

NESTA EDIÇÃO:

DA NATUREZA CONTRATUAL DA AUTORIZAÇÃO FERROVIÁRIA PREVISTA NA
LEI 14.273/2021 E SEUS IMPACTOS NA TRANSFERÊNCIA DE TITULARIDADE
MEDIANTE DESAPROPRIAÇÕES E SERVIDÕES ADMINISTRATIVAS



REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO, INFRAESTRUTURA,
REGULAÇÃO E COMPLIANCE

• RDAI 30

ANO 8 • n. 30 • Jul.-Set. • 2024

*Journal of Administrative Law, Infrastructure,
Regulation and Compliance*

N. 8 • ISSUE 30 • JULY-SEPT. • 2024

COORDENAÇÃO

**AUGUSTO NEVES DAL POZZO E
RICARDO MARCONDES MARTINS**

Revista
dos Tribunais

Qualis
A1

 Thomson
Reuters™

TEORIA NEOCONSTITUCIONAL DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

NEO-CONSTITUTIONAL THEORY OF ADMINISTRATIVE DISCRETION

RICARDO MARCONDES MARTINS

Doutor em Direito Administrativo pela PUC/SP. Professor de Direito Administrativo da PUC/SP.
ricmarconde@uol.com.br

Orcid: [<https://orcid.org/0000-0002-4161-9390>].

DOI: [<https://doi.org/10.48143/rdai.30.martins>].

Recebido: 15.03.2024. Received: March 15th, 2024.

Aprovado: 15.04.2024. Approved: April 15th, 2024.

ÁREA DO DIREITO: Administrativo

RESUMO: Este estudo tem por objeto a discricionariedade administrativa à luz das premissas do neoconstitucionalismo. Distingue a teoria legalista, em que a fonte da discricionariedade é a lei, da teoria neoconstitucionalista, em que a fonte é o Direito, globalmente considerado. Dissocia a remissão legislativa da discricionariedade. Examina o tema à luz da teoria dos princípios formais. Estuda os diversos aspectos do tema, entre eles a diferença entre a discricionariedade legislativa e a administrativa, a discricionariedade técnica, a inexistência de discricionariedade jurisdicional, as restrições administrativas à discricionariedade, os vícios próprios da discricionariedade, o controle da discricionariedade e a extinção discricionária.

PALAVRAS-CHAVE: Discricionariedade – Boa administração – Princípios formais – Desvio de poder – Planejamento – Precedentes.

ABSTRACT: This study has as its object the administrative discretion in the light of the premises of neo-constitutionalism. It distinguishes the legalist theory, in which the source of discretion is the legislation, from the neo-constitutionalist theory, in which the source is the Law, globally considered. It dissociates legislative reference from discretion. It examines the subject in the light of the formal principles' theory. It studies the various aspects of the subject, including the difference between legislative and administrative discretion, technical discretion, the lack of jurisdictional discretion, administrative restrictions on discretion, the vices inherent to discretion, the control of discretion and discretionary extinction.

KEYWORDS: Discretion – Good management – Formal principles – Power misuse – Planning – Precedents.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Impropriedades conceituais. 3. Conceito, fundamento e préstimo da discricionariedade. 4. Teorias legalista e neoconstitucionalista. 5. Remissão legislativa. 5.1. Conceitos indeterminados. 5.2. Redução a zero. 5.3. Princípios formais.

6. Discricionariedade legislativa. 6.1. Legalidade. 6.2. Boa administração. 6.3. Discricionariedade real. 7. Discricionariedade técnica. 8. Política. 9. Função jurisdicional. 10. Restrições à discricionariedade administrativa. 10.1. Restrição hierárquica. 10.2. Planejamento administrativo. 10.3. Precedente administrativo. 10.4. Juridicização dos critérios subjetivos. 11. Desvio de poder. 12. Controle da discricionariedade. 13. Extinção discionária. 14. Conclusões. 15. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A¹ teoria da discricionariedade já foi chamada tanto de *quaestio diabolica*² como de *cavalo de Troia* do direito administrativo do Estado de Direito³. A primeira assertiva decorre do fato de que os estudiosos usam a expressão em significados absolutamente distintos, sem esclarecer esse fato, o que gera uma lamentável confusão⁴. A segunda decorre do fato de que ela é comumente utilizada por agentes estatais para fundamentar arbitrariedades. Seja por um motivo, seja por outro, o fato é que o tema é clássico, já foi alvo de infindáveis estudos e, apesar disso, está longe de ser assunto pacificado. Neste estudo pretende-se examiná-lo em seus diversos aspectos à luz das premissas do neoconstitucionalismo⁵.

1. Como citar este artigo | How to cite this article: MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria neoconstitucional da discricionariedade administrativa. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura* | RDAI, São Paulo, v. 8, n. 30, p. 71-113, jul./set. 2024. DOI: [https://doi.org/10.48143/rdai.30.martins].
2. Cf. QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 06, p. 44, out.-dez. 1946. Segundo ele, essa afirmação foi inicialmente realizada por ZORN, Karl Ludwig Philipp. *Kritische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit*, *Verwaltungsarchiv*, II, p. 82, 1894.
3. Cf. SOUZA, Antônio Francisco de. *Manual de direito administrativo*. Porto: Vila Econômica, 2019. p. 451. A expressão, segundo ele, foi pioneiramente utilizada por HUBER, Hans. *Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaates*. *Festgabe für Z. Giacometti*, Zürich, p. 65 et seq., 1953 No mesmo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. 3. reimpr. Madrid: Civitas, 2004. p. 29.
4. Muitas das divergências no Direito, na sagaz lição de Agustín Gordillo, decorrem da divergência sobre o significado das palavras, verdadeira logomaquia. Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey (Fundación de Derecho Administrativo). t. 1 – Parte general, p. I-14.
5. A utilização da expressão “neoconstitucionalismo” é controversa na doutrina. Sobre o tema: MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Internacional de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 09-37, jul.-dez. 2017.

18. No controle de mérito, a autoridade verifica se concorda sobre o juízo de conveniência ou oportunidade de outra. Diferentemente da revogação, que é própria de administração ativa, gera efeitos retroativos. Concluiu-se que o vício de mérito só é vício se indicar que o ato não foi, para a autoridade que o editou, a melhor alternativa para realizar o interesse público, seja em decorrência de dolo ou de erro da referida autoridade. Por conseguinte, vício de mérito, em verdade, é, se vício for, vício de legitimidade.

19. No exercício da função jurisdicional, não é possível controle de mérito, mas do mérito, que é um controle de legitimidade: é plenamente possível que o Judiciário realize controle do mérito para saber se, de fato, havia discricionariedade, se houve escolha de uma alternativa juridicamente admitida, se não houve dolo ou erro que faça presumir de modo, respectivamente, absoluto ou relativo, desvio de poder.

20. Pelo sistema da substituição, o Judiciário troca a Administração, quando provocado, e edita o ato devido. Pelo sistema da injunção, condena a editar o ato devido. Na competência discricionária, se não exercida a competência, vigora sempre a injunção: o Judiciário condena a editar o ato. Caso a Administração se mantenha silente, cabe a imposição de multa (*astreinte*), de modo a convencer o agente competente a realizar a escolha. A manutenção da omissão, a depender da ponderação concreta, pode justificar a troca de sujeito: o Judiciário determina que a escolha seja feita por outro agente administrativo.

21. A revogação é a extinção do ato administrativo por motivo de inconveniência e inoportunidade. Pressupõe uma situação precária, de manutenção da competência discricionária. Quando, por motivo superveniente, o Direito exige a extinção do ato, não se trata de revogação, mas de caducidade ou decaimento. Esta, ao contrário da revogação, não é incompatível com a bilateralidade.

15. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSI, Renato. *A revogação dos atos administrativos*. Trad. Antonio Araldo Dal Pozzo, Augusto Neves Dal Pozzo e Ricardo Marcondes Martins. São Paulo: Contracorrente, 2022.
- ALEXY, Robert. El derecho constitucional y el derecho infraconstitucional – La jurisdicción constitucional y las jurisdicciones especializadas. In: VILLA ROSAS, Gonzalo (Coord.). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2019.
- ALEXY, Robert. La fórmula do peso. In: VILLA ROSAS, Gonzalo (Coord.). *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*. Lima: Palestra, 2019.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

- ALEXY, Robert. Vícios no exercício do poder discricionário. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, p. 11-46, set. 2000.
- AMORTH, Antonio. *Il merito dell'atto amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1939.
- ATALIBA, Geraldo. *Sistema constitucional tributário brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 1968.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Criação de secretarias municipais: inconstitucionalidade do art. 43 da Lei Orgânica dos Municípios do Estado de São Paulo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 433-439, out.-dez. 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle judicial. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 08, v. 28, p. 405-422, jan.-mar. 2024.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. 11. tir. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Juízo liminar: poder-dever de exercício do poder cautelar nessa matéria. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 106-116, 1993.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade – Discricionariedade – Seus limites e controle. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 07, v. 27, p. 443-462, jul.-set. 2023.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Mandado de segurança contra denegação ou concessão de liminar. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 3, n. 11, p. 441-449, out.-dez. 2019.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “Relatividade” da competência discricionária. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, v. 25, p. 13-19, 1999.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *A teoria das Constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. 1.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos Editor (Instituto Brasileiro de Direito Constitucional), 1999.
- CANAS, Vitalino. *O princípio da proibição do excesso na conformação e no controle de atos legislativos*. Coimbra: Almedina, 2017.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CARVALHO, Gustavo Marinho. *Precedentes administrativos no direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2015.
- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Licitação e contrato administrativo – Estudos, pareceres e comentários*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

- CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DÍEZ SASTRE, Silvia. *El precedente administrativo – Fundamentos y eficacia vinculante*. Madrid: Marcial Pons, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- DUEZ, Paul. *Les actes de gouvernement*. Paris: Dalloz, 2006.
- EISENMANN, Charles. *Centralisation et décentralisation – Esquisse d'une théorie générale*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1948.
- FALZONE, Guido. *Il dovere di buona amministrazione*. Milano: Giuffrè, 1953.
- FIANI, Ronaldo. *Teoria dos jogos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- FIORIN, José Luiz. *Figuras de retórica*. São Paulo: Contexto, 2014.
- FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Trad. Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.
- FURLAN, Valéria. *IPTU*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. ed. 3. reimpr. Madrid: Civitas, 2004.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*. 3. ed. Madrid: Civitas, 1998.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración contemporánea*. 4. ed. 1. reimpr. Madrid: Civitas, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. 11. ed. Madrid: Civitas, 2002. v. I.
- GIANNINI, Massimo Severo. *Il potere discrezionale della Pubblica Amministrazione – Concetto e problemi*. Milano: Giuffrè, 1939.
- GONÇALVES, Pedro Costa. *Manual de direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 2019. v. I.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey (Fundación de Derecho Administrativo). t. 1 – Parte general.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional – A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição*. Trad Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- HARTMANN, Nicolai. *Ética*. Trad. Javier Palacios. Madrid: Encuentro, 2011.

- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. Coimbra: Arménio Amado, 1984.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Abuso de direito e constitucionalização do direito privado*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Abuso de poder e abuso de autoridade no exercício das funções legislativa e jurisdicional à luz da nova Lei de Abuso de Autoridade – Lei n. 13.869/19. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 21, n. 83, p. 75-95, jan.-mar. 2021.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; MARTINS, Ricardo Marcondes. *Tratado de direito administrativo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. v. 5 – Ato administrativo e procedimento administrativo.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Conceitos indeterminados à luz da proporcionalidade e da boa administração. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 07, n. 24, p. 347-358, jan.-mar. 2023.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos vícios do ato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Encerramento da licitação: exegese do art. 71 da Lei n. 14.133/2021. *Revista Internacional de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 9-31, jul.-dez. 2022.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Estudos de direito administrativo neoconstitucional*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Hermenêutica constitucional. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 07, n. 27, p. 83-142, out.-dez. 2023.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Neoconstitucionalismo: perscrutação sobre a pertinência do prefixo. *Revista Internacional de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 3, p. 09-37, jul.-dez. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. “Políticas públicas” e Judiciário: uma abordagem neoconstitucional. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 71, p. 145-165, jan.-mar. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Proporcionalidade e boa administração. *Revista Internacional de Direito Público*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 9-33, jan.-jun. 2017.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Regulação administrativa à luz da Constituição Federal*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios e função jurisdicional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 135-164, maio/ago. 2018.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria dos princípios formais. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 18, n. 98, p. 65-94, jul.-ago. 2016.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. *Teoria jurídica da liberdade*. 2. ed. São Paulo: Contracorrente, 2023.
- OTERO, Paulo. *Conceito e fundamento da hierarquia administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

- PEREIRA, André Gonçalves. *Erro e ilegalidade no acto administrativo*. Lisboa: Ática, 1962.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- PLATÃO. *A República*. Trad. Anna Lia Amaral de Almeida Prado. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Trad. Milton Amado. 3. ed. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987.
- PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do “desvio de poder” em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 06, p. 41-78, out.-dez. 1946.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. *O poder discricionário da administração*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1948.
- RIVERO, Jean; WALINE, Jean. *Droit administratif*. 18. ed. *Droit administratif*. Paris: Dalloz, 2000.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. *Metodología del derecho administrativo – Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- ROMANO, Santi. *Frammenti di un dizionario giuridico*. Milão: Giuffrè, 1947.
- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Inconstitucionalidade por omissão e troca de sujeito*. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*. Madrid: Civitas, 1976.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *Introdução à análise do direito*. Trad. Elza Maria Gasparotto. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2015.
- SCHELER, Max. *Ética*. Trad. Hilario Rodríguez Sanz. Madrid: Caparrós, 2001.
- SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Organização e introdução de Leonardo Martins. Trad. Beatriz Henning e outros. Prefácio de Jan Woischnik. Montevideo: Fundación Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.
- SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SOUSA, António Francisco de. *“Conceitos indeterminados” no direito administrativo*. Coimbra: Almedina, 1994.
- SOUZA, António Francisco de. *Manual de direito administrativo*. Porto: Vila Económica, 2019.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Discricionariedade e revogação do ato administrativo. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 379-390, jul.-set. 2018.

- TÁCITO, Caio. O abuso de poder administrativo no Brasil. In: TÁCITO, Caio. *Temas de direito público – Estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. *O antigo regime e a Revolução*. Trad. Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ZANOBINI, Guido. Sul fondamento della inderogabilità dei regolamenti. In: ZANOBINI, Guido. *Scritti vari di diritto pubblico*. Milano: Giuffrè, 1955.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A incompatibilidade da discricionariedade administrativa e judicial no estado constitucional e a supremacia dos direitos fundamentais, de Poliana Moreira Delpupo – RT 953/77-98;
- A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo, de Tércio Sampaio Ferraz Jr. – RDAI 2/413-421;
- Discricionariedade administrativa e controle judicial, de Celso Antônio Bandeira de Mello – RDAI 28/405-422;
- Discricionariedade administrativa e sustentabilidade, de José Américo Zampar Júnior e Juliana Carolina Frutuoso Bizarria – RT 1017/21-45;
- Estado, separação dos poderes e a legitimidade democrática do juiz: uma leitura prática do controle judicial da discricionariedade administrativa, de Phillip Gil França – RDAI 1/239-256; e
- Uma teoria geral da discricionariedade?, de Felipe Bizinoto Soares de Pádua – RT 1045/155-169.

Administrativos

B) Bidding and
Administrative Contracts