, só pode ser aquela que se afina com o sistema constitucional.”³¹³

A partir do exposto citam-se dois vícios na discricionariedade que podem macular o direito à boa administração. O primeiro é o vício da discricionariedade excessiva ou abusiva, que desborda para a ocorrência de arbitrariedade por ação, quando a solução adotada pelo agente público não tem amparo em regra válida ou, ainda, quando a atuação está enviesada e desdestinada, ocasião na qual ocorre desvio abusivo das finalidades constitucionais e legais. O outro é o vício da discricionariedade insuficiente; ocorre, no caso de arbitrariedade por omissão, quando o agente deixa de exercer a escolha administrativa ou a exerce com inoperância, faltando com os deveres³¹⁴ de prevenção e de precaução ou, ainda, faltando com as obrigações redistributivas. Freitas esclarece a arbitrariedade por omissão com o seguinte enunciado: “nessa modalidade igualmente patológica, a omissão – verdadeiro dardo que atinge as prioridades vinculantes – traduz-se como descumprimento de diligências impositivas”³¹⁵.

³¹⁰ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva – **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

³¹¹ FREITAS, Juarez – **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais** 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 345.

³¹² *Id.* – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30.

³¹³ *Ibid.*, p. 35.

³¹⁴ *Ibid.*, p. 25.

³¹⁵ *Ibid.*, p. 24.

Assim, prega-se a vinculação da discricionariedade administrativa ao sistema de direitos fundamentais, com o fim de combater desvios e omissões do Poder Público. Contudo, como se pode notar, o controle só será possível se houver o exercício fundamentado das competências administrativas. Novamente, afirma-se que, sem motivação explícita, não há como se proceder à verificação da consistência dos fundamentos que ensejaram a decisão tomada. Portanto, a exigência de motivação é imperiosa, a fim de coibir as arbitrariedades tanto por excesso quanto por omissão. E a sua falta é um vício autônomo, capaz de ensejar a decretação de nulidade do ato administrativo.

Daí a necessidade de uma maior margem de controle da discricionariedade pelo Poder Judiciário, com alicerce nos princípios constitucionais, tomados como diretrizes efetivamente superiores, a fim de se evitar que ela seja utilizada como instrumento para a prática de caprichos partidários, entre outras arbitrariedades. “Numa frase, o direito à boa administração vincula racionalmente o gestor público e o força a medir consequências sistêmicas de suas opções, pois terá de justificá-las coerentemente, sobretudo em seu custo-efetividade”³¹⁶.

Frisa-se, então, que a liberdade administrativa conferida por uma norma de direito não significa liberdade de eleição entre indiferentes jurídicos, mas a providência do ato capaz de atingir a finalidade da lei que terá seu campo restrito às soluções possíveis, de acordo com o caso concreto, e adequadas conforme o dever de boa administração.³¹⁷ Sabemos que a discricionariedade tem um intrínseco juízo subjetivo de apreciação. Contudo, nesse aspecto, o agente público deve ficar atento à obrigação de satisfazer os interesses coletivos, agindo razoavelmente, com vista a atender um estado de prudência, proporcionalidade e boa-fé, procurando empregar, no caso concreto, a solução mais eficiente, eficaz, transparente e justa, a fim de executar os preceitos estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Além disso, o agente tem de apresentar motivação aceitável para sua escolha.

Assim, ousamos afirmar que, diante de escolhas administrativas igualmente válidas, o administrador público tem que optar por aquela que, no plano concreto, não se mostre transgressora dos princípios e direitos fundamentais, especialmente o direito fundamental à boa administração pública.

³¹⁶ FREITAS, Juarez – Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. [Em linha]. **Sequência**. N.º 70 (jan./jun. 2015), p. 115-133. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>.

³¹⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 44-48.

Por fim, bem resume Juarez Freitas quando refere que, em um Estado Democrático de Direito, “a discricionariedade encontra-se vinculada ao direito fundamental à boa administração, sob pena de serem solapados os limites indispensáveis à liberdade de conformação”³¹⁸.

3.4 Controle dos Atos Administrativos Discricionários

Quando tratamos de controle de atos administrativos, vale lembrar, preliminarmente, os dois sistemas administrativos, também denominados mecanismos de controle, utilizados pelos Estados como forma de corrigir os atos ilegais e ilegítimos praticados pelo Poder Público – mesmo que a solução final seja a mesma (Brasil - Portugal). O primeiro, adotado pelo Brasil, é o denominado sistema da unicidade de jurisdição ou sistema inglês. O segundo, adotado pelo ordenamento jurídico português, é o sistema de dualidade de jurisdição ou contencioso administrativo, também chamado de sistema francês. Para o primeiro, o Poder Judiciário é o único para dizer o direito aos casos litigiosos, inclusive os administrativos, de forma definitiva, com força da chamada coisa julgada. O segundo veda o conhecimento pelo Poder Judiciário de atos da administração pública, ficando sujeitos, assim, aos Tribunais Administrativos.

Quanto ao controle dos atos discricionários, o entendimento consagrado na doutrina e jurisprudência portuguesa e brasileira é o de que somente a administração tem o condão de avaliar conveniência e oportunidade, cabendo aos Tribunais (Administrativos, em Portugal) apenas a apreciação dos aspectos legais de tais atos.

Resumindo, a atividade administrativa está sujeita ao controle de legalidade e de mérito, além do controle administrativo e jurisdicional. O controle de legalidade e mérito visa avaliar o respeito à lei e apurar a conveniência e oportunidade da decisão administrativa, respectivamente. Já o administrativo e o jurisdicional relacionam-se com o órgão competente para realizar o controle: o primeiro é realizado por órgão administrativo; e o segundo, pelos Tribunais. O controle de legalidade será feito tanto pela administração como pelos Tribunais, ao passo que o controle de mérito é realizado apenas pela administração.³¹⁹

Sobre essa última afirmação, de que o controle do mérito é realizado apenas pela administração, Matheus Carvalho explica que o mérito é da área que “coincide com o campo

³¹⁸ FREITAS, Juarez – **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 172.

³¹⁹ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.^a ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 86.

opinativo do administrador, extrapolando aquela de atuação do Poder Judiciário”³²⁰, pois, se tal fosse permitido, haveria, sem dúvida, invasão de funções, vulnerando o princípio da separação dos poderes.³²¹ Aos Tribunais, como referido, cabe tão somente “controlar os limites do mérito, pois são os impostos pela lei”³²². O Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, apreciando a matéria, já vinha decidindo que, “por tratar-se de ato discricionário, que sob o aspecto formal não apresenta nenhum defeito, não podendo o judiciário adentrar em suas razões de conveniência”³²³.

Ao pronunciar-se acerca do controle jurisdicional, a jurisprudência portuguesa, assim como já defendido pela doutrina majoritária, admite a sindicabilidade estritamente sobre os aspectos vinculados do ato: competência, forma, pressupostos de fato e finalidade, não permitindo o controle efetivado sob as escolhas do administrador público.³²⁴ Fernanda Paula Oliveira e José Eduardo Figueiredo Dias também lembram que os atos administrativos poderão ser anulados com base no erro de fato ou no erro manifesto de apreciação. No erro de fato, a administração se baseou em fatos inexistentes e falseados. No erro manifesto de apreciação, a administração avaliou mal a situação, sendo cabível o controle dos Tribunais quando a decisão foi manifestamente inaceitável e desacertada.³²⁵

Ocorre que, conforme já mencionamos nos capítulos anteriores, com a evolução do direito administrativo e o reforço das garantias do cidadão, tem-se visto um alargamento do campo da legalidade e, conseqüentemente, uma redução do mérito administrativo; de modo que “mérito acaba por ser aquilo que resta depois de se ter submetido a atuação administrativa a todos os juízos de legalidade possíveis”³²⁶.

³²⁰ CARVALHO, Matheus – **Manual de Direito Administrativo**. 2.^a ed. Bahia: JusPodivm, 2015, p. 120.

³²¹ *Ibid.*, loc. cit.

³²² *Ibid.*

³²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 11.050-RJ**. Relator: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 22 fev. 2000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 1º ago. 2000.

³²⁴ O STA, em de 30 de junho de 2011, Processo n.º 0811/10, assim decidiu “como a jurisprudência do STA vem de há muito decidindo, os actos praticados no exercício de um poder discricionário apenas são sindicáveis nos seus aspectos vinculados, designadamente os relativos à competência, à forma, aos pressupostos de facto e à adequação do fim prosseguido, ou quando a decisão evidenciar a existência de erro grosseiro ou de aplicação de critério ostensivamente inadequado” (PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo – **Processo n.º 0811/10**. Relator: Pais Borges. Órgão Julgador: 1ª Secção - Contencioso Administrativo. Publicação: 30 jun. 2011). E, também, o acórdão do TCAN, de 02 de março de 2012, processo n.º 1064/11.7 BEBRG: “o Tribunal não pode substituir à Administração na formulação de um juízo que cabe estritamente no mérito e oportunidade da acção desta” (*id.* Tribunal Central Administrativo Norte – **Processo n.º 01671/14.6BEBRG**. Relator: Luís Migueis Garcia. Órgão Julgador: 1ª Secção - Contencioso Administrativo. Publicação: 11 set. 2015).

³²⁵ OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 141.

³²⁶ CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.^a ed. Lisboa: Âncora, 2016, p. 83.

O mérito, segundo Amaral, antes compreendido como justiça e conveniência, passa a ser analisado apenas sob o aspecto da conveniência, pois a justiça passou para o campo da legalidade a partir das disposições constantes no art. 266.º, n.º 2, da CRP, que a considera princípio geral do direito. Dessa forma, tanto a legalidade como a justiça são passíveis de controle jurisdicional. O autor arremata aduzindo que algumas diretrizes que pertenciam ao campo da conveniência são, hoje, padrões jurídicos da atividade administrativa, como algumas manifestações da proporcionalidade e imparcialidade, cuja violação passam para o campo da legalidade.³²⁷

Também os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade têm sido considerados valores que ensejam o controle da discricionariedade, enfrentando situações que, embora com aparência de legalidade, retratam verdadeiro abuso de poder.

Ao tratar do assunto, Antunes, mesmo colocando as regras de boa administração no campo do mérito, do não jurídico, ataca o entendimento que veda ao Poder Judiciário o exame do mérito; pois, se assim fosse, segundo o autor, o juiz não poderia fiscalizar a atividade discricionária da administração, ou seja, controlaria o exercício do poder discricionário, mas não o seu resultado, lembrando que tanto o exercício do poder discricionário como o seu resultado são jurídicos. Além disso, Antunes pondera que esse entendimento assenta em uma distinção rígida e positivista entre legalidade imediata e mediata (juridicidade).³²⁸

A partir dessa nova perspectiva, a doutrina portuguesa passa a apontar duas formas de controle a ser exercido pelos Tribunais. O primeiro seria o controle externo vinculado aos fins e competências estipulados na norma legal e, portanto, de fácil fiscalização. O segundo é o chamado controle intrínseco, no qual se coloca à prova o uso dos poderes discricionários. Torna-se mais dificultoso, porque o critério, nesse caso, não é a lei, mas os princípios que regem a atividade administrativa. Será necessário, então, analisar todo o processo que antecede o ato administrativo, bem como a sua fundamentação.³²⁹

O que se quer dizer com tudo isso é que não há mais a discricionariedade absoluta a cargo do administrador e imune ao controle jurisdicional. O administrador deve pautar sua

³²⁷ AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 87- 89.

³²⁸ ANTUNES, Luís Filipe Colaço – **A ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018, p. 284-285.

³²⁹ OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.ª ed. Lisboa: Almedina, 2016, p. 140.

conduta nos termos da Constituição e da legislação infraconstitucional. Em suma, “não se admite uma discricionariedade inteiramente livre da Carta”³³⁰.

A possibilidade de controle judicial dos atos discricionários, especialmente nos aspectos ligados aos direitos fundamentais, tem encontrado eco na doutrina contemporânea; “em outras palavras, qualquer ato discricionário que se torne lesivo a um dos princípios fundamentais, pode e deve ser anulado. Mais: são os atos discricionários, sob certo aspecto, aqueles que mais rigorosamente, no exercício do controle jurisdicional, devem ser controlados, não para tolher o administrador público, muito menos para usurpar suas funções, mas para, dentro dos limites razoáveis, coibir não apenas a impunidade de manifestos desvios de poder como motivações destituídas de consistência e ações insuficientes”³³¹.

Barroso, ao tratar do controle dos atos administrativos, caracteriza o Poder Judiciário como o “guardião da Constituição” para a garantia dos direitos fundamentais e dos valores democráticos, inclusive em face dos outros Poderes. “Nas demais situações, o Judiciário e, notadamente, o Supremo Tribunal Federal deverão acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferentes para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, segurança jurídica, isonomia e eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substanciais do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça”³³².

Sob esse enfoque, é possível constatar que o interesse público, que está implícito no requisito finalidade dos atos administrativos, está estabelecido prioritariamente na Constituição Federal³³³, na garantia dos direitos fundamentais, e serve como guias das ações do gestor, sendo que o *modus operandi* para o atingimento dos objetivos é de competência do administrador. Porém, o não cumprimento mínimo dessas metas (abalizadas pelos direitos fundamentais) seja pela omissão, seja pela escolha de políticas deficitárias, pode fazer incidir o controle jurisdicional.³³⁴

³³⁰ FREITAS, Juarez – **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais** 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 218.

³³¹ *Id.* – Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.) – **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 311-334, p. 315.

³³² BARROSO, Luís Roberto – Ano do STF: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Consultor Jurídico**. 1809-2829. 22 dez. 2008, p. 19.

³³³ BRASIL – **Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

³³⁴ REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão – Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discricionariedade Administrativa. In GARCIA, Emerson (Coord.) – **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 353-378, p. 371.

É nesse momento que trazemos à baila a boa administração e a possibilidade de revisão do ato administrativo pelo judiciário fundado nesse direito fundamental.

A extensão desse direito fundamental, conforme longamente explanado, conduz ao entendimento de que a Administração Pública tem o dever de melhor administrar, o que ultrapassa o dever de bem administrar. Isso representa que, em face de quatro ou cinco hipóteses boas, o administrador público não tem direito de escolher qualquer uma delas, mas a melhor sob o ponto de vista da eficiência, economicidade, transparência, justiça, etc. Se não o fizer, em face do que está posto na Constituição, o juiz tem mais do que o poder jurisdicional, tem o dever de, no exercício do controle da referida atividade administrativa, desfazer a decisão, por ser reflexo de uma ação que infringiu a obrigação de melhor administrar.

O exame jurisdicional, acerca do bom uso da discricionariedade administrativa, se dará por meio da verificação conjunta entre a legitimidade das ações administrativas e os limites legitimamente impostos pelo direito à boa administração. O juiz, nessas ocasiões, deverá cotejar o resultado do ato administrativo diante do caso concreto, com o disciplinado pelo ordenamento jurídico, a fim de verificar se o administrador público, ao realizar a escolha discricionária, empregou esforços suficientes para o fiel cumprimento da finalidade legal e da efetivação do interesse público, com vistas à segurança jurídica do administrador e à consecução do direito fundamental à boa administração. Em outras palavras, deverá verificar se a escolha administrativa, aparentemente válida, não se mostra violadora da boa administração, pois a liberdade é conferida somente para que o administrador público “desempenhe de maneira exemplar suas atribuições. Nunca para o excesso e nem para a omissão”³³⁵.

A liberdade da Administração Pública existe para que esta seja mais eficiente no cumprimento do direito à boa administração, o qual impõe a rejeição de toda e qualquer atuação arbitrária que descumpra o propósito público ou que ofenda os direitos fundamentais aos quais se encontra adstrita. É dizer: o agente público está livre para agir discricionariamente, desde que, para a sua decisão, leve em consideração as regras para uma boa administração e observe os ditames legais, os preceitos de direito e cumpra fielmente as finalidades públicas, sem causar ofensas à lei, aos direitos fundamentais ou aos princípios orientadores da atividade administrativa. Do contrário, a decisão administrativa que afetar direitos e interesses públicos estará sujeita à sindicabilidade.

³³⁵ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 43.

Finalmente, cabe ressaltar que a revisão do ato administrativo é conquista da evolução do constitucionalismo europeu. O controle da atividade da administração pública se sustenta para, inclusive, garantir a submissão de um órgão do Estado a outro, permitindo, assim, controlar a execução das leis, bem como garantir e tornar eficazes as liberdades jurídicas ou os interesses legítimos dos cidadãos.

Desse modo, todo o ato administrativo que afete um direito fundamental poderá ser revisto pelo judiciário, pois, em primeiro lugar nessa matéria, inexistente discricionariedade administrativa que não possa ser sindicada pelos Tribunais. Além disso, em última instância, é tarefa do judiciário examinar se existe ilegalidade e, principalmente, (in)constitucionalidade do ato administrativo.

3.5 Responsabilidade do Estado a partir do Direito à Boa Administração

A administração pública deve ser a primeira a garantir o direito à boa administração, tanto no que diz respeito às posições subjetivas dos cidadãos quanto no que se refere a seu valor objetivo na ordem jurídica.

A partir desse direito, surge, então, a necessidade de uma revisão ou, ainda, quem sabe, uma reformulação quanto ao tema “Responsabilidade do Estado”, especialmente no que tange ao exercício do poder discricionário.

Insta apregoar, antes de mais nada, que se está diante de um direito fundamental, conforme largamente explanado, insculpido na carta da República³³⁶ e na CF de 1988, sendo que toda a sua regulação deve se ater a exigências e padrões de maior efetividade jurídica, a fim de, então, reparar a ocorrência de danos advindos da ação ou inação da Administração Pública.

Denota-se, dessa forma, a relação quase umbilical entre a boa administração e a responsabilidade do Estado, pois ligadas, intimamente, pelo princípio da prossecução do interesse público, consagrado no n.º 1 do art. 266.º da CRP, visando à diligência e à efetividade da prestação do serviço público.

Relembra-se que a responsabilidade civil do Estado, também denominada extracontratual, representa a obrigação daquele em reparar os danos que seus agentes, no exercício de suas atribuições, causem a terceiros.

³³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, VITAL – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Tomo I, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra, 2007, p. 437.

Essa responsabilidade civil, como bem explica Caupers Eiró, nada mais é do que “a obrigação que recai sobre uma entidade envolvida em atividade de natureza pública que tiver causado prejuízos – fora do contexto de uma relação contratual – evidentemente”³³⁷.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a responsabilidade patrimonial extracontratual do Estado pode ser conceituada como “a obrigação que lhe incumbe de reparar economicamente os danos lesivos à esfera juridicamente garantida de outrem e que lhe sejam imputáveis em decorrência de comportamentos unilaterais, lícitos ou ilícitos, comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos”³³⁸.

Esse dever de indenizar consiste na consolidação do Estado Democrático de Direito fundado nos princípios da legalidade e da isonomia. Também “decorre do princípio da igualdade dos encargos sociais, segundo o qual o lesado fará jus a uma indenização toda vez que sofrer um prejuízo causado pelo funcionamento do serviço público”³³⁹.

Em nível comunitário, a reparação dos danos causados pelas instituições e seus agentes faz parte do conjunto de direitos elencados no art. 41.º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, que consagrou uma série de experiências no âmbito constitucional-administrativo, permitindo o desenvolvimento do direito à boa administração.

O objetivo da norma é claro, uma vez que assegura um direito intrínseco dos cidadãos europeus, exigindo, por conseguinte, um comportamento mais diligente da Administração, concedendo uma força jurídica maior a toda a violação que possa ocorrer. Verifica-se, assim, uma responsabilidade que congrega uma sanção de forma necessária.

Sob essa ótica, Ricardo Pedro assevera que a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia desenvolveu um mecanismo de responsabilização dos Estados Membros cujas condições devem ser demonstradas cumulativamente: “(i) que a norma jurídica violada vise atribuir direitos aos particulares, (ii) que a violação seja suficientemente caracterizada e (iii) que exista um nexo de causalidade directo entre a obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas”³⁴⁰.

No que se refere aos regimes de responsabilidade adotados por Portugal e Brasil, é relevante, antes de adentrarmos na problematização proposta, traçar, ainda que sinteticamente, as suas principais características.

³³⁷ CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.ª ed. Lisboa: Âncora, 2016, p. 314.

³³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 26.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 983.

³³⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto – **Responsabilidade Civil**. 19.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 210.

³⁴⁰ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 12.

Quanto ao ordenamento jurídico português, a questão da responsabilidade extracontratual está albergada no artigo 22.º da CRP e especialmente tratada na Lei n.º 67/2007, que estabelece o Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e demais Entidades Públicas (RCEE).³⁴¹

O artigo 22.º da CRP consagra um princípio geral sobre a responsabilidade civil do Estado e demais entidades públicas. A partir desse dispositivo constitucional, a doutrina menciona a possibilidade de identificar, além da função genérica de proteção dos particulares de condutas estatais, duas outras relacionadas: a função reparadora e a função preventiva e de controle do bom funcionamento dos serviços. A primeira garante aos lesados o ressarcimento dos danos causados pelos atos praticados pelos agentes do Estado e entidades públicas e, a segunda, sanciona o funcionamento anormal dos serviços públicos.³⁴²

No que se refere ao disciplinamento da legislação supracitada, impõe como sujeitos passíveis de responderem pelos danos, nas ações e omissões, as pessoas coletivas de direito público, bem como os titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes públicos, demais trabalhadores do serviço das entidades abrangidas, considerando-se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes e pessoas coletivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares.³⁴³

Cabe citar que a mesma norma inova ao tratar da responsabilidade estatal nas três funções de exercício de serviço público, ou seja, na esfera administrativa, na esfera legislativa e na esfera judicial. Frisa-se que o “o diploma revogado apenas disciplinava a

³⁴¹ “Lei n. 67/2007 - Artigo 1., 1 — A responsabilidade civil extracontratual do Estado e das demais pessoas colectivas de direito público por danos resultantes do exercício da função legislativa, jurisdicional e administrativa rege -se pelo disposto na presente lei, em tudo o que não esteja previsto em lei especial.”

³⁴² SAMPAIO, Jorge Silva – A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coords.) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 29-65, p. 32.

³⁴³ “Lei n. 67/2007 - Artigo 1

3 — Sem prejuízo do disposto em lei especial, a presente lei regula também a responsabilidade civil dos titulares de órgãos, funcionários e agentes públicos por danos decorrentes de acções ou omissões adoptadas no exercício das funções administrativa e jurisdicional e por causa desse exercício.

4 — As disposições da presente lei são ainda aplicáveis à responsabilidade civil dos demais trabalhadores ao serviço das entidades abrangidas, considerando -se extensivas a estes as referências feitas aos titulares de órgãos, funcionários e agentes.

5 — As disposições que, na presente lei, regulam a responsabilidade das pessoas colectivas de direito público, bem como dos titulares dos seus órgãos, funcionários e agentes, por danos decorrentes do exercício da função administrativa, são também aplicáveis à responsabilidade civil de pessoas colectivas de direito privado e respectivos trabalhadores, titulares de órgãos sociais, representantes legais ou auxiliares, por acções ou omissões que adoptem no exercício de prerrogativas de poder público ou que sejam reguladas por disposições ou princípios de direito administrativo”.

responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas colectivas públicas em sede de actos de gestão pública (rectius, função administrativa), ficando de fora do âmbito deste a regulação da função jurisdicional e da função legislativa”³⁴⁴.

Quanto à separação das funções do Estado e possibilidade de responsabilização, Miguel Assis Raimundo enfatiza que “o Estado agiu mal, e agiu mal de diversas maneiras; e que foi essa acção errada do Estado, essa incapacidade do Estado para dar resposta às necessidades diferentes, mas complementares, que um particular tem para fazer valer eficazmente os seus direitos (a necessidade de um legislador que legisle com qualidade e completude; de uma administração que actue bem e depressa; e de um tribunal que julgue bem e em tempo útil), que levou a que o particular tivesse sofrido os danos”³⁴⁵.

Em suma, a alteração trazida pela legislação, além da função administrativa, vem amparar não somente as diversas funções exercidas pelo Estado, mas principalmente a necessidade de reparar o dano sofrido na ação ou inação em todos os seus contextos de prestação de serviço público.

Especialmente quanto ao regime pelos danos ocorridos no exercício da função administrativa, constata-se que a responsabilidade civil extracontratual da Administração Pública se lastreia na ação ou omissão, por fato ilícito e risco, e configura-se em responsabilidade subjetiva e em responsabilidade objetiva.

No Capítulo II, Seção I, da RCEE aborda-se a Responsabilidade por Fato Ilícito, abrangendo a Responsabilidade Exclusiva, no artigo 7.º, de 1 a 4, e a Responsabilidade Solidária, em caso de dolo ou culpa grave, no artigo 8.º, de 1 a 4. No mesmo capítulo, analisa ilicitude (artigo 9.º) e culpa (artigo 10.º). Por fim, traz na Seção II, do mesmo capítulo, a Responsabilidade pelo Risco, no artigo 11.º, 1 e 2.

Nos termos do Regime, como visto, a responsabilização subjetiva pode ser exclusiva ou solidária. Há responsabilidade exclusiva do Estado e demais pessoas coletivas de direito público, nos moldes do artigo 7.º, n.º 1, quando o grau de culpa no exercício da função administrativa for limitado a leve, caracterizando responsabilidade subjetiva.³⁴⁶

³⁴⁴ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 13.

³⁴⁵ RAIMUNDO, Miguel Assis – Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado. In GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis (Coords.) – **Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas-Políticas, 2013. p. 23-48. [Consult. 30 set. 2020]. Disponível em WWW:https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf, p. 27.

³⁴⁶ “Artigo 7., 1- O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são exclusivamente responsáveis pelos danos que resultem de acções ou omissões ilícitas, cometidas com culpa leve, pelos titulares dos seus órgãos, funcionários ou agentes, no exercício da função administrativa e por causa desse exercício”.

No tocante à responsabilização solidária, a lei preceitua que, quando a ocorrência se der no exercício das funções e por causa dela, com dolo ou culpa grave ou grosseira, entendida como ações ou omissões ilícitas com diligência e zelo manifestamente inferiores ao exigido, deverá a Administração Pública, por vinculação, exercer o direito de regresso, sem prejuízo do procedimento disciplinar, para que se veja ressarcida do possível montante indenizatório, conforme estabelecido no artigo 8.º, n.º 1 e n.º 2, e artigo 6.º.³⁴⁷

Importante mencionar que o Regime delimita os graus de culpa para estabelecer se a responsabilidade será exclusiva do Estado ou com o agente, trazendo critérios de razoabilidade, zelo e cumprimento de atividades, além da presunção de culpa leve na prática de atos jurídicos ilícitos, sem prejuízo de demonstração de dolo e culpa grave, e por observar os princípios gerais da responsabilidade civil quando haja inobservância aos deveres de vigilância.³⁴⁸

Ainda, ressalta-se que a teoria do risco administrativo admite a concorrência da culpa do lesado para reduzir ou até elidir o direito à indenização³⁴⁹; para tanto, discorre o artigo 4.º do Regime.³⁵⁰

Quanto ao direito de regresso mencionado no caso de responsabilidade solidária, verifica-se que o Regime observou o disposto no artigo 271.º da Constituição Portuguesa, e ocorre quando a Administração Pública é condenada ao pagamento da indenização e deve, obrigatoriamente, ressarcir-se do causador direto do dano, o agente.³⁵¹ Importante mencionar que a lei disciplinou o direito de regresso nos casos de culpa grave ou dolo pelo fato funcional, ou seja, aquele fato produzido em decorrência da conexão do agente com a sua

³⁴⁷ “Artigo 6.º Direito de regresso 1- O exercício do direito de regresso, nos casos em que este se encontra previsto na presente lei, é obrigatório, sem prejuízo do procedimento disciplinar a que haja lugar. 2 — Para os efeitos do disposto no número anterior, a secretaria do tribunal que tenha condenado a pessoa colectiva remete certidão da sentença, logo após o trânsito em julgado, à entidade ou às entidades competentes para o exercício do direito de regresso”.

³⁴⁸ “Artigo 10.º Culpa 1-A culpa dos titulares de órgãos, funcionários e agentes deve ser apreciada pela diligência e aptidão que seja razoável exigir, em função das circunstâncias de cada caso, de um titular de órgão, funcionário ou agente zeloso e cumpridor.

2 - Sem prejuízo da demonstração de dolo ou culpa grave, presume -se a existência de culpa leve na prática de actos jurídicos ilícitos.

3 -Para além dos demais casos previstos na lei, também se presume a culpa leve, por aplicação dos princípios gerais da responsabilidade civil, sempre que tenha havido incumprimento de deveres de vigilância”.

³⁴⁹ CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.ª ed. Lisboa: Âncora, 2016, p. 322.

³⁵⁰ “Artigo 4.º Culpa do lesado Quando o comportamento culposo do lesado tenha concorrido para a produção ou agravamento dos danos causados, designadamente por não ter utilizado a via processual adequada à eliminação do acto jurídico lesivo, cabe ao tribunal determinar, com base na gravidade das culpas de ambas as partes e nas consequências que delas tenham resultado, se a indemnização deve ser totalmente concedida, reduzida ou mesmo excluída”.

³⁵¹ *Ibid.*, p. 323.

função, excluindo para tanto os casos de culpa leve. Nestes, a Administração responderá exclusivamente.³⁵²

Além disso, o Regime admite a indenização pelo sacrifício, preceituada no artigo 16.º, em decorrência de uma atividade do Poder Público que possa causar prejuízos, danos especiais ou anormais, a alguns em prol do interesse coletivo.³⁵³

O regime adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro difere um pouco daquele acolhido por Portugal. No Brasil, a regra é a responsabilidade objetiva do Estado que fora adotada somente com a Constituição de 1946, seguida pelas demais Cartas, até sua efetiva consagração no art. 37.º, § 6º,³⁵⁴ da atual CRFB.

Do disposto no artigo supracitado, a doutrina elenca cinco elementos: a) são sujeitos ativos da responsabilidade do Estado as pessoas jurídicas de direito público e as prestadoras de serviço público; b) desta atividade estatal deve originar um dano, não importando se a atividade é lícita ou ilícita; d) o nexo de causalidade, ou seja, o ofendido deve comprovar que esse dano decorreu de uma ação ou omissão do Estado; c) o dano deve ter sido causado pelo agente público que tenha agido nessa qualidade; d) haverá ação regressiva do Estado contra o agente público, desde que este tenha agido comprovadamente, com culpa ou dolo.³⁵⁵

A partir da leitura acima, percebe-se que a Constituição de 1988 consagrou duas relações de responsabilidade: “a) a do Poder Público e seus delegados na prestação de serviços públicos perante a vítima do dano, de caráter objetivo, baseada no nexo causal; b) a do agente causador do dano, perante a Administração ou empregador, de caráter subjetivo, calcada no dolo ou na culpa”³⁵⁶.

Extrai-se, então, que a administração direta e indireta responde objetivamente (Teoria do Risco Administrativo) enquanto o agente público responde de forma subjetiva (Teoria da Culpa Comum), devendo o lesado, nesse último caso, demonstrar, além do dano, nexo de causalidade e resultado, também o dolo ou a culpa do servidor público. Importante

³⁵² AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. Vol. 2, p. 591.

³⁵³ “Artigo 16.º Indemnização pelo sacrifício O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público indemnizam os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais, devendo, para o cálculo da indemnização, atender-se, designadamente, ao grau de afectação do conteúdo substancial do direito ou interesse violado ou sacrificado”.

³⁵⁴ “Art. 37, § 6 - As pessoas jurídicas de direito público e as de direitos privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra os responsáveis no caso de dolo ou culpa”.

³⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 30.ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 822-823.

³⁵⁶ MEDAUAR, Odete – **Direito Administrativo Moderno**. 19.ª ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015, p. 434.

frisar que, da forma como está concebida, a responsabilidade do servidor nada mais é do que a consequência da violação de normas internas da Administração Pública, a qual está subordinado. A falta funcional, assim, gera um ilícito administrativo, originado a partir de uma ação ou omissão, culposa ou dolosa causadora de um dano.

Quanto à responsabilidade por atos praticados pelo Poder Judiciário no exercício da função jurisdicional, bem como pela incidência ou não da responsabilidade civil do Estado em decorrência de atos ou omissões do Poder Legislativo e Regulamentar, há, ainda, divergência doutrinária e jurisprudencial no ordenamento jurídico brasileiro.³⁵⁷ Contudo, quanto aos atos judiciais e aos atos legislativos que não impliquem exercício da função jurisdicional ou função legislativa/regulamentar, é aplicada a regra geral da responsabilidade do Estado, pois tratam-se, evidentemente, de atos administrativos quanto ao seu conteúdo.

Sobre essa responsabilidade, ou seja, a responsabilidade na função administrativa recai nossa análise.

Retomando a ideia inicial de que o princípio da boa administração conduz à releitura da responsabilidade do Estado, especialmente no que se refere à prática de atos discricionários, uma vez que é possível que a discricionariedade administrativa esteja viciada por excesso ou pela omissão, necessária a abordagem de algumas questões.

Como demonstrado, no ordenamento brasileiro, por se tratar de responsabilidade objetiva, albergada na Carta Constitucional, não se encontra entre seus requisitos a ilicitude, pois desnecessária tal existência para o dever de reparar³⁵⁸, diante do nexo de causalidade entre o dano e a ação.

No entanto, o direito português, como visto, além de contemplar, na função administrativa, a responsabilidade pelo risco, também contempla a responsabilidade por

³⁵⁷ Os que refutam a responsabilização do Poder Judiciário argumentam que: a) o Poder Judiciário é soberano e independente; b) o juiz tem que agir com independência, sem o temor que suas decisões possa ensejar responsabilização; c) o magistrado não é agente público; d) indenizar o dano, nessas hipóteses, seria promover ofensa a coisa julgada. Ocorre que, cabe salientar, já há uma certa modificação que encontra guarida na jurisprudência pátria, em virtude da aplicação do art. 5.º, inc. LXXVIII, da CF, no sentido da demora na prestação jurisdicional. Quanto aos atos legislativos, encontramos os seguintes argumentos invocados em defesa da irresponsabilidade: a) o poder legislativo atua no exercício da soberania, podendo alterar, revogar, criar e extinguir situações, sem qualquer situação que não decorra da própria Constituição; b) o Poder Legislativo edita normas gerais e abstratas dirigida a toda a coletividade; os ônus delas decorrentes são iguais para todas as pessoas que se encontram na mesma situação; c) os cidadãos não podem responsabilizar o Estado por atos de parlamentares por eles mesmos eleitos. Contudo, deve-se salientar que tem sido aceita a responsabilidade por atos legislativos nas seguintes hipóteses: a) leis inconstitucionais; b) atos normativos do Legislativo e Executivo, eivados de vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade; c) leis de efeitos concretos, constitucionais ou não; d) omissão no poder de legislar e regulamentar (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 30.ª ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 830-837).

³⁵⁸ Esclarecedor o conceito de Di Pietro sobre responsabilidade extracontratual do Estado no ordenamento brasileiro: obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis ao agente público (*ibid.*).

factos ilícitos, que pode ser objetiva ou subjetiva, encontrando a ilicitude, nos moldes do art. 9.º, como um dos pressupostos necessários à sua constatação, juntamente com a culpa (ou sucedâneo), o dano e o nexo de causalidade³⁵⁹, aventando as hipóteses de ação ou omissão que contrariem princípios e regras constitucionais, legais e regulamentares; regras técnicas e deveres objetivos de cuidado, bem como que surjam em razão do funcionamento anormal do serviço.^{360,361}

Como visto, uma das hipóteses de ilicitude diz respeito ao funcionamento anormal do serviço, que ocorre quando o dano não decorreu de uma conduta ou quando for impossível determinar sua autoria, apresentada no artigo 7.º, n.º 3 e 4, definindo como anormal o serviço que, respeitando os padrões médios de resultado e circunstâncias, fosse razoavelmente exigível uma atuação que não causasse danos.³⁶²

Na seara da ilicitude, em face da boa administração, ressalta-se novamente o preceito do art. 266.º, n.º 1, da CRP, em que o Poder Público, na sua ação ou omissão, deve buscar a efetividade do interesse público observando “os direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos”³⁶³.

Assim, sob esse aspecto, o requisito da ilicitude estará cumprido logo que haja ofensa a direitos e interesses legalmente protegidos resultantes de funcionamento anormal do serviço³⁶⁴, em razão de uma atuação indevida geradora de danos.

³⁵⁹ PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 16.

³⁶⁰ “Artigo 9.º Ilicitude 1 — Consideram -se ilícitas as acções ou omissões dos titulares de órgãos, funcionários e agentes que violem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou infringjam regras de ordem técnica ou deveres objectivos de cuidado e de que resulte a ofensa de direitos ou interesses legalmente protegidos”

³⁶¹ Sobre a estrutura da referida norma, Ricardo Pedro menciona que o art. 9.º traz uma noção de ilicitude, decomposta em duas dimensões: a primeira dimensão, que incide sobre a conduta, estará configurada se restar verificado que as acções ou omissões dos titulares dos órgãos, funcionários e agentes violarem disposições ou princípios constitucionais, legais ou regulamentares ou, ainda, se infringirem regras de ordem técnica, ou deveres objetivos de cuidado bem explica as duas dimensões da litude, que incidem sobre a conduta e o resultado. Juntamente deverá ficar comprovada uma ofensa a direitos ou interesses legalmente protegidos (*ibid.*, *loc. cit.*).

³⁶² “Artigo 7., 3 - O Estado e as demais pessoas colectivas de direito público são ainda responsáveis quando os danos não tenham resultado do comportamento concreto de um titular de órgão, funcionário ou agente determinado, ou não seja possível provar a autoria pessoal da acção ou omissão, mas devam ser atribuídos a um funcionamento anormal do serviço.

4 -Existe funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos”.

³⁶³ ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In **PROVEDORIA DE JUSTIÇA – O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. p. 13-39. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf.

³⁶⁴ Verifica-se funcionamento anormal do serviço quando, atendendo às circunstâncias e a padrões médios de resultado, fosse razoavelmente exigível ao serviço uma actuação susceptível de evitar os danos produzidos, isto é, quando o serviço funcionou mal no seu conjunto, por falta anónima ou colectiva, gerando uma responsabilidade directa do Estado (PEDRO, Ricardo – *op. cit.*, p. 17).

Essa atuação indevida pode, além de resultar da violação de normas legais, regras de ordem técnica e deveres objetivos de cuidado, derivar da não observância de regras de boa administração as quais encontram-se, em parte, normatizadas. A ação deve, consequentemente, ser aferida no caso concreto, com base em parâmetros legais, técnicos, deveres objetivos de cuidado e pelas exigências de uma boa e correta administração.³⁶⁵

É o critério dos “padrões médios de resultado” que nos remete ao “serviço zeloso e cumpridor” da lei, das regras técnicas e/ou científicas e dos parâmetros da boa administração, especificados em lei ou em cartas deontológicas ou de desempenho profissional”³⁶⁶. Convém citar trecho do Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (atual Tribunal Geral) mencionado por Ana Fernanda Neves. Vejamos: “a verificação de uma irregularidade que, em circunstâncias análogas, uma administração normalmente prudente e diligente não teria cometido permite a conclusão de que o comportamento da instituição constitui uma ilegalidade suscetível de dar lugar à responsabilidade”³⁶⁷.

Já o das “circunstâncias” relaciona-se com os fatos que integram a atuação, bem como a sua complexidade, as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos legais, a avaliação dos recursos disponíveis, as vicissitudes, etc.³⁶⁸

Esses critérios serão aferidos para se determinar se era razoavelmente exigível um agir diferente, ou seja, se devia e podia ter sido outra a atuação.³⁶⁹

Neste contexto, o direito à boa administração faz com que o administrado exija serviços públicos adequados e efetivos, sob pena de, caso surja um dano, busque a reparação, em que se pode registrar a ideia de serviço defeituoso, aquele que “1ª) o serviço funcionou mal (culpa *in commitendo*); 2ª) o serviço não funcionou (culpa *in omittendo*); 3ª) o serviço funcionou tardiamente.”³⁷⁰

No mesmo sentido, Pedro Machete, em seu artigo sobre a responsabilidade da Administração, assevera que, “se o facto lesivo, praticado pela Administração Pública,

³⁶⁵ NEVES, Ana Fernanda – Artigo 9º N° 2. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coords.) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 440-477, p. 456.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 463-464.

³⁶⁷ *Ibid.*, p. 464.

³⁶⁸ *Ibid.*, p. 462.

³⁶⁹ *Ibid.*, p. 569.

³⁷⁰ DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho – **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 31.

também é ilícito, isso significa necessariamente que os serviços administrativos não funcionaram como deviam”³⁷¹.

Verifica-se, dessa forma, que o funcionamento anormal do serviço nada mais é do que uma manifestação de má administração. O fato ilícito consiste, em suma, em uma ação ou omissão do Estado em seu dever de boa e eficiente administração.

Além disso, nem precisaríamos recorrer a essa modalidade de ilicitude para fundamentar a responsabilidade do Estado-Administração, uma vez que, como visto, o direito/princípio da boa administração é justiciável, bastando, assim, recorrermos à primeira modalidade, ou seja, a violação das normas e princípios jurídicos.

Conforme prescrevem os princípios gerais da atividade administrativa, previstos no Código de Procedimento Administrativo, a Administração pauta sua atuação atinente a diversos princípios, sendo que, entre estes, pode-se albergar a questão da boa administração e da responsabilidade por ilicitude quanto a suas ações e omissões, aos princípios da legalidade, da prossecução do interesse público e da proteção aos direitos e interesses dos cidadãos, da boa administração e da responsabilidade.

Impõe demonstrar que o art. 3.^o³⁷² e o art. 16.^o³⁷³ do CPA estão intrinsecamente conectados com o art. 5.^o, que trata explicitamente do princípio da boa administração, no que se refere à obediência ao direito, à lei e às regras, pautando sua conduta na eficiência, economicidade e celeridade, sob pena de responsabilização por danos aos lesados.

Nesse sentido, considerando que a ilicitude está presente na responsabilização do ente público, definindo que tais ações ou omissões ilícitas, cometidas por culpa leve, culpa grave ou dolo, devem ser exclusivamente ou solidariamente reparadas, o princípio da boa administração deixa de ser observado, principalmente no que se refere a eficiência e economicidade.

Importante enfatizar que, para a devida reparação, faz-se necessária a demonstração de culpa grave ou dolo, presumindo-se culpa leve, na prática de atos ilícitos e

³⁷¹ MACHETE, Pedro – A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova. **Cadernos de Justiça Administrativa – Centro de Estudos Jurídicos do Minho**. N.º 69 (maio/jun. 2008), p. 30-40, p. 34.

³⁷² Art. 3.^o do Novo Código de Procedimento Administrativo (Decreto- Lei 4/2015)

“Princípio da Legalidade

1- Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respectivos fins.

2- Os atos administrativos praticados em estado de necessidade, com preterição das regras estabelecidas no presente Código são válidos, desde que os resultados não pudessem ter sido alcançados de outro modo, mas os lesados têm o direito de ser indenizados nos termos gerais da responsabilidade da Administração”.

³⁷³ Art. 16.^o do Novo Código de Procedimento Administrativo (Decreto- Lei 4/2015)

“Princípio da responsabilidade

A administração Pública responde, nos termos da lei, pelos danos causados no exercício da sua atividade”.

quando descumpridos os deveres de vigilância ou quando o agente agiu com diligência e zelo inferiores, mas não manifesto inferior, ao que estava obrigado a observar.

Carla Amado ressalta que a boa administração significa atender ao interesse público observando a juridicidade e a economicidade³⁷⁴, ou seja, a Administração Pública, na ação ou omissão, configurada como ilícita, nos termos do art. 9.º do RCEE, ofendendo direitos ou interesses legalmente protegidos, deixa de observar a eficiência, causando prejuízos à gestão e, por consequência, a toda sociedade, já que a reparação será arcada pelos cofres públicos, sem olvidar o exercício do poder vinculado do direito de regresso.

Assim, a violação do princípio da boa administração acarreta consequências jurídicas para além de constituir-se em um vício de mérito recorrível através de impugnações administrativas, podendo desencadear uma responsabilidade extracontratual por parte do Estado, fundamentando-se na violação dos deveres de cuidado ou no funcionamento anormal do serviço.

Evidenciando a doutrina brasileira, importante trazer à baila o entendimento traduzido pelo professor Juarez Freitas, de que, independentemente de a conduta ser lícita ou ilícita, o dever de indenizar está albergado pelos direitos fundamentais.

Indo diretamente ao ponto e, conforme o autor citado, tanto na abusividade como na inoperância, o que existe é uma não observância do princípio da proporcionalidade, que se desdobra pela necessidade de proteção da sociedade, não somente pela clássica função de proteção contra o arbítrio, mas, de igual modo, de proteção contra a própria omissão estatal.

Necessária, dessa forma, segundo o autor, a superação da leitura unilateral da proporcionalidade, traduzida na ideia de proibição do excesso. Imprescindível, portanto, a proibição da insuficiência, o que significa que o Estado não deve agir de forma inoperante ou, ainda, omissa. Essa dupla perspectiva decorre da imprescindibilidade de garantir os direitos fundamentais e do próprio Estado de Direito.

Importa lembrar que tal princípio, segundo a doutrina, divide-se em três aspectos fundamentais, a saber: proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. O meio escolhido deverá ser, em primeiro lugar, adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Esse aspecto, de acordo com Juarez Freitas, se entrelaça com os princípios da economicidade, da eficiência e da eficácia.³⁷⁵

³⁷⁴ GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55.

³⁷⁵ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 63.

Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando este se mostra como o mais suave dentre os diversos disponíveis. Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito dos outros. O agente público, dito de outro modo, está obrigado a sacrificar o mínimo para preservar ao máximo os direitos fundamentais.

Juarez Freitas bem sintetiza o dogma da proporcionalidade quando refere que a proporcionalidade não decreta apenas a adequação meio-fim, mas sua ofensa ocorre, não raro, quando na presença de valores legítimos a sopesar, o administrador prioriza indevidamente um deles em detrimento imotivado de outro.³⁷⁶

Elucida Lênio Streck: “Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o restado do seu sopesamento (*Abwagung*) entre fins e meios; de outro lado, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessidade de vinculação de todos os atos estatais à materialidade da constituição e tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador”³⁷⁷.

Assim, pode-se afirmar que essa diretriz evita que o poder público atue em excesso, impelindo-o ao cumprimento de suas tarefas positivas e negativas, muitas vezes negligenciadas, tudo para a proteção da intangibilidade nuclear dos direitos fundamentais.

Salienta-se, dessa forma, que aplicação do tríplice teste da proporcionalidade à teoria da responsabilidade civil do Estado insere a exigência de uma atuação equilibrada da administração, ou seja, deve ser examinada a conduta utilizando-se os aspectos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Com a adoção desses aspectos, verifica-se se os atos estatais são apropriados para o alcance dos objetivos propostos (adequação); se existe uma alternativa melhor, ou seja, se existe um ato estatal com capacidade de cumprir igual tarefa, com igual adequação, mas de

³⁷⁶ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

³⁷⁷ STRECK, Lênio – A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de Segurança em matéria criminal. Separando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. **Revista do Ministério Público** [Em linha]. N.º 53 (2004), p. 223-251. [Consult. 02 maio 2010]. Disponível em WWW:https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf.

forma menos ofensiva aos interesses, direitos e bens lícitos preteridos (necessidade) e se as vantagens fático-jurídicas suplantam as desvantagens (proporcionalidade em sentido estrito).

A partir da aplicação da proporcionalidade, Juarez Freitas propõe uma reformulação quanto aos requisitos de aferição de responsabilidade: “a) a existência de dano material ou imaterial, juridicamente injusto e desproporcional, causado a terceiro [...] afrontando direito fundamental à boa administração; b) o nexo causal direto; c) conduta omissiva ou comissiva do agente [...]”³⁷⁸.

No que tange ao dano, assevera o autor que ele se caracteriza por ser certo, especial, ainda que reflexo e discrepante dos parâmetros da normalidade, ou seja, desproporcional, transcendendo, dessa forma, o rígido corte entre atos lícitos e ilícitos: “se configurada a antijuridicidade (ação ou omissão anômala e desproporcional), haverá nexo causal e dever de indenizar: não há motivo para indagar sobre ilicitude (culpa ou dolo) do agente, mas somente acerca da antijuridicidade dos efeitos. Presente o vício por ofensa aos princípios, haverá dano anômalo, ainda que a conduta do agente possa ser catalogada como lícita em sentido estrito”³⁷⁹.

Examinando tais requisitos acima, verifica-se que a proporcionalidade surge como uma salvaguarda dos direitos fundamentais, pois o agente público deverá sacrificar o mínimo para preservar o máximo dos direitos fundamentais, sob pena de ser responsabilizado caso advirem danos a terceiros.³⁸⁰

Conforme pondera Juarez Freitas, a proporcionalidade, no controle de ações e omissões estatais, deve ser aplicada com intensidade de forma a corrigir os vícios da discricionariedade por excesso ou omissão.³⁸¹ Adverte também que o “princípio da responsabilidade do Estado pelas condutas causadoras de lesão antijurídica passa a experimentar os efeitos da sindicabilidade aprofundada, mormente em face dos riscos inerentes à intervenção estatal”³⁸².

Como observa José Luis Meilán Gil, o Poder Público deve exercer sua função em observância às regras e aos princípios que abarcam o Estado de Direito e, consequentemente, respeitar os direitos fundamentais impostos à atuação da Administração estatal. Para tanto, o autor sintetiza: “En síntesis consiste en que toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y órganos de la UE “traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un

³⁷⁸ FREITAS, Juarez – **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 69-70.

³⁷⁹ *Id.* – **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 101.

³⁸⁰ *Id.* – *op. cit.*, 2009, p. 64.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 69.

³⁸² *Ibid.*

plazo razonable”. Esta expresión permite un entendimiento no necesariamente ligado al sentido garantista que domina, sin embargo, en la concreción que de ese enunciado general se realiza en los apartados siguientes del artículo: derecho de toda persona a ser oída antes de que se adopte una medida individual que le afecte desfavorablemente, a acceder al expediente que le concierna, obligación de la Administración a motivar sus decisiones, posible reparación de daños”³⁸³.

Diante de todo este contexto, é inquestionável que a responsabilidade da Administração Pública vem intrinsecamente conjugada com o princípio da boa administração, que está adstrito a melhor prestação de serviço público, utilizando-se de planeamento para elaborar políticas públicas adequadas e efetivas, atendendo aos problemas sociais existentes, haja vista que o direito à reparação ao dano, diante de uma administração precária, insuficiente ou inadequada, encontra-se no bojo dos direitos fundamentais.

³⁸³ GIL, José Luis Meilán – El Paradigma de La Buena Administración. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**. Vol. 17 (2013), p. 233-258, p. 236, 245. [Consult. 05 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4729284&orden=1&info=link>.

CONCLUSÃO

A presente dissertação orientou-se pelo objetivo de apresentar o direito à boa administração e sua importância no contexto da redefinição das funções do Estado e do próprio direito administrativo do século XX. Estes se interligam com os direitos fundamentais consentâneos de uma gestão pública mais democrática e conforme com os mandamentos constitucionais.

Depreende-se que o direito à boa administração está inserido nas transformações ocorridas nas relações entre o Estado-Administração e os administrados, que se situam na posição de cidadãos e de participantes ativos da gestão pública, e não mais na condição de súditos ou apenas beneficiários de um serviço a ser-lhes alcançado.

Em que pese sua recente introdução em normas de direito internacional, bem como em normas internas de alguns países, as raízes do direito à boa administração remontam um momento anterior, mais precisamente o ano de 1917, quando o Conselho de Estado francês desenvolveu o instituto do desvio de poder. A partir desse marco, Hauriou, ao conceituar moralidade administrativa, tratou do bem administrar, seguido por Welter e Lacharrière, os quais afirmavam que o gestor, além de estar adstrito à satisfação da intenção legal, também deveria observar as regras de boa administração, as quais encontravam-se na área do dever.

Mais recentemente, de acordo com a doutrina, a expressão teria aparecido de forma autônoma no bojo de processos judiciais, em que particulares buscavam a reparação de prejuízos causados pela administração. Além disso, diversas Constituições Europeias trataram da boa administração, ora de forma implícita, a partir da interpretação de outros princípios ou subdireitos constitucionais relativos à administração pública, ora de forma explícita, como o art. 97.º da Constituição Italiana de 1947.

A efetiva codificação do direito à boa administração, em nível europeu, iniciou com o Ombudsman Jacob Soderman, que defendeu sua inclusão dentro do rol de direitos fundamentais do cidadão europeu. A referida proposta foi levada a cabo pela Convenção Europeia por meio do art. 41.º da Carta de Direitos, com efeito vinculante, em razão do Tratado de Lisboa, sendo que o seu conteúdo é resultado de um processo de construção pretoriana a partir da identificação de um núcleo de direitos procedimentais – verdadeiros novos direitos humanos administrativos. Logo em seguida, após a proclamação da Carta, o Provedor de Justiça propôs ao Parlamento Europeu a aprovação de um Código de Boa

Conduta Administrativa, que abarcou questões relativas à eficiência e prevenção da corrupção.

Especificamente quanto ao ordenamento jurídico português, sua efetiva consagração se deu com revisão produzida no Código de Procedimento Administrativo de 2015. Contudo, parte da doutrina já o mencionava como um direito implícito, a partir da interpretação das normas constitucionais e do próprio preâmbulo do CPA, que aponta para a boa administração como uma exigência derivada de princípios, como a participação, a aproximação das populações e a eficiência (presentes no art. 267.º da CRP). Ocorre que os critérios utilizados no direito português, face ao direito europeu, são diferentes, porém não são desconformes. O direito português interliga a boa administração com a legalidade e a eficiência, com forte acentuação economicista. Boa administração, no direito português é, na verdade, “boa gestão de recursos”.

No ordenamento jurídico brasileiro, concluiu-se também pelo seu reconhecimento com amparo em inúmeros dispositivos do texto constitucional, que, em um processo interpretativo, resulta na identificação do referido direito implícito. Importa mencionar que o próprio grau de desenvolvimento normativo da Constituição Brasileira permite falar em direito implícito, em virtude da abertura do catálogo de direitos fundamentais, elencado no art. 5.º, parágrafo 2. Quanto ao conteúdo do direito à boa administração, cumpre referir que a doutrina lhe confere contornos próprios, diferentes daqueles delineados pela Carta de Nice e também pelo CPA Português. No Brasil, o conceito abriga em seu corpo um conjunto de direitos, dentre os quais figura, sem exclusão de outros, o direito a uma administração eficiente, eficaz, cumpridora dos seus deveres, transparente, imparcial, proba e receptiva à participação social. Além do mais, decorrem também da boa administração o direito à ampla defesa, ao contraditório, à motivação das decisões, desenhando, dessa forma, o devido processo perante a administração pública.

No direito da União, a boa administração surge como mescla de duas realidades, ou seja, por um lado está ligada à ideia de civismo, urbanidade, ética de serviço e, por outro, atrelada à concepção do devido processo legal que se entrelaça e ganha forma entre princípios como o da participação, do contraditório etc. Aponta-se, em nível europeu, que a definição de boa administração comporta vários níveis interconectados (três camadas): direitos procedimentais, princípios procedimentais e *standards* de atuação.

Percebeu-se que o direito à boa administração pode ser conectado a diversos aspectos da Administração Pública. Contudo, a que suscita uma análise mais detalhada é a discricionariedade administrativa à luz do direito fundamental à boa administração pública.

Por isso, realizou-se uma leitura não antagônica da discricionariedade e da vinculação que permeiam a atuação administrativa. Assim, verifica-se que a discricionariedade não é mais um espaço imune ao controle judicial e tampouco a vinculação é apenas vinculação à legalidade, uma vez que não somente de regras se forma o sistema jurídico, mas da vinculação ao sistema como um todo, ou seja, da vinculação aos princípios, às regras e aos valores.

O mérito do ato administrativo tem de continuar, em tese, direta e imediatamente, livre de controle jurisdicional. Como núcleo da discricionariedade administrativa, há de se reconhecer a valoração feita pelos órgãos da administração, uma vez que continua a ser considerada como espaço de valoração segundo critérios de conveniência e oportunidade a serem perfectibilizados pela autoridade à qual se conferiu o referido poder. Contudo, não podemos olvidar que, ao longo dos anos, o mérito sofreu uma redução em razão da ampliação da legalidade, na qual o administrador, além de respeitar os limites impostos pela lei, deve respeitar a Constituição e os princípios basilares do ordenamento jurídico.

Superada a revisão das diversas teorias que tratam dos conceitos indeterminados e da discricionariedade, vislumbra-se que, efetivamente, algumas vezes tais conceitos conferem discricionariedade e outras tantas não, contudo na sua aplicação a administração pública tem o dever de “ponderar todos os pontos de vista de interesse para os direitos, liberdades e garantias relevantes para a solução do caso concreto”³⁸⁴.

A liberdade do administrador encontra limites e parâmetros, pois, como vimos, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. O parâmetro de partida pode ser uma referência da lei, porém não pode ser o único. A referência aos princípios fundamentais do sistema e à necessária motivação são alguns – e os mais importantes – critérios. A doutrina portuguesa menciona duas espécies de limites à discricionariedade, quais sejam, limites legais e limites por meio da autovinculação. Ainda referente ao aspecto de imposição de balizas à discricionariedade, encontraremos a orientação de Freitas, o qual defende a aplicabilidade do direito fundamental à boa administração como forma de mecanismo de controle ou como limitador para as escolhas do agente público.

Optou-se, então, por qualificar a boa administração como direito fundamental autônomo, mesmo diante de eventual arguição de que os direitos albergados em seu âmbito possuem previsão explícita nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. A consequência direta da atribuição da qualificação de fundamental a um direito é o caráter

³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993, p. 583.

vinculativo imediato sobre os poderes públicos. Conforme refere Vanice Lírío do Vale, “o caráter fundamental do direito à boa administração prescinde de interposição legislativa para sua imediata influência sobre o modo de condução da ação estatal”³⁸⁵.

Sabe-se que, com a constitucionalização do direito administrativo, os direitos fundamentais passam a vincular juridicamente a atuação do administrador, que, no exercício da discricionariedade, deverá seguir a Constituição e observar os direitos fundamentais, a fim de que não ocorram desvios de finalidade e transgressões recorrentes, tanto por ação como por omissão. Assim, diante de escolhas administrativas igualmente válidas, o administrador público tem que optar por aquela que, no plano concreto, não se mostre transgressora dos princípios e dos direitos fundamentais, especialmente tendo em mente o primado do direito fundamental à boa administração pública.

Como visto, a discricionariedade não é mais uma escolha livre. Ela é, na verdade, uma escolha finalística por estar vinculada ao atendimento do interesse público, que, em um Estado Democrático de Direito, deve ser compreendido como a realização e a tutela dos direitos fundamentais. Pode-se, então, estabelecer um elo entre o poder discricionário e a satisfação do interesse público a partir do dever de bem administrar.

A partir dessas afirmações frisa-se que, para que haja o efetivo controle da atividade administrativa, imperioso o exercício fundamentado de suas competências. Somente com a motivação explícita dos fundamentos de fato e de direito que levaram o administrador a decidir é que se poderá aferir qualquer arbitrariedade, ou seja, qualquer espécie de abuso, ou por excesso ou por inoperância. A falta de motivação é vício autônomo capaz de ensejar a decretação de nulidade do ato.

Em decorrência disso, o controle passa a ser mais rigoroso. Assim, percebe-se que, no que se refere à própria administração, não há dúvidas quanto ao seu próprio controle, uma vez que, em razão do princípio da autotutela, a Administração Pública poderá rever seus próprios atos, restaurando, dessa forma, a sintonia com a norma, em plena fidelidade e obediência ao princípio da legalidade. Quanto ao Poder Judiciário, inicialmente a doutrina defendia a impossibilidade de controle. Contudo, posto que o Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos do ato administrativo, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, já que tais razões são vinculadas aos princípios e aos direitos fundamentais, a doutrina portuguesa elenca duas espécies de controle do ato discricionário, ou seja, o controle externo e o controle intrínseco. O primeiro é o controle no

³⁸⁵ LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 75.

que toca aos fins e às competências estipuladas. Já o segundo é mais vago e ao mesmo tempo mais abrangente, sendo constituído pelos princípios jurídicos que devem nortear a administração, para decidir com base em poderes discricionários. É necessário analisar todo o processo que antecede os atos administrativos, bem como a fundamentação que os justifica.

O direito à boa administração, da mesma forma, influencia na responsabilidade extracontratual do Estado, pois vincula o agente público, que, no exercício de suas atribuições, deve observar os comandos ético-normativos prescritos na Constituição, mitigando sua liberdade de atuação tanto para o excesso como para as omissões. Assim, toda a conduta (lícita ou ilícita) que gere danos a terceiros viola não somente a previsão constitucional, mas o regime jurídico estruturado.

Verifica-se, então, a necessidade de um redimensionamento das teorias até então consagradas nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro, sob o prisma da proporcionalidade, em sua dupla dimensão, ou seja, para a efetiva proteção da sociedade, não somente na clássica função de proteção contra o arbítrio, mas também de proteção contra as omissões e inoperâncias estatais.

Por fim, ressalta-se que o direito à boa administração implica em dois sentidos: para o administrador, significa a exigência de atuar de forma compatível com as regras e os princípios constitucionais, com vista à prossecução do interesse público; e, para o administrado (cidadão), o direito de exigir uma gestão eficiente, eficaz, transparente, especialmente na gestão dos recursos públicos, sem esquecer a respectiva responsabilização dos agentes por atos danosos.

FONTES DOCUMENTAIS

BRASIL – **Constituição Federal do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Brasília: Senado Federal, 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 1.065/DF**. Relator: Ministro Vicente Leal. Julgamento: 29 jun. 1999. Órgão Julgador: Sexta Turma. Publicação: DJ, 04 mar. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n.º 11.050-RJ**. Relator: Ministra Eliana Calmon. Julgamento: 22 fev. 2000. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento: 1º ago. 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – **Agravo de Instrumento n.º 142.348/MG**. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgamento: 02 ago. 1994. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJU, 24 mar. 1995.

EUROPA. Parlamento Europeu. Conselho Europeu de Colónia. Conclusões da Presidência – **Reunião de 3-4 de junho de 1999**. [Em linha]. Colónia: PE, 1999. [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:http://www.europarl.europa.eu/summits/kol2_pt.htm#an4.

PORTUGAL. Assembleia da República – **Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976**. VII Revisão Constitucional [2005]. Coimbra: Almedina, 2017.

PORTUGAL. Assembleia da República – **Decreto-Lei n. 04/2015, de 07 de janeiro**. Código do Procedimento Administrativo. [Em linha]. Lisboa: Diário da República Eletrónico, 2015. [Consult. 24 abr. 2017]. Disponível em WWW:[http://www.cmalmodovar.pt/data/menus/servicos/DAF/Legislacao/dl_4_2015\(jan_2015\).pdf](http://www.cmalmodovar.pt/data/menus/servicos/DAF/Legislacao/dl_4_2015(jan_2015).pdf).

PORTUGAL. Supremo Tribunal Administrativo – **Processo n.º 0811/10**. Relator: Pais Borges. Órgão Julgador: 1ª Secção - Contencioso Administrativo. Publicação: 30 jun. 2011.

PORTUGAL. Tribunal Central Administrativo Norte – **Processo n.º 01671/14.6BEBRG**. Relator: Luís Migueis Garcia. Órgão Julgador: 1ª Secção - Contencioso Administrativo. Publicação: 11 set. 2015.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBOUD, Georges – O Mito da Supremacia do interesse público sobre o privado - a dimensão constitucional dos direitos fundamentais e os requisitos necessários para autorizar a restrição a direitos fundamentais. [Em linha]. **Revista dos Tribunais**. ISSN 0034-9275. N.º 907 (2011), p. 1-37. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:https://www.academia.edu/20309804/o_mito_da_supremacia_do_interesse_publico_sobre_o_privado_a_dimensao_constitucional_dos_direitos_fundamentais_e_os_requisitos_necessarios_para_se_autorizar_restricao_a_direitos_fundamentais.
- ALEXY, Robert – **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ISBN 9788574208725.
- ALMEIDA, Mário Aroso – O Provedor de Justiça como garante da boa administração. [Em linha]. In PROVIDORIA DE JUSTIÇA – **O Provedor de Justiça. Estudos. Volume Comemorativo do 30º Aniversário da Instituição**. Lisboa, 2006. ISBN 972-8879-02-4. p. 13-39. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:http://www.provedor-jus.pt/archive/doc/Estudos_VolumeComemorativo30Anos.pdf.
- AMARAL, Diogo Freitas – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724064963. Vol. 2.
- ANTUNES, Luís Filipe Colaço – **A ciência Jurídica Administrativa. Noções Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 9789724049052.
- BAPTISTA, Isabelle de – O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. **Fórum Administrativo – Direito Público**. ISSN 1678-8648. Vol. 11, n.º 130 (2011), p. 50-62.
- BARROSO, Luís Roberto – Ano do STF: Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Consultor Jurídico**. ISSN 1809-2829. 22 dez. 2008.
- BARROSO, Luis Roberto – Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. ISSN 2238-5177. N.º 240 (2005), p. 1-42. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>.
- BASTOS, Celso Ribeiro – **Curso de Direito Administrativo**. 3.ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999. ISBN 8502018531.

- BINENBOJM, Gustavo – **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2.^a ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2018. ISBN 9788571477049.
- BITENCOURT NETO, Eurico – Há um direito fundamental à boa administração pública? In GODINHO, Helena Telino Neves; FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (Coords.) – **Direito Constitucional em Homenagem a Jorge Miranda**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011. ISBN 9788538401636. p. 151-170.
- BOUSTA, Rhita – **Essai sur la notion de bonne administration en droit public**. Paris: L'Harmattan, 2010. ISBN 9782296130906.
- BRANDÃO, Antônio José – Moralidade Administrativa. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. ISSN 2238-5177. Vol. 25 (1951), p. 454-467. [Consult. 08 Set 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.^a ed. Coimbra: Almedina, 2017. ISBN 9789724021065.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes – **Direito Constitucional**. 6.^a ed. Coimbra: Almedina, 1993. ISBN 972400757x.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, VITAL – **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Tomo I, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra, 2007. ISBN 9788520330449.
- CARDOZO, Maria Izabel Andrade – **Discrecionariedade e Controle Jurisdicional da Concorrência Pós-Constituição de 1998**. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica, Rio de Janeiro, 2005.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos – **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 9788522487417.
- CARVALHO, Matheus – **Manual de Direito Administrativo**. 2.^a ed. Bahia: JusPodivm, 2015. ISBN 9788544202005.
- CARVALHO, Valter Alves – O direito à boa administração pública como instrumento de hermenêutica constitucional. [Em linha]. In CONPEDI, 21., Instituições Políticas, Administração Pública e Jurisdição Constitucional, 21., Rio de Janeiro – **Anais [...]**.

- Rio de Janeiro: UFF, 2012, [p. 312-336] p. 1-25. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=234a1273487bf7b2>.
- CAUPERS, João; EIRÓ, Vera – **Introdução ao Direito Administrativo**. 12.^a ed. Lisboa: Âncora, 2016. ISBN 978-972-78-0564-8.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 18.^a ed. São Paulo: Atlas, 2005. ISBN 9788522439874.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Direito Administrativo**. 30.^a ed. São Paulo: Forense, 2017. ISBN 9788530973261.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 9788522471409.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella – **Do Direito Privado na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 1989. ISBN 8522404909.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho – **Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. ISBN 8573086963.
- ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás Ramón – **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. ISBN 9788520356913.
- FAGUNDES, Seabra – Conceito de mérito no direito administrativo. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. ISSN 2238-5177. Vol. 23 (1951), p. 1-16. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/11830/10758>.
- FALZONE, Guido – **Il Dovere di Buona Amministrazione**. Milano: Giuffrè, 1953.
- FERNANDES, Karen Ilanit – **A discricionariedade administrativa face ao princípio da boa administração**. 2015. Tese (Mestrado em Ciência Jurídico-Administrativa) – Faculdade de Direito, Universidade do Porto, Porto, 2015.
- FERNANDES, Sophie Perez – A Boa Administração nas “calhas de roda” dos discursos jurídico-constitucionais português e da União – “Gira a entreter a razão”...? **UNIO - EU Law Journal**. ISSN 2183-3435. Vol. 3, n.º 1 (jan. 2017), p. 95-113.
- FREITAS, Juarez – As políticas públicas e o direito fundamental à boa administração. Em [Linha]. **Nomos – Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito – UFC**. ISSN

- 1807-3840. N.º 1 (2015), p. 195-216. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://www.periodicos.ufc.br/nomos/article/view/2079>.
- FREITAS, Juarez – Direito fundamental à boa administração pública e o reexame dos institutos da autorização de serviço público, da convalidação e do “poder de polícia administrativa”. In ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (coord.) – **Direito Administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. ISBN 978-85-405-0161-4. p. 311-334.
- FREITAS, Juarez – **Direito Fundamental à Boa Administração**. 3.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014. ISBN 9788539202430.
- FREITAS, Juarez – **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 9788574209302.
- FREITAS, Juarez – **Estudos de Direito Administrativo**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 1997. ISBN 8574204196.
- FREITAS, Juarez – **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais** 5.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2013. ISBN 9788539202027.
- FREITAS, Juarez – Políticas Públicas, Avaliação de Impactos e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. [Em linha]. **Sequência**. ISSN 2177-7055. N.º 70 (jan./jun. 2015), p. 115-133. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.scielo.br/pdf/seq/n70/0101-9562-seq-70-00115.pdf>.
- GIL, José Luis Meilán – El Paradigma de La Buena Administración. **Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña**. ISSN: 1138-039X. Vol. 17 (2013), p. 233-258. [Consult. 05 nov. 2020]. Disponível em WWW:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4729284&orden=1&info=link>.
- GOMES, Carla Amado – Princípio da boa administração – tendência ou clássico? **A & C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ISSN 1516-3210. Ano 18, n.º 73 (jul./set. 2018), p. 35-55.
- GONÇALVES, Carlos Roberto – **Responsabilidade Civil**. 19.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2020. ISBN 9788553615131.
- GONÇALVES, Pedro Costa – **Manual de Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2019. ISSN 9789724081359. Vol. 1.

- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti – O desvio de Poder em Atos Administrativos. In MARQUES NETO Floriano de Azevedo; ALMEIDA Fernando Dias Menezes de; NOHARA Irene Patrícia; MARRARA Thiago (Orgs.) – **Direito e Administração Pública: Estudos em Homenagem a Maria Sylvia Zanella di Pietro**. 3.^a ed. São Paulo: Atlas, 2012. ISBN 978-85-224-7996-2. p. 795-821.
- JUSTEN FILHO, Marçal – **Curso de Direito Administrativo**. 12.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. ISBN 9788520369296.
- KOHL, Cleize; LEAL, Mônica – Boa Administração Pública e fundamentos constitucionais das políticas pública na perspectiva do Supremo Tribunal Federal. [Em linha]. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**. ISSN 1984-8196. Vol. 5, n. 7 (2015), p. 188-196. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2015.72.08/4725>.
- KRELL, Andreas – **Discrecionalidade Administrativa e proteção ambiental. O controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Um estudo comparativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. ISBN 8573483091.
- LANZA, Elisabetta – The right to good administration in the European Union: Roots, rationes and enforcement in antitrust case-law. [Em linha]. **Teoria del Diritto e dello Stato**. ISSN 1721-8098. Vol. 1-2-3 (2008), p. 479-490. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1593523.
- LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina – **Direito fundamental à boa administração e governança: democratizando a função administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. ISBN 9788577004645.
- LOCKE, John – **Dois Tratados sobre o Governo**. Trad. Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998. ISBN 8533608969.
- MACHADO, Jónatas – **Direito da União Europeia**. 2.^a ed. Coimbra: Coimbra, 2014. ISBN 9789723222807.
- MACHETE, Pedro – A responsabilidade da Administração por facto ilícito e as novas regras de repartição do ónus da prova. **Cadernos de Justiça Administrativa – Centro de Estudos Jurídicos do Minho**. ISSN 0873-6294. N.º 69 (maio/jun. 2008), p. 30-40.
- MAFFINI, Rafael – **Elementos de Direito Administrativo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. ISBN 9788569538523.

- MALLÉN, Beatriz Tomás – **El Derecho Fundamental a una buena administración**. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2004. ISBN 8473512200.
- MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva – **Transparência Administrativa: publicidade, motivação e participação popular**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2010. ISBN: 9788502098589.
- MEDAUAR, Odete – **Direito Administrativo Moderno**. 19.^a ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2015. ISBN 9788520359617.
- MEIRELLES, Hely Lopes – **Direito Administrativo Brasileiro**. 42.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2016. ISBN 9788539203192.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Curso de Direito Administrativo**. 26.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009. ISBN 9788574209340.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade Administrativa**. [Em linha]. Recife: Faculdade de Direito, 2000. ISBN 9788539204335. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2016/01/Discricionariedade-administrativa.pdf>.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de – **Discricionariedade e Controle jurisdicional**. 2.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006. ISBN 8574200492.
- MENDES, Joana – Good administration in EU law and the European code of good administrative behavior. [Em linha]. **European University Institute. Working Papers Law**. ISSN 1725-6739. N.º 9 (2009), p. 1-13. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<http://ssrn.com/abstract=1554907>.
- MONCADA, Luís Cabral – Princípio Geral da Boa administração no Direito Administrativo. In JÚDICE, José Miguel *et al.* (Orgs.); GONÇALVES, Pedro Costa (Coord.) – **Estudos de Homenagem a Mário Esteves de Oliveira**. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN 978-972-40-7772-7. p. 751-765.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Apontamentos sobre a reforma administrativa. Emenda Constitucional n.º 19, de 4 de junho de 1998**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. ISBN 8571471223.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Curso de Direito administrativo. Parte Introdutória. Parte Geral. Parte Especial**. 14.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. ISBN 8530921070.

- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – **Legitimidade e discricionarietà: Novas Reflexões sobre os limites e controle da discricionarietà**. 4.^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. ISBN 8530912217.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo – Princípio da Moralidade e as Categorias Constitucionais de Interesse. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. ISSN 0101-2096. N.º 199 (1992), p. 1-44 [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=ODU3Ng%2C%2C>.
- MORGADO, Cintia – Direito à boa administração. Recíproca dependência entre direitos fundamentais, organização e procedimento. [Em linha]. **Revista de Direito Processual Geral**. ISSN 2595-0630. N.º 65 (2010), p. 68-94. [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<https://www.pge.rj.gov.br/comum/code/MostrarArquivo.php?C=MTE0Ng%2C%2C>.
- MUNÓZ, Jaime Rodríguez-Arana – **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. ISBN 9788577006311.
- MUÑOZ, Jaime Rodríguez-Arana – El Derecho Fundamental a la Buena Administración en el marco de la lucha contra la corrupción. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. ISSN 1516-3210. Ano 10, n.º 40 (2010), p. 117-149. [Consult. 2 Jan 2020]. Disponível em WWW:https://www.researchgate.net/publication/333726985_El_derecho_fundamental_a_la_buena_administracion_en_la_Constitucion_española_y_en_la_Union_Europea.
- NEVES, Ana Fernanda – Artigo 9º N.º 2. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coords.) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6. p. 440-477.
- OLIVEIRA, Fernanda Paula; FIGUEIREDO DIAS, José Eduardo – **Noções Fundamentais de Direito Administrativo**. 4.^a ed. Lisboa: Almedina, 2016. ISBN 9789724059518.
- OSÓRIO, Fábio Medina – **Teoria da Improbidade Administrativa**. 2.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. ISBN 9788520338346.
- OTERO, Paulo – **Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. Lisboa: Almedina, 2003. ISBN 9789724019536.

OTERO, Paulo – **Manual de Procedimento Administrativo**. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2016. ISBN 9789724053882.

PAZZAGLINI FILHO, Marino – **Princípios Constitucionais Reguladores da Administração Pública: agentes públicos, discricionariedade administrativa, extensão da atuação do Ministério Público e do Controle do Poder Judiciário**. São Paulo: Atlas, 2000. ISBN 8522424624.

PEDRO, Ricardo – **Estudos sobre Administração da Justiça e Responsabilidade Civil do Estado**. Lisboa: AAFDL, 2016. ISBN 9789726290629.

PEGORARO, Lucio – Existe un derecho a la buena administración (Algunas consideraciones sobre el (ab)uso de la palabra “derecho”). In ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.) – **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. ISBN 978-8490041451. p. 36-41.

PONCE SOLÉ, Juli – El derecho a buena administración, La discrecionalidad administrativa y La mejora de La gestión pública. [Em linha]. **Revista da Procuradoria-Geral do Município de Juiz de Fora**. ISSN 2319-0671. N.º 2 (2012), p. 305-321. [Consult. 2 jan. 2020]. Disponível em WWW:<https://www.pjf.mg.gov.br/secretarias/pgm/revista/arquivos/2012.zip>.

PONCE SOLÉ, Juli – El Derecho a una Buena Administración y el Derecho Administrativo Iberoamericano del siglo XXI. Buen Gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción. [Em linha]. In ROSATTI, Horacio *et al.* – **El control de la actividad estatal: Discrecionalidad, División de Poderes y Control Extrajudicial**. Buenos Aires: Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016. ISBN 978-987-97935-9-6. p. 219-247 [Consult. 08 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://www.derecho.uba.ar/docentes/pdf/el-control-de-la-actividad-estatal/cae-ponce-buena.pdf>.

PONCE SOLÉ, Juli – Transparencia y derecho a una buena administración. [Em linha]. In CONGRESO INTERNACIONAL DEL CLAD SOBRE LA REFORMA DEL ESTADO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. 20., 13 nov. 2015, Lima – **Anais [...]**. Lima, 2015. p. 1-5 [Consult. 20 jul. 2020]. Disponível em

WWW:[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E98CB19203DD3F1705258096005F9F77/\\$FILE/poncejul.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/E98CB19203DD3F1705258096005F9F77/$FILE/poncejul.pdf).

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues – A Teoria do “Desvio de Poder” em Direito Administrativo. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. ISSN 2238-5177. Vol. 6 (1946), p. 41-78. [Consult. 30 set. 2019]. Disponível em WWW:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571/8621>.

RAIMUNDO, Miguel Assis – Concurso de imputações por actos de diferentes funções do Estado. In GOMES, Carla Amado; RAIMUNDO, Miguel Assis (Coords.) – **Novos temas da responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas**. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídicas-Políticas, 2013. ISBN 978-989-97834-3-0. p. 23-48. [Consult. 30 set. 2020]. Disponível em WWW:https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/respcivil_ebook_completo_rev2.pdf.

REIS, Carlos Bernardo Alves Aarão – Notas acerca da Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais como Limite à Discrecionariedade Administrativa. In GARCIA, Emerson (Coord.) – **A Efetividade dos Direitos Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. ISBN 9788573874938. p. 353-378.

RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo – El derecho a una buena administración. Dimensiones constitucional y estatutaria. In ÁVILA RODRÍGUEZ, Carmen María; GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, Francisco (Coord.) – **El derecho a una buena administración y la ética pública**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. ISBN: 978-84-9004-145-1. p. 55-75.

SAMPAIO, Jorge Silva – A Lei n.º 67/2007 e a Constituição da República Portuguesa – o recorte normativo da norma constitucional de responsabilidade civil extracontratual do Estado e a jurisprudência constitucional. In GOMES, Carla Amado; PEDRO, Ricardo; SERRÃO, Tiago (Coords.) – **O Regime de Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Entidades Públicas: Comentários à Luz da Jurisprudência**. Lisboa: AAFDL, 2017. ISBN 978-972-629-089-6. p. 29-65.

SARLET, Ingo Wolfgang – A Administração Pública e os direitos fundamentais. [Em linha]. **Transcrições – Direito Administrativo**. Porto Alegre: TRF4, 12 nov. 2015. [Consult. 29 maio 2018]. Disponível em WWW:https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/ingowolfgangsarlet.pdf.

SARLET, Ingo Wolfgang – **A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na perspectiva Constitucional**. 11.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. ISBN 9788573487893.

SARMENTO, Daniel – Colisão entre direitos fundamentais e interesses públicos. In SARLET, Ingo Wolfgang (coord.) – **Jurisdição e direitos fundamentais**: anuário 2004/2005. Porto Alegre: Escola Superior da Magistratura: Livraria do Advogado, 2006. ISBN 978-8573484038. Vol. I, Tomo II, p. 29-70.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt – **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântida, 1955.

SODERMAN, Jacob – **O Provedor de Justiça Europeu. Relatório Anual de 1997**. [Em linha]. Bruxelas, 20 abr. 1998. p. 1-335 [Consult. 29 maio 2019]. Disponível em WWW:<https://www.ombudsman.europa.eu/pt/press/publications/publication.faces/pt/3447/v1/html.bookmark>.

STRECK, Lênio – A dupla face do princípio da proporcionalidade e o cabimento do mandado de Segurança em matéria criminal. Separando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. **Revista do Ministério Público** [Em linha]. N.º 53 (2004), p. 223-251. [Consult. 02 maio 2010]. Disponível em WWW:https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1279045814.pdf.

SUNDFELD, Carlos Ari – A Administração Pública na era do direito global. **Revista diálogo jurídico**. ISSN 1677-2601. Ano I, Vol. I, n.º 2 (maio 2001), p. 1-7.

TOURINHO, Rita – A discricionariedade administrativa perante os conceitos jurídicos indeterminados. [Em linha]. **Revista de Direito Administrativo**. ISSN 2238-5177. N.º 237 (jul./set. 2004), p. 317-326. [Consul. 2 jan. 2020]. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44377>.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **Lições de Direito Administrativo**. 5.^a ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2018. ISBN 9789892614892.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos – **O dever de fundamentação expressa dos atos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2018. ISBN: 9789724075488.