



UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA
KARINA BERNARDO DE MELO

**CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

Tubarão
2010

KARINA BERNARDO DE MELO

**CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina, como
requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Fábio Borges, Esp.

Tubarão
2010

KARINA BERNARDO DE MELO

**CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS
PODERES**

Esta monografia foi julgada adequada à obtenção do título de Bacharel em Direito e aprovada em sua forma final pelo Curso de Graduação em Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 22 de junho de 2010.

Professor e orientador Fábio Borges, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. José Paulo Bittencourt Júnior, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Prof. Tarcísio de Medeiros, Esp.
Universidade do Sul de Santa Catarina

AGRADECIMENTOS

Confesso que agradecer não foi tarefa tão fácil como eu imaginava que fosse. Assim, desde já, anseio que se sintam agradecidos todos aqueles que contribuíram de alguma forma para a realização deste trabalho, mesmo sem ser citado diretamente.

Acredito que jamais teria alcançado a graduação se não fosse pela atenção dispensada a mim por Deus, já que só sua presença explica o fato de eu poder afirmar que aproveitei cada segundo do curso e que de nada me arrependo.

Não tenho palavras para agradecer, ainda, aos ex-colegas de trabalho do Fórum e da Promotoria de Justiça da Comarca de Capivari de Baixo, pelos cinco anos de estágio muito bem aproveitados por conta de toda dedicação, competência e coleguismo que lá encontrei. Posso dizer, sem medo de cometer enganos, que fiz um curso paralelo de Direito durante o tempo em que estagiei com vocês, muito obrigada!

Devo agradecer, também, a todos os professores do curso, em especial ao orientador Fábio Borges por seus conselhos e correções sempre muito bem colocados.

Às amigas e colegas, pelos momentos inesquecíveis que passamos juntas, desde o primeiro semestre, com muitos planos, até o último, quando nossas atividades e conversas escassas já indicam um afastamento inevitável. Ainda assim: muito obrigada! Eu realmente lhes desejo todo sucesso e felicidade do mundo!

Às eternas amigas Marina Maragno, Marina Boschetto, Camila, Beatriz, Naiara e Sara, agradeço pela lealdade, sinceridade, conselhos, desabafos, ótimos momentos e muitas risadas.

Aos meus familiares, pelos valores repassados, que formaram o alicerce da minha personalidade, além dos encontros familiares sempre muito divertidos! Muito obrigada! Agradeço, especialmente, à Isadora, por representar pra mim a certeza de que existem pessoas verdadeiramente especiais nesse mundo. Obrigada, prima, por fazer parte da minha vida.

Por fim, agradeço às duas pessoas que me fizeram compreender o sentido da expressão “amor incondicional”. Mãe e Vó, muito obrigada por colocar a minha vida acima de tudo, inclusive das suas próprias necessidades. Aliás, por todo desafio diário que vocês enfrentaram para me educar da melhor forma possível, não medirei esforços para não decepcioná-las. Amo vocês!

RESUMO

Esta monografia tem por objetivo a análise acerca da possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre o mérito dos atos administrativos discricionários diante do princípio da separação de poderes. Para tanto, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo-se do estudo do Poder, perpassando pelo estudo da Administração Pública e do ato administrativo, para, finalmente, tratar do tema principal. Quanto ao tipo de pesquisa, optou-se pela bibliográfica, notadamente de obras de Direito Administrativo e Constitucional. Partindo-se da concepção de que já não se pode mais falar em análise meramente legalista dos atos administrativos discricionários, tendo em vista o vasto rol de princípios presentes no Direito. Abordou-se a necessidade de intervenção judicial nas situações em que o ato afronta qualquer deles, enfatizando-se, nesses casos, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade. Em consequência, concluiu-se, não só, que é possível o controle judicial dos atos administrativos discricionários, como também sua relevância, considerando que o Poder Judiciário tem o dever de atender ao texto constitucional, diante dos eventuais desmandos da Administração pública. Vislumbrou-se, ainda, que isso não significa substituição do administrador pelo juiz, o que revelaria desobediência ao princípio da separação de poderes, mas sim um mecanismo garantidor da observância dos princípios e regras constitucionais pelos Poderes.

Palavras-chave: Atos administrativos. Controle jurisdicional de atos administrativos. Princípios. Separação dos poderes.

ABSTRACT

This monograph is aimed at the analysis of the ability of the judiciary to exercise control over the merits of discretionary administrative acts on the principle of separation of powers. We used the method of deductive approach, starting from the study of power, passing by the study of Public Administration and the administrative act, to finally deal with the main theme. Regarding the type of research, we opted for literature, especially works of Constitutional and Administrative Law. Based on the idea that since we can no longer speak in purely legalistic analysis of the administrative acts of discretion, considering the vast array of principles laid down in law. Addressed the need for judicial intervention in situations where the act to confront any of them, emphasizing, in such cases, the principles of proportionality, reasonableness and morality. Consequently, it was concluded not only that it is possible to control administrative acts of judicial discretion, but also its relevance, considering that the Judiciary has the duty to meet the constitutional text on the possible excesses of government. It is envisioned, though, that this does not mean replacement of the administrator by the court, which would reveal disobedience to the principle of separation of powers, but a mechanism guaranteeing the observance of constitutional principles and rules by Powers.

Keywords: Administrative acts. Judicial control of administrative acts. Principles. Separation of powers.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ESTRUTURAÇÃO DO PODER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	10
2.1 LEGITIMAÇÃO DO PODER.....	11
2.2 DIVISÃO DO PODER.....	14
2.3 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	17
2.4 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	19
3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	24
3.1 CONCEITO	24
3.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA <i>VERSUS</i> GOVERNO.....	26
3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	27
3.3.1 Do princípio da legalidade	28
3.3.2 Do princípio da impessoalidade	30
3.3.3 Do princípio da moralidade	31
3.3.4 Do princípio da publicidade.....	33
3.3.5 Do princípio da eficiência.....	34
3.3.6 Do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.....	35
3.3.7 Do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis à administração pública.....	36
4 ATOS ADMINISTRATIVOS	38
4.1 CONCEITO	38
4.2 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO	40
4.2.1 Competência	41
4.2.2 Forma.....	42
4.2.3 Finalidade	43
4.2.4 Motivo	44
4.2.5 Objeto	46
4.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO	47
4.3.1 Presunção de legitimidade e veracidade.....	47
4.3.2 Imperatividade ou poder extroverso	48
4.3.3 Auto-executoriedade	49
4.4 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO	50

4.5 DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO	55
4.5.1 Anulação ou invalidação	56
4.5.2 Revogação	57
5 CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E O PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	59
5.1 QUESTÃO PRELIMINAR: CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	59
5.2 POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO ACERCA DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS	61
5.3 O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES	65
6 CONCLUSÃO	79
REFERÊNCIAS	81
ANEXOS	87

1 INTRODUÇÃO

O tema que será abordado neste trabalho é o controle judicial do mérito dos atos administrativos discricionários, seus fundamentos, limites e a possível afronta ao princípio da separação de poderes.

Atualmente, verifica-se, no âmbito doutrinário e jurisprudencial, diversas discussões envolvendo o controle jurisdicional, todas elas fundamentadas no respeito às garantias e direitos individuais diante dos Poderes Políticos, com ênfase às questões que envolvem o Poder Executivo. Como exemplo, tem-se o dever ou não do Estado em fornecer medicamentos ao indivíduo enfermo, a tutela sobre as políticas públicas e a reserva do possível.

Entretanto, trata esta monografia de uma discussão que antecede a essas que foram mencionadas, uma vez que, se admitida a impossibilidade de controle sobre os atos administrativos, em relação à discricionariedade, as demais discussões restarão prejudicadas. Isso porque toda decisão administrativa deve, necessariamente, passar por análise discricionária e se formalizar por meio de um ato administrativo. Logo, os fundamentos e condicionantes aqui estudados se estendem àquelas discussões.

Dessa forma, malgrado o presente estudo tenha aparência meramente acadêmica, na verdade, trata-se de considerações iniciais e fundamentais para a análise acerca das teorias que justificam o controle judicial, especialmente, daquele sofrido pelo Poder Executivo.

O que se propõe, portanto, é analisar a possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre o mérito (oportunidade e conveniência) dos atos administrativos discricionários, já que, por muito tempo, a doutrina se posicionou no sentido de que apenas o controle de legalidade poderia ser realizado, o que acabou por gerar injustiças, arbitrariedades e proliferação de decisões imorais, escondidas sob o manto da discricionariedade.

Para tanto, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, uma vez que o estudo se iniciou em conceitos e determinações inquestionáveis, mas que possibilitaram a conclusão do trabalho. Como método de procedimento, escolheu-se o monográfico, entendido como estudo aprofundado de determinado assunto.

No que concerne ao procedimento de pesquisa, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, já que o conhecimento produzido tem por base a leitura e o estudo sobre a doutrina, além de fontes secundárias, como artigos.

De outro vértice, estruturou-se o trabalho em quatro capítulos.

Inicialmente, será examinado o Poder, sua origem, a teoria da divisão de poderes e a atual concepção da separação dos poderes, inclusive suas peculiaridades desde a Constituição Federal de 1824 até a de 1988.

Na seqüência, tratar-se-á da Administração Pública e sua disciplina principiológica, com o fito de introduzir o leitor no âmbito do regime jurídico administrativo, ao qual também se submetem os atos administrativos discricionários.

Posteriormente, serão abordadas as peculiaridades do ato administrativo, ou seja, sua definição doutrinária, requisitos, atributos e meios de desfazimento. Além disso, identificar-se-á a distinção entre atos discricionários e vinculados.

Por fim, adentrar-se-á nas teorias que possibilitam o controle judicial dos atos administrativos discricionários, tais como a análise da discricionariedade com fundamento nos princípios gerais do Direito e do Direito Administrativo, oportunidade em que serão analisados, mais pormenorizadamente, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade, em razão de sua maior identificação com o tema.

Além disso, esclarecer-se-á a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e sua implicação no tema do presente trabalho, bem como os limites que o Poder Judiciário deverá observar diante de ações desta alçada.

2 ESTRUTURAÇÃO DO PODER NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Poder Estatal, no ordenamento vigente, encontra fundamento para seu exercício e sua manutenção na Constituição Federal. Tal situação ocorre justamente por se prestar o mencionado Diploma Legal para, dentre outras funções, prever, estruturar e regulamentar o exercício do poder.

Silva define claramente o objeto das constituições:

As constituições têm por objeto estabelecer a estrutura do Estado, a organização de seus órgãos, o modo de aquisição do poder e a forma de seu exercício, limites de sua atuação, assegurar os direitos e garantias dos indivíduos, fixar o regime político e disciplinar os fins sócio-econômicos, sociais e culturais. (sem grifos no original).¹

Mais categóricos, Bastos e Martins afirmam:

Se perguntarmos qual o objeto fundamental com que se defronta uma Constituição vamos encontrar uma só resposta: a regulação jurídica do poder. Na verdade, é a configuração que vier a ser imprimida a ele, sua afetação a estes ou àqueles detentores, sua maior ou menor concentração, os controles de que é passível, assim como as garantias dos destinatários do poder que acabam por conformar o Estado e a sociedade.²

A Constituição Federal Brasileira de 1988, sem fugir da regra, além de indicar que “todo poder emana do povo” (art. 1º, § único)³, previu a existência do poder Estatal, estruturando-o de modo a fazê-lo tripartido – conforme se extrai da leitura de seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”⁴ – para, em seguida, definir as funções e organização de cada Poder.

Importante destacar, ainda, que a carta magna brasileira, ao repartir as funções estatais entre três órgãos distintos, colocou seu texto em consonância com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada em 26 de agosto de 1789, que estabeleceu em seu artigo XVI que “Toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não tem constituição.”⁵

¹ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 43.

² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1. p. 132.

³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 26 fev. 2010.

⁴ Ibid.

⁵ DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

Dessa forma, vislumbrada a importância do estudo do poder e da teoria da separação de poderes para o presente estudo, faz-se mister uma breve análise histórica e doutrinária acerca de tais temas.

2.1 LEGITIMAÇÃO DO PODER

Mesmo na antiguidade, as sociedades primitivas já conheciam os benefícios e a necessidade da existência do poder, tanto que alguns autores, como Azambuja, por exemplo, entendem que sua origem se deu concomitantemente à da sociedade. Nesse contexto, o referido autor ainda argumenta que, sem poder organizado ou sem a figura de um chefe, as hordas ou tribos, que por ventura tenham existido, sucumbiram diante das dificuldades de sobrevivência encontradas naquela época: derrotas perante sociedades organizadas, fome, ataques de animais e, inclusive, desarmonia no interior do próprio grupo, já que são próprias da condição humana atitudes egoístas, ambiciosas e até cruéis.⁶

Para que se possa visualizar uma conceituação de poder, indispensável trazer à tona as lições de Bobbio, Matteucci e Pasquino acerca do assunto:

Em seu significado mais geral, a palavra Poder designa a capacidade ou a possibilidade de agir, de produzir efeitos. Tanto pode ser referida a indivíduos e a grupos humanos como a objetos ou a fenômenos naturais (como na expressão Poder calorífico, Poder de absorção).

Se o entendermos em sentido especificamente social, ou seja, na sua relação com a vida do homem em sociedade, o Poder torna-se mais preciso, e seu espaço conceitual pode ir desde a capacidade geral de agir, até a capacidade do homem em determinar o comportamento do homem: Poder do homem sobre o homem.⁷

Esclarecedora também é a definição de poder elaborada por Verdú, para quem “poder é a capacidade de uma pessoa ou conjunto de pessoas de impor suas decisões a uma comunidade, determinando sua obediência e garantindo-as, se for mister, com a coação.”⁸

Dessa forma, infere-se que o poder nada mais é do que um instrumento do próprio homem ou mesmo da sociedade, utilizado para interferir na vida de seus iguais nos mais variados aspectos (cultura, moral, religião, economia, política), o que, a princípio, poderia parecer opressivo, mas se mostrou imprescindível para garantir o desenvolvimento das

⁶ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 38. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 89.

⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varrialle et al. 5. ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2000. v. 2. p. 933.

⁸ VERDÚ apud ACCIOLI, Wilson. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 84.

comunidades antigas até as modernas e tecnológicas sociedades contemporâneas e, inclusive, a vida do ser humano sobre a terra.

Por conta dessa face explicitamente natural e necessária do poder nas sociedades organizadas, é que seu objetivo final pode ser definido como a realização do bem comum, considerando que é consequência de sua existência e de seu exercício a manutenção da ordem, bem como a promoção do bem-estar e da defesa da sociedade.⁹

Nessa linha, Azambuja defende que:

Por isso o poder político é natural e necessário, ainda que variável no seu conteúdo, pois as sociedades se modificam e as suas exigências variam. E, por ser natural e necessário, é legítimo, isto é, a sua justificação está em que ele não pode deixar de existir sem que a sociedade pereça. Mais ainda, ele só desaparece quando a própria sociedade se dissolve, ou porque realmente se extingue ou porque submerge na anarquia que, para ela, é uma forma de morte. (sem grifo no original).¹⁰

Dessa ligação umbilical entre sociedade e poder é que se originou a idéia de que a ascensão ao poder, bem como a legitimidade para seu exercício e manutenção, encontra-se na própria vontade social ou no consentimento dos governados quanto ao poder do(s) governante(s).

Aliás, considerando os ensinamentos de Burdeau, segundo o qual “O poder é uma força a serviço de uma idéia. É uma força procedente da vontade social, destinada a conduzir o grupo na procura do Bem Comum e capaz, se o caso se apresenta, de impor aos membros a atitude que ela prescreve”, Accioli concluiu que a formação do poder está totalmente interligada à vontade da própria sociedade.¹¹

De outro vértice, Bobbio, Matteucci e Pasquino ensinam que:

Podemos definir Legitimidade como sendo um atributo do estado, que consiste na presença, em uma parcela significativa da população, de um grau de consenso capaz de assegurar a obediência sem a necessidade de recorrer ao uso da força, a não ser em casos esporádicos. É por esta razão que todo poder busca alcançar consenso, de maneira que seja reconhecido como legítimo, transformando a obediência em adesão. A crença na Legitimidade é, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.¹²

A partir desses apontamentos, infere-se que não só a origem do poder encontra respaldo no consentimento social, mas também a legitimação para seu exercício, já que, se assim não fosse, toda providência que viesse a ser adotada por seus detentores teria que ser realizada por meio da força ou passar pelo crivo de todos os seus governados, o que talvez

⁹ AZAMBUJA, 1998, p. 95.

¹⁰ Ibid., p. 95.

¹¹ ACCIOLI, 1985, p. 84.

¹² BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2000, v. 2, p. 675.

não fosse grande empecilho nas sociedades primitivas, mas inviabilizaria até mesmo o desempenho das atividades corriqueiras das sociedades atuais.

Não obstante, percebe-se que o poder se encontra tão enraizado no meio social que o homem médio já não analisa mais as relações de poder que o envolvem, abrandando seus instintos naturais e obedecendo, por costume, sem perceber que é de seu interesse direto a organização da sociedade e a existência do poder.¹³

Todavia, partindo de uma premissa hipotética, e não muito irreal, no sentido de que aqueles que exercem o poder podem assumir uma postura de defesa apenas de seus interesses pessoais ou de agirem por meio de violência contra seus governados, na maioria das vezes com demonstrações claras de tirania, convém perquirir acerca dos instrumentos que os cidadãos possuem para se protegerem de atitudes como as citadas, ou seja, as limitações ao exercício do poder.

Sobre o assunto, Accioli ensina:

Quando o poder político, desgastado em sua autoridade, já combalido em sua estrutura pela perda de legitimidade – esgotou sua capacidade de persuasão, de influência, ou declinou em seu prestígio – apela, como recurso extremo, para a força e a violência, faz-se necessário que os governados usem de meios adequados para detê-los. [...] A teoria da limitação do poder político se polariza, em geral, em torno da doutrina das liberdades públicas. É nessa área, por certo, que se desenrolam as grandes refregas envolvendo governantes e governados, visando estes últimos a manutenção, ou a restauração dos limites do poder político.

Mas, além da contenção dos excessos do poder político, pelos mecanismos inerentes às liberdades públicas, outros meios adequados de controle desses possíveis desbordamentos podem ser acionados também, a exemplo da proteção do sistema de *checks and balances* (freios e contrapesos), usado geralmente nos regimes democráticos, capaz de restabelecer o equilíbrio anterior freqüentemente rompido pelas demasias do poder político.¹⁴

Destarte, apesar de legitimado pela própria sociedade, o exercício do poder pode culminar em desmandos por parte do governante – já que este se trata de um ser humano e, como tal, falível – e, conseqüentemente, em prejuízos aos governados, de modo que se fez necessária a criação de mecanismos em favor destes, a fim de contrabalançar sua relação com os detentores do poder, quais sejam, as liberdades públicas e o sistema de freios e contrapesos, teoria esta criada em razão da divisão de poderes, que, na seqüência, será examinada.

¹³ AZAMBUJA, 1998, p. 91.

¹⁴ ACCIOLI, 1985, p. 99.

2.2 DIVISÃO DO PODER

Assim como o surgimento do poder, a sua divisão entre pessoas ou órgãos também ficou caracterizado, na história, como um processo natural do desenvolvimento do homem primitivo e do próprio Estado.

Inicialmente, o poder estatal estava centralizado em uma única estrutura, que se encontrava incumbida de realizar todas as atividades e funções a ela atinentes. Salienta-se que esse papel não se resumia apenas ao exercício do poder político, já que aquele chefe também poderia impor penalidades, julgar dissídios, comandar as tropas e, inclusive, desempenhar funções de cunho religioso, ou seja, tudo que dizia respeito à vida daquele grupo passava pelo crivo desse único ente.¹⁵

Todavia, a organização do Estado, na forma supracitada, não perdurou por muito tempo, pois acabou por ocasionar o seguinte entrave: a impossibilidade do chefe/órgão atender a tudo pessoalmente, especialmente após o aumento do território e da população. Dessa forma, nas sociedades que foram se tornando mais adiantadas e complexas, a delegação de atribuições a pessoas de confiança foi indispensável para o funcionamento do Estado, ainda que o poder continuasse concentrado em apenas uma pessoa.¹⁶

O primeiro estudioso a se debruçar sobre esse tema foi o filósofo grego Aristóteles, embora de forma pouco ousada, mas já instituindo a existência de três funções distintas, conforme ensinamentos angariados nas lições de Azambuja:

A primeira é a assembléia dos cidadãos, o corpo deliberante, o verdadeiro soberano; a segunda é a magistratura, isto é, os funcionários designados pela assembléia para certas funções; a terceira é o corpo judiciário. No entanto, Aristóteles, se discriminou os órgãos, confundiu as funções, pois deu à assembléia o conjunto de todas as atribuições, sendo os dois outros órgãos simples delegações suas, sem atribuições bem definidas.¹⁷

Trazendo mais consistência à teoria da divisão dos poderes, Locke também defende a necessidade de dividir-se o exercício das funções do Estado entre órgãos distintos.

Sobre o assunto, Azambuja esclarece:

Locke é o primeiro escritor que realmente elabora uma teoria da divisão dos poderes. Inspirado na Constituição inglesa, diz ele em seus *Ensaio* que é necessário que as funções do Estado sejam exercidas por órgãos diferentes. 'O Poder

¹⁵ AZAMBUJA, 1998, p. 174.

¹⁶ *Ibid.*, p. 175.

¹⁷ *Ibid.*, p. 177.

Legislativo é o que tem o direito de determinar a forma como se deve empregar o poder público, para proteger a comunidade e seus membros. As leis podem ser elaboradas em pouco tempo, e assim não é necessário que o Poder Legislativo esteja sempre reunido. Por outro lado, dada a fragilidade humana, grande seria a tentação de abusar do poder se as mesmas pessoas que fazem as leis devessem executá-las. Assim, o Poder Legislativo, deve estar separado do Executivo.’ Além desses dois poderes, Locke distinguia ainda o Poder *Confederativo* ou das relações internacionais, e o *Discricionário*, atribuições extraordinárias que o governo exerceria de acordo com as leis. (grifo no original).¹⁸

Contudo, foi com as idéias apresentadas no livro “O espírito das leis”¹⁹ de Montesquieu que este tema se completou e, como consequência, culminou na atribuição a este da autoria das bases da doutrina da separação de poderes, já que aquele foi quem conseguiu explicá-la com mais nitidez e exatidão.

No que tange à essa influência exercida por Locke sobre Montesquieu, Accioli elucida:

A nenhum publicista, que se dedique ao tema objeto de nosso interesse, pode escapar a observação singela da incontestável influência que Locke exerceu sobre Montesquieu. Apesar, porém, dessa flagrante vinculação entre os dois grandes pensadores, inexistente uma rigorosa correspondência dos modelos políticos esboçados por ambos em suas obras. Locke, por exemplo, não se mostra muito exigente quanto à separação dos poderes, pois não preceitua uma cisão extremamente rígida entre as funções do Estado, colocando, pelo contrário, em destaque, de modo explícito, a supremacia do Legislativo; enquanto isso, Montesquieu vê na doutrina da divisão de poderes a garantia da liberdade política, objetivando impedir a implantação do absolutismo, por meio do sistema de *checks and balances*.²⁰

Montesquieu justificava a importância de sua teoria no seu ceticismo quanto à possibilidade do homem conter sua tendência tirânica e corrupta diante do poder. Assim, considerando sua descrença na regeneração do próprio homem, entendeu que a criação de um “remédio” que fosse inserido na máquina pública seria o meio mais apropriado para que o poder contivesse o próprio poder. Por conta dessa idéia, acabou por desmembrá-lo em três funções diferentes, a serem desempenhadas por órgãos também diversos.²¹

Nesse ponto, é de bom alvitre citar as palavras do filósofo francês:

A liberdade política somente existe nos governos moderados. Mas nem sempre ela existe nos governos moderados. Só existe quando não se abusa do poder, mas é uma experiência eterna que todo homem que detém o poder é levado a dele abusar: e vai até onde encontra limites. Quem o diria? A própria virtude precisa de limites. Para que não se abuse do poder é necessário que pela disposição das coisas o poder limite o poder.

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistrados, o Poder legislativo está unido ao Poder Executivo, não há liberdade, pois é de se esperar que o mesmo monarca ou assembléia faça leis tirânicas e as execute tiranicamente. Não há

¹⁸ AZAMBUJA, 1998, p. 177-178.

¹⁹ MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

²⁰ ACCIOLI, 1985, p. 253.

²¹ BASTOS; MARTINS, 1988, p. 166-167.

também liberdade, se o poder de julgar não está separado do Poder Legislativo e do Executivo. Se aquele estiver unido ao Poder Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos será arbitrário, pois o juiz será também legislador. Se o poder de julgar estiver unido ao Poder Executivo, o juiz terá a força de um opressor. Tudo estará perdido se o mesmo homem ou a mesma assembleia de notáveis, ou de nobres ou do povo exerce os três poderes, o de fazer as leis, o de executar as resoluções e o de julgar os crimes ou dissídios dos particulares.²²

Dessa forma, analisadas essas questões periféricas acerca do assunto, cabe, agora, adentrar no âmago da teoria da divisão de poderes, estudo este que não pode deixar de transpor o campo das funções estatais.

Justen Filho leciona que “função consiste na atribuição a um sujeito do encargo de perseguir a satisfação de um interesse ou de um direito que ultrapassa sua órbita individual”²³, ou seja, mais uma vez se faz presente a idéia de que o Estado não tem um fim em si mesmo, mas na sociedade que o criou e legitimou.

Fundamentado nessa ideologia de proteção aos governados, conforme já mencionado, Montesquieu separou as funções do Estado e atribuiu-as a três órgãos distintos: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

Discorrendo sobre eles e com base na tese do filósofo francês, Bastos e Martins explicaram no que consiste a função de cada Poder:

A função legislativa consiste em estabelecer as normas gerais e abstratas que regem a vida em sociedade. É dizer, seus atos materializam-se não sob a forma de comandos concretos voltados para as pessoas determinadas, mas de uma manifestação de vontade a ser feita valer toda vez que ocorrer um fato descrito na norma. A função executiva consiste em traduzir num ato de vontade individualizado a exteriorização abstrata da lei. Por exemplo, o dizer que todo aquele que importa determinada mercadoria está obrigado a pagar tributo é uma lei, mas o cobrar de uma pessoa específica uma quantia correspondente à determinada na lei é um ato executivo. Já o dirimir possíveis controvérsias que possam surgir por ocasião da aplicação da lei vem a ser a função jurisdicional. No exemplo dado, se o particular cobrado acha que o tributo é indevido, surge uma querela ou um conflito que precisará ser resolvido de forma definitiva.²⁴

Em complemento, mas também no mesmo sentido, sustenta Jellinek:

a legislação estabelece uma norma jurídica abstrata que regula uma pluralidade de casos, ou um fato individual. A administração resolve problemas concretos de acordo com as normas jurídicas, ou dentro dos limites destas, valendo-se de meios que, ante uma investigação profunda, aparecem como um sistema complexo. A jurisdição fixa, nos casos individuais, o direito incerto ou questionável, ou as situações e interesses jurídicos.²⁵

²² MONTESQUIEU apud AZAMBUJA, 1998, p. 178-179.

²³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 33.

²⁴ BASTOS; MARTINS, 1988, p. 163-167.

²⁵ JELLINEK apud ACCIOLI, 1985, p. 259.

Ademais, para que o poder estatal se estruturasse conforme conhecemos hodiernamente foi necessária a passagem por três postulados fundamentais, conforme ensina Justen Filho.

O primeiro versa sobre a necessidade da estruturação de órgãos, com hierarquia interna e dotados de autonomia, os quais serão chamados de “Poder”. Na seqüência, mister se faz a distinção entre as funções estatais em legislativa, administrativa e jurisdicional. Por fim, deve-se atribuir, a cada órgão, uma daquelas funções específicas.²⁶

Oportunas também são as colocações de Silva acerca dos dois elementos que fundamentam a divisão de poderes:

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamentos) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação. Trata-se, pois, como se vê, de uma forma de organização jurídica das manifestações do Poder. (sem grifo no original).²⁷

No entanto essa “independência orgânica” mencionada pelo autor, entendida como a insubordinação de um órgão perante os demais, acabou por gerar uma nova celeuma: se os Poderes estão divididos e independentes, de modo que não necessitam justificar suas atividades ao demais, em que ponto da teoria pode ser verificado o mecanismo de controle recíproco mencionado por Montesquieu e que, aliás, era a sua maior finalidade quando elaborou sua doutrina?

Em resposta ao questionamento, pode-se dizer que a teoria da divisão do poder culminou no princípio da separação dos poderes, que será estudado a seguir e que possui como tópico fundamental o sistema de freios e contrapesos, justificador do controle reciprocamente exercido entre os Poderes.

2.3 PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

A prática político-constitucional, em face da insegurança causada pela sustentação de três poderes soberanos, encarregou-se de dilatar o entendimento de que nenhum deles está

²⁶ JUSTEN FILHO, 2009, p. 25-26.

²⁷ SILVA, 2006, p. 109.

munido de suficiência bastante para manter-se por si mesmo, ou seja, é necessário que eles exerçam controle mútuo uns sobre os outros. Exemplo disso é que, no presidencialismo (chefe do Poder Executivo é apenas uma pessoa), tem-se por hábito constituir o instituto do *empeachment*, de modo que, depois de proferida decisão oriunda do Poder Legislativo, o agente público é destituído de suas funções.²⁸

No mesmo sentido, Marçal aduz que:

a independência absoluta de cada Poder geraria efeitos negativos, pois isso dificultaria seu controle. Ademais, não há meio prático de impor que cada Poder (conjunto de órgãos) exercite um único tipo de função. Por isso, cada um dos Poderes exercita preponderantemente, mas não exclusivamente, um tipo de função.²⁹

Não obstante, Montesquieu já se preocupava com essa questão da harmonia e limitação recíproca, desde que isso não acabasse por paralisar totalmente a máquina pública. Aliás, essa foi a ideia que se perpetuou para a organização dos Estados modernos, onde não se aplica a separação absoluta de poderes, mas sim a especialização de funções, justamente para que reste garantido o cuidado abordado pelo filósofo francês: **limitação do poder pelo poder**. Além disso, por mais que a cada órgão caiba exercer sua função respectiva, isso não significa que não pratiquem, também, atos tipicamente pertencentes aos demais³⁰, são as chamadas funções atípicas, ou seja, situações em que o Legislativo, por exemplo, exerce funções jurisdicionais (investigação de crimes por meio das comissões parlamentares de inquérito) ou administrativas (contratação de servidores).

Por conta disso, Montesquieu criou, dentro da teoria de separação dos poderes, um sistema que os autores ingleses chamaram de *checks and balances* ou, em tradução livre, sistema de freios e contrapesos, e organizou-o em duas faculdades básicas: “Chamo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) o direito de ordenar por si mesmo ou corrigir aquilo que foi ordenado por outro. Chamo de faculdade de impedir (*faculte d’empêcher*) o direito de considerar nula uma resolução tomada por qualquer outro poder.”³¹

Mais objetivo e categórico, Canotilho aduz que o sistema de freios e contrapesos nada mais é do que “sistema de balanço recíproco de poderes com o fim de cooperação e controlo.”³²

²⁸ BASTOS; MARTINS, 1988 p. 167.

²⁹ JUSTEN FILHO, 2009, p. 26.

³⁰ AZAMBUJA, 1998, p. 179.

³¹ MONTESQUIEU apud SOUZA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998. p. 484.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993. p. 64.

Exemplo claro de aplicação do mencionado sistema pode ser extraído da sequência de atos indispensáveis para que se complete o processo legislativo, brilhantemente abordado por Silva:

Se ao Legislativo cabe a edição de normas gerais e impessoais, estabelece-se um processo para sua formação em que o Executivo tem participação importante, quer pela iniciativa das leis, quer pela sanção e pelo veto. Mas a iniciativa legislativa do Executivo é contrabalançada pela possibilidade que o Congresso tem de modificá-lo o projeto por via de emendas e até de rejeitá-lo. Por outro lado, o Presidente da República tem o poder de veto, que pode exercer em relação a projetos de iniciativa dos congressistas como em relação às emendas aprovadas a projetos de sua iniciativa. Em compensação, o Congresso, pelo voto da maioria absoluta de seus membros, poderá rejeitar o veto, e, pelo Presidente do Senado, promulgar a lei, se o Presidente da República não o fizer no prazo previsto (art. 66).³³

Em complemento, lembra-se que a constitucionalidade das leis em vigência pode ser discutida, por meio de ação direta de inconstitucionalidade proposta perante o Poder Judiciário e que tem, como consequência, a abolição da lei do ordenamento jurídico.

Destarte, resumidamente, pode-se dizer que:

A separação dos Poderes estatais é um mecanismo clássico de organização e limitação do poder político, e consiste em impedir que todas as funções sejam concentradas em uma única estrutura organizacional. Isso produz um sistema de freios e contrapesos e permite que o “*poder controle o próprio poder*” – ou seja, gera a fragmentação do poder, com uma pluralidade de sujeitos exercitando competências distintas e controle recíproco. (grifo no original).³⁴

De todo o abordado, conclui-se que o aperfeiçoamento dos três Poderes estatais, ainda que se dê independentemente, só ocorrerá se houver harmonia e controle entre eles, no sentido de que seja verificada a ausência de subordinação somada com a colaboração e controle recíproco.

2.4 DISCIPLINA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O princípio da separação dos poderes é um instrumento de extrema valia para a manutenção do equilíbrio entre diversas instâncias estatais, representativas e detentoras de parte do poder do Estado.

Todavia, é necessário explicitar, também, que apenas as teorias elaboradas pelos mencionados filósofos não poderiam forçar os agentes políticos a observarem a separação de

³³ SILVA, 2006, p. 110.

³⁴ JUSTEN FILHO, 2009, p. 25.

poderes. Para tanto, deve o legislador incluir no ordenamento jurídico, mais precisamente na Constituição Federal, norma expressa instituindo o princípio aqui abordado.

No Brasil, isso nem sempre foi observado nas nossas constituições.

Em 1824, por exemplo, não há previsão expressa acerca da separação de poderes. Tema similar foi abordado de forma bastante tímida, nos artigos 151, 98 e 179, inciso XII:

Art. 151. O Poder Judicial independente, e será composto de Juizes, e Jurados, os quaes terão logar assim no Civel, como no Crime nos casos, e pelo modo, que os Codigos determinarem.

Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos.

Art. 179 [...]

XII. Será mantida a independencia do Poder Judicial. Nenhuma Autoridade poderá avocar as Causas pendentes, sustal-as, ou fazer reviver os Processos findos.³⁵

Da leitura dos artigos, infere-se que a independência do chamado Poder Judicial estava afirmada nos artigos 151 e 179, inciso XII, da Constituição Federal de 1824. Por outro lado, tanto o Poder Judicial quanto os demais poderes, malgrado a previsão de independência, equilíbrio e harmonia, estavam sob a guarda de um Poder Moderador, superior em relação aos demais.

Na Constituição de 1891, pela primeira vez, inseriu-se no texto constitucional regra explícita instituidora da separação dos poderes e, ainda, previu-se sua harmonia e independência, conforme se extrai de seu artigo 15: “São órgãos da soberania nacional o Poder Legislativo, o Executivo e o Judiciário, harmônicos e independentes entre si.”³⁶

Curiosamente, na carta magna seguinte (1934), o legislador original optou por substituir a expressão “harmonia” por “coordenados”, mas manteve o sistema de separação dos poderes.

Art. 3º - São órgãos da soberania nacional, dentro dos limites constitucionais, os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, independentes e coordenados entre si.

Art. 7º - Compete privativamente aos Estados:

I - decretar a Constituição e as leis por que se devam reger, respeitados os seguintes princípios:

a) forma republicana representativa;

b) independência e coordenação de poderes [...].³⁷

³⁵ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

³⁶ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

³⁷ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

De outro vértice, situação interessante pode ser observada na Constituição de 1937.

Naquela época, no Brasil, instituiu-se o chamado Estado Novo por Getúlio Vargas, após a dissolução da Câmara dos Deputados e do Senado, além da outorga de uma nova constituição, a qual foi apelidada de “Polaca”, por conta da influência polonesa percebida em seu texto.³⁸

A Constituição refletia o momento político que vivia o país. Assim, como já era de se esperar de um Estado não democrático, aboliu-se o princípio em comento, tanto que restou permitida, por aquela constituição, a intervenção federal contra os estados-membros quando seus poderes estivessem impedidos de funcionar, o que, claramente, configura invasão do Poder Executivo nos demais, a saber:

Art. 9º - O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado as funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República:

[...]

c) para administrar o Estado, quando, por qualquer motivo, um dos seus Poderes estiver impedido de funcionar [...].³⁹

Além disso, a Constituição de Getúlio Vargas elevou à conduta típica penal o ato do Presidente da República que atentasse contra o livre exercício dos Poderes políticos, ou seja, Legislativo, Executivo e Judiciário:

Art. 85 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República definidos em lei, que atentarem contra:

[...]

c) o livre exercício dos Poderes políticos [...].⁴⁰

Entretanto, ainda que houvesse previsão expressa de crime de responsabilidade por desrespeito ao livre exercício dos Poderes, a intervenção federal foi autorizada por aquela Constituição, permitindo-se, com isso, a interferência do Executivo nos demais poderes, o que demonstra sua evidente dominação e, por consequência, o período ditatorial que se instalou no Brasil.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guia de direito constitucional**: constituições anteriores a 1988.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaGuiaDC&pagina=constituicaoanterior1988>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

³⁹ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

⁴⁰ Ibid.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial (1945), percebeu-se no mundo uma tendência mundial à democracia e ao respeito aos direitos humanos. Por conta disso, logo no ano seguinte (1946) foi, dessa vez, promulgada uma nova constituição para nosso país, na qual já se verifica nítida semelhança com o texto atual da carta magna de 1988, no que toca à separação de poderes: “Art. 36 - São Poderes da União o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si.”⁴¹

Não obstante, observa-se, também, interessante diferença entre a Constituição de 1937 e de 1946 no que concerne aos casos de intervenção federal. A saber é do texto da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946:

Art. 7º - O Governo federal não intervirá nos Estados salvo para:
[...]
IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes estaduais;
[...]
VII - assegurar a observância dos seguintes princípios:
[...]
b) independência e harmonia dos Poderes [...].⁴²

Da leitura do supracitado artigo, constata-se que foi alterada completamente a possibilidade de intervenção federal: enquanto na Constituição de 1937 era permitida caso um dos poderes estivesse impedido de funcionar, na de 1946 foi expressamente proibida, salvo para garantia do livre exercício, independência e harmonia dos Poderes. Essa noção antagônica de intervenção federal consiste em importante exemplo, ocorrido no nosso país, da interligação entre a separação de poderes e os ideais democráticos e, ainda, de mecanismos garantidores ou restritivos da liberdade de atuação dos entes federados, ou seja, fica evidente a concentração ou não de poder.

No mesmo lastro, a Constituição de 1967 trouxe redação similar à de 1946, em seu artigo 6º, que foi mantido pela nossa atual Constituição Federal, promulgada em 1988: “São Poderes da União, independentes e harmônicos, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”⁴³

Por outro lado, a atual Constituição Federal, reconhecendo a importância do princípio em comento, elevou à categoria de cláusula pétrea, conforme consta em seu artigo

⁴¹ BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

⁴² Ibid.

⁴³ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

60, §4º, inciso III, o qual dispõe que “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos Poderes.”⁴⁴

⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). Loc. cit.

3 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme abordado no capítulo anterior, as funções estatais (administrativa, legislativa e jurisdicional) foram entregues a três estruturas estatais distintas, no caso, os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a fim de estabelecer um mecanismo de freios e contrapesos com vistas a afastar o arbítrio. Além disso, ainda que não seja a intenção original, esta divisão acaba por possibilitar que as atividades estatais sejam desempenhadas por aparatos com funções pré-estabelecidas, o que garante unicidade e, por consequência, melhor desempenho.

Para dar concretude às atividades estatais, ao longo do tempo, criaram-se estruturas administrativas – órgãos, entes personificados, agentes públicos – que refletem o modelo de estado vigente, ou seja, dependendo da abrangência da atuação estatal haverá uma administração pública de maior ou menor proporção.

De toda essa gama de atividades, tratar-se-á neste capítulo, sobre as estruturas estatais encarregadas da atividade administrativa, ou seja, o aparelho burocrático do Estado.

Para tanto, será abordada a definição de Administração Pública, bem como as diferenças que existem entre essa e o Governo, além da gama principiológica que a envolve.

3.1 CONCEITO

Antes de adentrar no estudo dos pormenores que envolvem a Administração Pública, é necessário que se destaque sua definição conforme a doutrina.

Para Silva, “Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas.”¹

Em complemento, Di Pietro entende que o conceito de Administração Pública requer análise mais complexa, tanto que indica dois sentidos em que o vocábulo é utilizado:

- a) em sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende **pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos** incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;

¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 655.

b) em sentido **objetivo, material** ou **funcional**, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria **função administrativa** que incumbe, **predominantemente**, ao Poder Executivo. (grifos no original).²

O exercício da função administrativa, no ordenamento vigente, acabou por ser atribuição primeira do Poder Executivo. É justamente por conta disso que a Administração Pública é frequentemente confundida com aquele Poder.

Todavia, tratam-se de conceitos distintos, especialmente se considerado que o Poder Executivo abrange as decisões de cunho político, enquanto a Administração Pública está envolta de todo aparato burocrático indispensável ao seu bom funcionamento e à execução das decisões políticas previamente tomadas pelo mencionado poder.

Atualmente, ainda se adota a segmentação do conceito de Administração Pública em Administração Direta e Indireta.

Essa divisão, já prevista no ordenamento nacional muito antes da Constituição de 1988³, tinha por finalidade prever regras para a organização da administração federal e foi por aquela incorporada. A título de exemplo, tem-se previsão contida no art. 37, no seguinte sentido: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá [...]”⁴

Na primeira, no caso administração direta, tem-se toda a estrutura administrativa ligada e subordinada diretamente ao chefe do Poder Executivo.

Consta do art. 76 e 84 da Constituição de 1988, regras que, ao definirem a competência do Presidente da República, apontam para a existência de uma estrutura a ele subordinada:

Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...]

II - exercer, com o auxílio dos Ministros de Estado, a direção superior da administração federal [...].⁵

Essa estrutura é formada por órgãos, que são

centros hierarquizados de competências do Estado, instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem. São, com efeito, as diferentes unidades que sintetizam círculos de

² DIPIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49.

³ A menção a tais termos já aparece no Decreto-lei n. 200, de 25 fevereiro de 1967.

⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 4 maio 2010.

⁵ Ibid.

poder, onde se forma e manifesta o querer e o agir do Estado, nos diferentes setores em que lhe incumbe prover.⁶

Importante frisar que esses órgãos são dotados de competência específica, decorrente da que foi atribuída ao ente a que estão vinculadas. Por conta disso, não possuem personalidade jurídica própria, embora seja admitida a capacidade processual. Ademais, destaca-se que é permitida a criação de outras estruturas dentro desses órgãos, com competências limitadas àquelas já atribuídas ao órgão principal.⁷

Há, por outro lado, entes administrativos que, diferentemente dos órgãos, são dotados de personalidade jurídica própria. Integram a esfera administrativa na qual estão inseridos, mas possuem patrimônio próprio e certa margem de autonomia administrativa e financeira.

São entes da Administração Indireta, as autarquias, fundações públicas, empresas estatais (sociedade de economia mista e empresa pública), consórcios públicos e as agências (reguladora e executiva), que não serão aqui abordados por não consistirem o tema central deste trabalho.

3.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA *VERSUS* GOVERNO

Comumente, se costuma conceber que a Administração Pública é entrelaçada ao Governo como se sinônimos fossem. Não são. Existem diversas diferenças entre os dois institutos que serão abordadas a seguir.

De início, a diferença mais sutil, porém principal, reside na esfera da competência que o Governo tem para tomar decisões políticas relacionadas à comunidade e com generosa dose de discricionariedade, enquanto que a Administração Pública tem por função executar concretamente aquelas determinações governamentais.⁸

Aliás, tal distinção entre ambos pode ser verificada, inclusive, por meio de sua conceituação doutrinária, extraída das lições de Bobbio, Matteucci e Pasquino:

Em sentido mais abrangente, a expressão Administração pública designa o conjunto das atividades diretamente destinadas à execução concreta das tarefas ou

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 136.

⁷ *Ibid.*, p. 137.

⁸ LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 28.

incumbências consideradas de interesse público ou comum, numa coletividade ou numa organização estatal.⁹

Ainda dos mesmos autores: “Pode-se definir Governo como o conjunto de pessoas que exercem o poder político e que determinam a orientação política de uma determinada sociedade.”¹⁰

Destarte, mesmo por meio de uma análise perfunctória dos conceitos de Administração Pública e Governo, a distinção entre ambos já se mostra latente. Enquanto a primeira tem relação direta com a execução das atividades públicas, o segundo define os rumos políticos do Estado.

Não obstante, Meirelles, ao tratar do assunto, fornece outras diversas diferenças entre essas instâncias, que esclarecem definitivamente qualquer confusão a respeito:

Comparativamente, podemos dizer que governo é a atividade política e discricionária; administração é atividade neutra, normalmente vinculada à lei ou à norma técnica. Governo é conduta independente; administração é conduta hierarquizada. O Governo comanda com responsabilidade constitucional e política, mas sem responsabilidade profissional pela execução; a Administração executa sem responsabilidade constitucional ou política, mas com responsabilidade técnica e legal pela execução. A Administração é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções políticas do Governo. Isto não quer dizer que a Administração não tenha poder de decisão. Tem. Mas o tem somente na área de suas atribuições e nos limites legais de sua competência executiva, só podendo opinar e decidir sobre assuntos jurídicos, técnicos, financeiros ou de conveniência e oportunidade administrativa, sem qualquer faculdade de opção política sobre a matéria.¹¹

Dito isso, ressalta-se que para compreensão mais abrangente do que vem a ser a Administração Pública, é necessário que se conheça, ao menos, um campo específico do regime jurídico-administrativo, qual seja, o rol de princípios – expressos ou não na Constituição Federal – que norteiam suas atividades.

3.3 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Ao contrário dos demais ramos do Direito, o Direito Administrativo não possui uma legislação codificada, ou seja, uma lei específica que aborde todas as matérias que lhe

⁹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmem C. Varrialle et. al. 5. ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2000. v.1. p. 10.

¹⁰ Ibid., v. 2., p. 553.

¹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 66.

dizem respeito. Todo seu regramento é feito por meio de leis esparsas ou de doutrina, além, é claro, da jurisprudência. A própria origem do Direito Administrativo e de seus princípios está diretamente ligada àquela, já que foi das decisões do Conselho de Estado Francês que surgiram suas bases.¹²

Por conta disso, o estudo dos princípios que alicerçam o Direito Administrativo ou qualquer assunto de sua alçada, assume extrema importância, já que sua interpretação e aplicação na prática terão, obrigatoriamente, de seguir esses vetores, especialmente diante da mencionada ausência de legislação codificada.

Aliás, assim já afirmava Meirelles:

Constituem [os princípios], por assim dizer, os fundamentos da ação administrativa, ou, por outras palavras, os sustentáculos da atividade pública. Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais.¹³

Logo, para que se compreenda Administração Pública, indispensável é o estudo dos princípios que a norteiam. Dentre eles, estão explicitamente arrolados na Constituição Federal, em seu artigo 37, *caput*, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a saber: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”¹⁴ (sem grifo no original).

Quanto aos princípios doutrinários, apesar da divergência entre os estudiosos, já que não há um rol taxativo destes princípios, o que leva os autores a abordarem aqueles que entendem mais importantes, interessam ao presente trabalho monográfico o princípio da supremacia do interesse público, o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade.

3.3.1 Do princípio da legalidade

Originalmente, o princípio da legalidade estava atrelado à separação de poderes, bem como às teorias que se opunham ao absolutismo.

¹² ARAÚJO, 2009, p. 9.

¹³ MEIRELLES, 2009, p. 88.

¹⁴ BRASIL. Constituição (1988). Loc. cit.

Nesse contexto, indicava uma superioridade do Poder Legislativo sobre os demais, já que demonstrava a predominância da lei diante de atos e medidas administrativas. Assim, tendo em vista que a Administração estava vinculada à lei e que a obediência dos administrados não significava subordinação à autoridade, mas sim às normas legais, o princípio da legalidade angariou um sentido de garantia, certeza jurídica e limitação do poder.¹⁵

Dessa forma, percebe-se que o princípio da legalidade vai de encontro a qualquer intenção egoísta dos governantes, no sentido de refrear o absolutismo e todas as formas de poder autoritário, ou seja, trata-se de um contraposto à força monocrática ou oligárquica, pois tem como idéia basilar a soberania popular.¹⁶

Aliás, o princípio em apreço está umbilicalmente ligado ao próprio Estado de Direito, conforme lições extraídas da doutrina de Mello:

Enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de *qualquer Estado*, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é *específico do Estado de Direito*, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo. (grifo no original).¹⁷

Stassinopoulos, fornecendo a essência do princípio da legalidade ensina que “além de não poder atuar *contra legem* ou *praeter legem*, a Administração só pode agir *secundum legem*.”¹⁸

Assim sendo, percebe-se que não é aplicável à Administração Pública o mesmo regramento do direito privado, fundamentado na liberdade, segundo o qual é permitido tudo aquilo que a lei não proíba, já que aquela foi cunhada pelas leis, inclusive pela Constituição Federal, para ser um instrumento destinado ao cumprimento do próprio ordenamento jurídico. Destarte, constata-se que a Administração não tem objetivos próprios, mas sim objetivos legais, previstos antecipadamente pela lei, ou seja, trata-se de uma “escrava da ordem jurídica.”¹⁹

Importante registrar que o agente público também se subordina às determinações da lei, de modo que todo desrespeito às suas cominações pode implicar em nulidade do ato e responsabilização civil, criminal e administrativa do seu autor.

¹⁵ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 123.

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 97.

¹⁷ *Ibid.*, p. 96.

¹⁸ STASSINOPOULOS, Michel apud MELLO, 2007, p. 98.

¹⁹ BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 25.

Por fim, ressalta-se que o princípio da legalidade não está ligado apenas à idéia de respeito à lei. De uma forma mais aprofundada, pode-se dizer que esse princípio também ordena ao agente público a vinculação de seus atos ao atendimento do bem comum, já que este é o maior e mais essencial objetivo Estatal.

Nessa esteira, colhe-se dos ensinamentos de Meirelles:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*), significa que o administrador está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum [...]. As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública* e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo de vontade conjunta de seus aplicadores e destinatários, uma vez que contêm verdadeiros *poderes-deveres, irrelegáveis pelos agentes públicos*. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. (grifos no original).²⁰

Explanados os aspectos conceituais e as demais particularidades do princípio da legalidade, passa-se, então, ao próximo princípio arrolado na norma constitucional.

3.3.2 Do princípio da impessoalidade

Analisadas as abordagens feitas pelos doutrinadores acerca do princípio da impessoalidade, constata-se que essas revelam dois aspectos predominantes no âmago de sua conceituação: a semelhança com o princípio da igualdade e a associação ao princípio da finalidade.

Mello, por exemplo, afirma que o princípio da impessoalidade

traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimenotas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia.²¹

Sob essa ótica, compreende-se que esse princípio impõe à Administração Pública o dever de direcionar suas atividades a todos os seus administrados, sem qualquer

²⁰ MEIRELLES, 2009, p. 89.

²¹ MELLO, 2007, p. 110.

discriminação, ou seja, um dos fundamentos para sua existência é impedir tratamento diferenciado aos cidadãos por conta de seu prestígio ou por retribuição de favores.

De outro vértice, Meirelles leciona que o princípio da impessoalidade “nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim legal*.” (grifo do autor). Na sequência, o mesmo doutrinador define finalidade, apontando que

A finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. [...] Desde que o *princípio da finalidade* exige que o ato seja praticado sempre com finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo. O que o *princípio da finalidade* veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados [...]. (grifos no original).²²

Por fim, importante registrar, ainda, as considerações de Bastos sobre o princípio em tela, já que este extraiu a essência dos conceitos que relacionam o princípio da impessoalidade ao da igualdade e ao da finalidade e os reuniu em uma única idéia, vinculada à discricionariedade, de modo bastante interessante.

Aduz o mencionado autor que existe uma relação direta entre a discricionariedade administrativa (assunto que será oportunamente abordado) e eventual ofensa ao princípio da impessoalidade, já que aquela implica na escolha de um ato/comportamento que mais se identifique com a finalidade da lei. Por conta disso, defende que é nessa oportunidade que o administrador pode levar em conta questões pessoais (tanto positivas, quanto negativas) em detrimento do interesse da coletividade, o que culmina na mácula do ato em razão do desvio de finalidade ou abuso de poder, isto é, a supremacia da lei e do interesse público cai por terra diante da conveniência do administrador.²³

3.3.3 Do princípio da moralidade

A Administração Pública, quando das suas relações com seus administrados, deverá agir conforme a lealdade e boa-fé, sendo-lhe proibido usar de artimanhas para

²² MEIRELLES, 2009, p. 93-94.

²³ BASTOS, 1996, p. 34.

embaraçar, impedir ou mesmo diminuir a possibilidade dos cidadãos de exercerem seus direitos.²⁴

Desse contexto, infere-se que “o ato e atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto.”²⁵ Não obstante, essa moral referida não deve ser compreendida no sentido da moral comum, mas sim da jurídica.

Aliás, sobre o assunto, extrai-se das lições de Meirelles:

Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito [moralidade administrativa] – da *moral comum*, mas sim de uma *moral jurídica*, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina do interior da Administração’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto. (grifos no original).²⁶

Para esclarecer o tema, frisa-se que para se perceber a imoralidade administrativa diante do fato exposto, é necessário que se visualize todo seu contexto, no sentido que a decisão exarada pela Administração Pública seja incompatível tanto com o regime jurídico administrativo quanto com o contexto fático.²⁷

Por oportuno, Medauar fornece elucidativo exemplo de imoralidade administrativa:

Em momentos de crise financeira, numa época de redução de mordomias, num período de agravamento de problemas sociais, configura imoralidade efetuar gastos com aquisição de automóveis de luxo para “servir” autoridades, mesmo que tal aquisição se revista de legalidade.²⁸

Ou seja, para aferição da imoralidade administrativa, “não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade.”²⁹

Por fim, a importância desse princípio é percebida, também, por conta da expressa previsão constitucional de um instrumento para, dentre outros, protegê-lo, o que é feito por meio da atuação dos próprios cidadãos: a ação popular. É o que se extrai da leitura do art. 5º,

²⁴ MELLO, 2007, p. 115.

²⁵ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 9.

²⁶ MEIRELLES, 2009, p. 90.

²⁷ MEDAUAR, 2006, p. 127.

²⁸ Ibid., p. 127.

²⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 297.

LXXIII, da Constituição federal, o qual dispõe que: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo [...] à moralidade administrativa [...]”.³⁰

3.3.4 Do princípio da publicidade

Em razão do caráter público do Poder e da necessidade de transparência nos seus atos, a publicidade foi elevada à categoria de princípio administrativo, objetivando-se, com isso, que os administrados obtivessem informações acerca das atividades dos administradores.³¹

Segundo Meirelles, publicidade “é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos.”³² Além disso, explica o referido doutrinador, que nesse contexto reside o motivo de

as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.
A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige.³³

A publicidade dos atos públicos pode ser feita por meio da imprensa oficial, o que pode se dar, inclusive, por meio da afixação em dado local da repartição, próprio para sua divulgação.³⁴ A publicidade tem como efeitos:

I - presumir o conhecimento dos interessados em relação ao comportamento da Administração Pública direta, indireta e fundacional; II – desencadear o decurso dos prazos e interposição de recursos; III – impedir a alegação de ignorância em relação ao comportamento da Administração Pública direta e indireta.³⁵

Todavia, de bom alvitre destacar que esta regra de publicidade, daquilo que envolver a Administração Pública, poderá ser relativizada em favor do interesse público, como, por exemplo, nos casos relativos à segurança da sociedade e do Estado (art. 5º, XXXIII, da CF).

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). Loc. cit.

³¹ SILVA, 2006, p. 669.

³² MEIRELLES, 2009, p. 95.

³³ Ibid., p. 95-96.

³⁴ SILVA, op. cit., p. 670.

³⁵ GASPARINI, 2000, p. 12.

Por fim, passa-se, na seqüência, à abordagem do último princípio da Administração Pública previsto expressamente na Constituição Federal: o princípio da eficiência.

3.3.5 Do princípio da eficiência

O princípio da eficiência foi inserido no *caput* do artigo 37 da Constituição federal por meio da Emenda Constitucional 19/98, comumente denominada de emenda da reforma administrativa.

Segundo Meirelles, o princípio em apreço determina que o exercício da atividade administrativa seja realizado com “presteza, perfeição e rendimento funcional”. Por conta disso, aduz ainda o mencionado autor, que o princípio da eficiência é característico da Administração contemporânea, que não mais se satisfaz apenas com o respeito à legalidade, procurando, também, “resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.”³⁶

De outra banda, Silva fornece outra definição para o princípio da eficiência, arraigando-lhe caráter mais econômico do que, propriamente, social:

Eficiência não é um conceito jurídico, mas econômico; não qualifica normas; qualifica atividades. Numa idéia muito geral, eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Assim, o princípio da eficiência, introduzido agora no art. 37 da Constituição pela EC 19/98, orienta a atividade administrativa no sentido de conseguir os melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível. Portanto, o princípio da eficiência administrativa tem como conteúdo a relação de meios e resultados. (grifos no original).³⁷

Por fim, oportuno enfatizar que o princípio em tela deve ser somado aos demais princípios da Administração Pública, mas sem que sobressaia em relação a eles, notadamente ao da legalidade, a fim de que seja preservada a segurança jurídica e o próprio Estado de Direito.³⁸

³⁶ MEIRELLES, 2009, p. 98.

³⁷ SILVA, 2006, p. 671.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 80.

3.3.6 Do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, na verdade, não interessa apenas à Administração Pública ou ao Direito Administrativo, tendo em vista que repercute em todo Direito, como princípio geral inseparável da sociedade e pressuposto do convívio social.³⁹

Não obstante, é considerado princípio intrínseco da atuação do Estado, notadamente por conta da própria existência estatal estar vinculada ao interesse geral, isto é, da coletividade. Aliás, pelo mesmo motivo, é que deve ser respeitado ainda que o desempenho das atividades e serviços sejam delegados, pela Administração, aos particulares.⁴⁰

Contudo, isso não significa que a Administração Pública possa sobrepor-se, de forma esmagadora ou arbitrária, sobre os interesses privados, conforme leciona Gasparini: “A aplicabilidade desse princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Lei Maior da República (art. 5º, XXXVI).”⁴¹

Além disso, outro esclarecedor exemplo de supremacia do interesse público sobre o privado no qual também se verifica o respeito aos interesses individuais, é tratado na obra de Bastos:

Exemplo disto é a desapropriação, que existe exatamente para que o Poder Público se encontre melhor apetrechado de recursos jurídicos para atingir as suas finalidades. [...] Seria um disparate que hoje se visse o Estado impedido de realizar uma obra pública simplesmente porque o proprietário do imóvel sobre o qual recairá a construção pública se oponha. [...] A supremacia do interesse público não existe tão-somente para esmagar o indivíduo sob uma jurisdição consagradora de privilégios injustificáveis. No caso da desapropriação, embora violentando-se a vontade do particular quanto ao não desejá-la efetuada, não fica o Poder Público excluído do dever de indenizá-lo patrimonialmente. O que demonstra que a supremacia do interesse público tem que ser exercida com todo o respeito aos interesses individuais, sem o que estes se tornariam letra-morta.⁴²

Imperioso destacar, por fim, que tal princípio não aparece apenas no desempenho das atividades administrativas, mas também na elaboração das leis como fonte de inspiração

³⁹ MELLO, 2007, p. 93.

⁴⁰ MEIRELLES, 2009, p. 105.

⁴¹ GASPARINI, 2000, p. 18.

⁴² BASTOS, 1996, p. 29-30.

ao legislador, ou seja, vinculando a atuação do administrador à vontade da lei e do interesse público.⁴³

3.3.7 Do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade aplicáveis à administração pública

Malgrado exista divergência na doutrina acerca do princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, já que alguns autores, como Medauar, por exemplo, entendem que esses princípios são sinônimos ou se equivalem. Opta-se, no presente trabalho monográfico, pela corrente que os diferencia, não só pela consistente fundamentação, mas também por ser esse o entendimento jurisprudencial.

Para aqueles que entendem que a razoabilidade e a proporcionalidade se distinguem, visualizam que a primeira consiste em uma proibição de excessos, fundamentada no parecer do homem médio. A saber, assim se manifestou Meirelles:

Sem dúvida, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que, em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. [...] A razoabilidade deve ser aferida segundo os “valores do homem médio”, como fala Lúcia Valle Figueiredo, em congruência com as posturas normais ou já adotadas pela Administração Pública. Assim, não é conforme à ordem jurídica a conduta do administrador decorrente de seus critérios personalíssimos ou de seus *standards* pessoais que, não obstante aparentar legalidade, acabe, por falta daquela razoabilidade média, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se apoiou.⁴⁴

De modo mais preciso, colhem-se da jurisprudência pátria importantes considerações acerca desse princípio: “A razoabilidade encontra ressonância na ajustabilidade da providência administrativa consoante o consenso social acerca do que é usual e sensato. Razoável é conceito que se infere a contrario sensu; vale dizer, escapa à razoabilidade ‘aquilo que não pode ser.’”⁴⁵

Outro aspecto de relevo acerca do princípio da razoabilidade é sua ligação com a discricionariedade administrativa, no sentido de que o administrador “terá de obedecer a

⁴³ DI PIETRO, 2008, p. 63.

⁴⁴ MEIRELLES, 2009, p. 94-95.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 443310/RS**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+443310&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 mar. 2010.

critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas”, respeitando as normas referentes ao exercício de sua função.⁴⁶

De outro vértice, o princípio da proporcionalidade aponta que “nem todos os meios justificam os fins. Os meios conducentes à consecução das finalidades, quando exorbitantes, superam a proporcionalidade, porquanto medidas imoderadas em confronto com o resultado almejado.”⁴⁷

Noutras palavras, na oportunidade em que surgirem ao administrador alternativas diante da providência a ser adotada, é oportuno que ele faça uso da menos gravosa, de modo que os encargos não sejam exorbitantes em proporção com o fim objetivado.⁴⁸

Ainda sobre o assunto, Mello ensina que:

Este princípio enuncia a idéia – singela, aliás, conquanto freqüentemente desconsiderada – de que as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão* e *intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. (grifos no original).⁴⁹

Por fim, cabe ainda destacar exemplo de conduta administrativa que acaba por ferir ambos os princípios, mencionado por Moraes:

Ao promover o planejamento das ações, a Administração Pública deve identificar, em primeiro lugar, a *necessidade* da sociedade e eleger suas prioridades administrativas. Uma vez identificada, a necessidade direciona a ação tendente ao seu atendimento. A ação deve ser suficiente para acudir a necessidade detectada. Nada além, nada aquém. Isso se denomina *adequação*. Não é razoável, tampouco proporcional, construir uma praça esportiva com capacidade para 50.000 pessoas em uma cidade ou região cuja população não ultrapasse 5.000 habitantes. (grifos no original).⁵⁰

Dito isso, encerra-se o presente capítulo, pontuando-se que, enquanto o princípio da razoabilidade consiste na razão do homem médio, a definição do princípio da proporcionalidade reside na adequação entre os meios e os fins perseguidos pela Administração Pública.

⁴⁶ MELLO, 2007, p. 105.

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 443310/RS**. Loc. cit.

⁴⁸ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 243.

⁴⁹ MELLO, op. cit., p. 107.

⁵⁰ MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 46.

4 ATOS ADMINISTRATIVOS

A função administrativa pode ser exercida por qualquer dos três Poderes Políticos, mas, conforme já abordado, é uma atividade desempenhada preponderantemente pelo Poder Executivo, com o auxílio do aparato burocrático e de pessoal da Administração Pública.

Por sua vez, a Administração Pública precisa de um mecanismo para comunicação com os particulares ou mesmo com seus servidores, por meio do qual possa manifestar sua vontade: o ato administrativo.

Será esse o tema central do presente capítulo, já que é assunto indispensável para a análise mais completa possível do tema abordado nesta monografia.

4.1 CONCEITO

Não existe, no ordenamento jurídico, conceito legal de ato administrativo, de modo que sua definição ficou a cargo da doutrina. Em razão disso, podem ser encontrados diversos conceitos do instituto aqui abordado, alguns tratando-os de forma mais ampla, outros mais restrita. Todavia, conforme poderá ser verificado, não existe uma verdadeira contradição ou controvérsia entre os doutrinadores; tratam-se, na verdade, de pontos de vista diferenciados, que realçam determinadas características em detrimento de outras.

Lazzarini, por exemplo, adotou definição ampliada de ato administrativo e o relacionou como um tipo de ato jurídico, ou seja, manifestação de vontade com a finalidade de, entre outras, modificar, extinguir e adquirir direitos:

O ato administrativo pode ser considerado como toda a manifestação da vontade da Administração Pública, na qualidade de Poder Público, e que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transformar, modificar ou extinguir direitos em relação a si mesma ou aos administrados.¹

Outro autor que também adota critério amplo para conceituação do instituto em comento e o considera espécie de ato jurídico é Cretella Júnior, para o qual

¹ LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 45.

Os atos administrativos constituem espécies de atos jurídicos; que são editados normalmente por autoridades administrativas, embora, por exceção, possam nascer da iniciativa de autoridades públicas de outros poderes e, mais excepcionalmente, em casos anormais, de pessoas privadas; que têm por objeto *matéria administrativa*, podemos defini-los, *latissimo sensu*, do seguinte modo: *ato administrativo é toda medida editada pelo estado, por meio de seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou por qualquer pessoa que detenha, nas mãos, fração de poder delegada pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa.* (grifos no original).²

De outro vértice, mas não necessariamente contrário, Mello aborda a definição dos atos administrativos sob dois ângulos: em sentido amplo e em sentido estrito. No que tange ao primeiro, assemelha-se à definição dos autores citados alhures e ensina que ato administrativo é a

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³

Já, quanto ao sentido estrito, o mencionado doutrinador ensina que ato administrativo consiste em uma

declaração *unilateral* do Estado no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional. (grifo no original).⁴

Além de Mello, Meirelles também trouxe para sua obra conceito estrito de ato administrativo, o qual foi definido como “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.”⁵

Os autores que abordam o conceito de ato administrativo de forma estrita, defendendo sua unilateralidade, assim o fazem porque, sem essa característica, estariam incluídos na definição de ato, também, os contratos administrativos. Contudo, sabe-se que esses últimos têm como principal característica a bilateralidade, ou seja, se assemelham mais aos negócios do que aos atos jurídicos.

² CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. de acordo com a constituição vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 152.

³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 370.

⁴ *Ibid.*, p. 372.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 152.

Diferentemente do que ocorre nos contratos, a pretensão do administrado não interfere diretamente na edição do ato, já que essa decisão cabe ao Poder Público, nos moldes que unilateralmente deliberar.⁶

Assim, considerando a aceitação do posicionamento supracitado, adotar-se-á, no presente trabalho, o posicionamento que define o ato administrativo como manifestação unilateral do Estado, no exercício de prerrogativas públicas, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio, submetido à lei, além de estar sujeito a controle judicial.

De outro vértice, é importante que sejam diferenciados os atos administrativos dos atos de gestão.

Das lições de Di Pietro, extrai-se que:

Atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços; como não diferem a posição da Administração e a do particular, aplica-se a ambos o direito comum. (grifo no original).⁷

Dessa forma, ainda que os atos de gestão sejam arrolados como espécie de atos administrativos por alguns autores, neste trabalho serão considerados de modo distinto dos atos administrativos, notadamente por conta de se submeterem ao direito comum e não ao regime jurídico administrativo, próprio de toda Administração Pública e, por conseqüência, de seus atos.

4.2 REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO

De maneira semelhante ao conceito de ato administrativo, seus requisitos também não são abordados de forma uníssona pela doutrina. Porém, não há como se falar em controvérsia, já que, pelo menos, cinco requisitos estão presentes em todos os autores: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Essa é a concepção clássica dos requisitos do ato administrativo, consagrada por Hely Lopes Meireles, que servirá de pano de fundo para o presente trabalho monográfico, já

⁶ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 59.

⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 209.

que, não obstante, também é o rol seguido pelo ordenamento jurídico, conforme se verifica no artigo 2º, da Lei n. 4.717 de 29 de junho de 1965 (Lei da Ação Popular):

Art. 2º São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de:
 a) incompetência;
 b) vício de forma;
 c) ilegalidade do objeto;
 d) inexistência dos motivos;
 e) desvio de finalidade [...].⁸

Alguns autores, conforme será abordado em momento oportuno, deram a esses requisitos nomenclatura diferenciada, mas mantiveram a essência de sua definição.

Ainda que tenha sido utilizada a nomenclatura “requisitos” do ato administrativo, o assunto também é lecionado na doutrina pelo nome de “elementos”⁹, “pressupostos”¹⁰ ou “aspectos”.¹¹ Assim preferiu-se, repita-se, por se tratar de posicionamento clássico, que serviu de modelo para os demais.

4.2.1 Competência

A competência administrativa pode ser compreendida como o poder conferido ao agente público para o exercício de suas atividades, derivada da lei e por ela demarcada.

Por conta disso, é inválido qualquer ato editado por quem seja incompetente ou por quem exceda os limites determinados pela autoridade encarregada de sua prática, em razão da ausência de elemento de sua formação, qual seja, o poder de exprimir a pretensão da Administração Pública.¹²

De outra banda, Di Pietro nomeia esse requisito do ato administrativo como sujeito, mas ensina que “sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato.” (sem grifo no original).¹³ Seu posicionamento se dá em razão de a autora considerar que a capacidade dos entes públicos também integra a estrutura do ato administrativo:

⁸ BRASIL. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**: regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 22 abr. 2010.

⁹ Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

¹⁰ Celso Antonio bandeira de Mello.

¹¹ Marçal Justen Filho.

¹² MEIRELLES, 2009, p. 154.

¹³ DI PIETRO, op. cit., p. 192.

Partindo-se da idéia de que só o ente com personalidade jurídica é titular de direitos e obrigações, pode-se dizer que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito federal).

Ocorre que as funções que competem a esses entes são distribuídas entre **órgãos administrativos** (como os Ministério, Secretarias e suas subdivisões) e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas.

Assim, a competência tem que ser considerada nesses três aspectos; em relação às **pessoas jurídicas** políticas, a distribuição de competência consta da Constituição Federal; em relação aos **órgãos** e **servidores**, encontra-se na **lei**. (grifos no original).¹⁴

No mais, por conta de seu caráter de ordem pública, a competência administrativa não se transfere, nem é prorrogada de acordo com o desejo dos interessados. No entanto, se as normas da Administração Pública permitirem, pode ser delegada ou avocada, conforme o caso.¹⁵

A título de esclarecimento, delegação consiste na faculdade que o agente competente possui de autorizar o desempenho de alguma atividade específica para outros sujeitos, desde que haja previsão legal, já que a própria competência decorre de lei. Já a avocação ocorre em sentido inverso, ou seja, quando o agente competente toma para si o poder de editar determinado ato, que já era da sua competência, mas que anteriormente estava na atribuição de outro sujeito.¹⁶ Da mesma forma que a delegação, a avocação também decorre da lei.¹⁷

4.2.2 Forma

Requisito vinculante do ato administrativo, a forma pode ser definida sob dois sentidos: amplo e restrito.

Segundo Di Pietro:

1. Uma concepção **restrita** [do ato administrativo], que considera forma como **exteriorização do ato**, ou seja, o modo pelo qual a declaração se exterioriza; nesse sentido, fala-se que o ato pode ter a forma escrita ou verbal, de decreto, portaria, resolução, etc.;
2. Uma concepção **ampla**, que inclui no conceito de forma, não só a exteriorização do ato, mas também todas as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. (grifos no original).¹⁸

¹⁴ DI PIETRO, 2008, p. 192.

¹⁵ MEIRELLES, 2009, p. 154.

¹⁶ JUSTEN FILHO, 2009, p. 293.

¹⁷ MEIRELLES, op. cit., p. 154.

¹⁸ DI PIETRO, op. cit., p. 196.

Na sequência, a mesma autora explica que em sentido restrito, o ato isolado é levado em consideração; já em sentido amplo, o ato é analisado no âmbito de um procedimento, ou seja, um conjunto de atos consecutivos, com o fito de preparar a decisão final. Nesse caso, cada ato deve ser avaliado em seus cinco requisitos de modo independente.¹⁹

Meirelles ensina que “Todo ato administrativo é, em princípio, formal”²⁰, mas admite que essa formalidade não requer necessariamente formato escrito:

A forma normal do ato administrativo é a escrita, embora atos existam consubstanciados em ordem verbais e até mesmo em sinais convencionais, como ocorre com as instruções momentâneas de superior a inferior hierárquico, com as determinações de polícia em casos de urgência e com a sinalização do trânsito. O que convém fixar é que só se admite o ato administrativo *não escrito* em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração. Nas demais hipóteses é de rigor o ato *escrito em forma legal*, sem o quê se exporá à invalidade. (grifos no original).²¹

Não obstante, destaca-se, por fim, que o estudo sobre a forma dos atos administrativos tem por principal finalidade a garantia de controle das competências e poderes do Estado e da Administração Pública.²²

Aliás, tendo em vista que a forma é requisito vinculado ao ato administrativo, tanto sua revogação como sua modificação devem observar as mesmas formalidades do ato originário.²³

4.2.3 Finalidade

A finalidade a ser perseguida pela Administração Pública é o próprio interesse público. Por consequência, esse requisito vincula tanto o ato administrativo discricionário quanto o regrado.²⁴

Esse conceito supracitado, extraído da obra de Meirelles, foi considerado como sentido amplo de finalidade por Di Pietro, autora esta que descreveu duas acepções distintas de finalidade, mas que acabam por se completar:

¹⁹ DI PIETRO, 2008, p. 196.

²⁰ MEIRELLES, 2009, p. 155.

²¹ Ibid., p. 156.

²² JUSTEN FILHO, 2009, p. 294.

²³ MEIRELLES, op. cit., p. 156.

²⁴ Ibid., p. 155.

1. em sentido amplo, a finalidade sempre corresponde à consecução de um resultado de interesse público; nesse sentido, se diz que o ato administrativo tem que ter sempre **finalidade pública**;
2. em sentido estrito, finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir, conforme definido na lei; nesse sentido, se diz que a finalidade do ato administrativo é sempre a que decorre explícita ou implicitamente da lei. (grifos no original).²⁵

Se o agente público desviar, tanto da finalidade abordada no item “1” quanto da mencionada no item “2”, eivado estará o ato de vício denominado desvio de poder, o qual, segundo Mello, pode se manifestar de dois modos:

- a) quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público. Isto sucede ao pretender usar de seus poderes para prejudicar um inimigo ou para beneficiar a si próprio ou amigo.
 - b) quando o agente busca uma finalidade – ainda que de interesse público – alheia à ‘categoria’ do ato que utilizou. Deveras, consoante advertiu o preclaro Seabra Fagundes: ‘Nada importa que a diferente finalidade com que tenha agido seja moralmente lícita. Mesmo moralizada e justa, o ato será inválido por divergir da orientação legal’.
- Exemplo da primeira hipótese tem-se no caso de um superior que remove um funcionário para o local afastado sem nenhum fundamento de fato que requeresse o ato, mas apenas para prejudicá-lo em razão de sua inimizade por ele.
- Exemplo da segunda hipótese ocorre quando o agente remove um funcionário – que merecia uma punição – a fim de castigá-lo. Ora, a remoção não é ato de categoria punitiva.²⁶

Dito isso, encerra-se a explicação acerca dos requisitos que vinculam tanto o ato administrativo quanto o regrado (competência, forma e finalidade), de modo que, em seguida, abordar-se-ão aqueles nos quais reside a análise acerca da conveniência e da oportunidade do ato administrativo discricionário, mas que continuam vinculando os atos regrados (motivo e objeto).

4.2.4 Motivo

O requisito do ato administrativo que será explanado nesse item, sem dúvida, é o que mais gera discussões acerca de suas peculiaridades, notadamente por conta da freqüente confusão entre motivo e finalidade ou motivo e motivação. Porém, tratam-se de institutos totalmente distintos.

Enquanto o motivo antecede o ato, a finalidade lhe sucede, ou seja, é o que o agente pretende que seja alcançado após a edição do ato.²⁷ Por outro lado, motivação, na

²⁵ DI PIETRO, 2008, p. 198-199.

²⁶ MELLO, 2007, p. 391.

²⁷ JUSTEN FILHO, 2009, p. 297.

verdade, trata-se da “exposição dos motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram.”²⁸

Já o motivo, conforme Cintra, consiste no

conjunto de elementos objetivos de fato e direito que lhe constitui o fundamento. Isso significa que, para nós, os motivos do ato administrativo compreendem, de um lado, a situação de fato, que lhe é anterior, e sobre a qual recai a providência adotada, e, de outro lado, o complexo de normas jurídicas por ele aplicadas àquela situação de fato.²⁹

Em outras palavras, o motivo pode ser definido como a conjugação de pressuposto de direito – base legal para edição do ato – e de fato – eventos, ocorrências e circunstâncias que culminam na prática do ato.³⁰ Exemplifica-se: “ato disciplinar punitivo tem como motivo uma conduta do servidor (circunstância de fato), que a lei qualificou como infração funcional (elemento de direito).”³¹

De outro vértice, Justen Filho se posiciona de modo diferente, mas interessante, quanto ao conceito de motivo e sua aplicação na prática. Para o mencionado autor não são os fatos que devem ser levados em consideração quando da análise acerca do motivo, mas sim o entendimento mental que o agente teve da situação fática que deu ensejo à edição do ato. A saber:

O motivo do ato administrativo consiste não nos fatos propriamente ditos, mas na representação intelectual que o agente realiza a propósito deles, relacionando-a com o direito e atingindo uma conclusão. Essa representação mental conjuga os fatos e o direito aplicável e resulta em uma ‘causa jurídica’. Assim, imagine-se que uma tempestade gere o risco de deslizamento, que poderá destruir casas e vidas humanas. O agente avalia esses eventos e formula uma representação mental, que o conduz a promover um contrato de emergência. O motivo do contrato não é exatamente a chuva ou o risco de deslizamento, mas a interpretação mental do agente, que qualifica aquela situação como causa jurídica para a assinatura de um contrato de emergência.³²

Diz respeito ao tema, ainda, a chamada teoria dos motivos determinantes, a qual consiste na vinculação do agente aos motivos que declarou quando da edição do ato.

Sobre o assunto, Mello ensina:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente

²⁸ DI PIETRO, 2008, p. 199.

²⁹ CINTRA apud FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 190.

³⁰ DI PIETRO, op. cit., p. 199.

³¹ MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 138.

³² JUSTEN FILHO, 2009, p. 296.

qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.³³

No mais, esse requisito do ato administrativo tanto pode estar expressamente determinado pela lei – caso em que será vinculado – como pode ser editado conforme a ponderação do administrador (mérito administrativo) – oportunidade em que se revestirá de discricionariedade.³⁴ O mesmo também ocorre com relação ao objeto, requisito a ser explorado no próximo tópico.

4.2.5 Objeto

O objeto do ato administrativo, também chamado de conteúdo, “é o efeito jurídico imediato que o ato produz”³⁵, ou, em outras palavras “é o efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar através de sua ação direta ou indireta: é a própria *substância do ato, seu conteúdo.*” (grifos no original).³⁶

Em razão de se tratar, o ato administrativo, de espécie de ato jurídico, esse efeito produzido diz respeito ao nascimento, extinção ou transformação de determinado direito.³⁷

Aliás, Meirelles ensina que “Todo ato administrativo tem por *objeto* a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público.” (grifo no original).³⁸

Esse requisito do ato administrativo deve demonstrar licitude (o resultado almejado deve conservar consonância com lei), moralidade (pautado nos princípios e regras de conduta verificados no regime jurídico administrativo) e possibilidade (ato realizável no plano fático e jurídico).³⁹

³³ MELLO, 2007, p. 388.

³⁴ MEIRELLES, 2009, p. 156.

³⁵ DI PIETRO, 2008, p. 195.

³⁶ CRETILLA JÚNIOR, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 221.

³⁷ DI PIETRO, op. cit., p. 195.

³⁸ MEIRELLES, op. cit., p. 157.

³⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 137.

Finalmente, a título de elucidação, dois exemplos arrematam o conceito e a noção de objeto do ato administrativo:

num ato de nomeação, o resultado pretendido é investir uma pessoa nas funções de um cargo, para assumir o dever e o direito de exercer as atribuições pertinentes; numa declaração expropriatória, o resultado pretendido é desencadear um processo que vai levar à retirada de determinado bem do patrimônio de seu proprietário.⁴⁰

Encerrada a análise acerca dos requisitos do ato administrativo, passa-se ao estudo dos atributos do ato administrativo.

4.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

O ato administrativo, conforme já mencionado anteriormente, constitui espécie de ato jurídico. Todavia, diferentemente desse último, aquele possui determinados atributos que o diferencia, em razão do regime jurídico próprio do Direito Administrativo, e lhe possibilita a utilização de meios jurídicos peculiares, com o escopo de dar cumprimento aos seus objetivos legais.

Esses atributos são conhecidos como presunção de legitimidade e veracidade, imperatividade ou poder extroverso e auto-executoriedade.

Destaca-se, entretanto, que somente a presunção de legitimidade e veracidade se encontra presente em todos os atos administrativos, já que os demais não são aplicados aos chamados atos ampliativos, ou seja, aqueles “em que o Poder Público simplesmente defere aos administrados a fruição de algo que lhes amplia a esfera jurídica e em geral atende ao que foi pretendido pelos administrados (concessões, licenças, autorizações, permissões, outorgas de prêmios, etc).”⁴¹ Ainda assim, a doutrina considera todas aquelas qualidades mencionadas como atributos do ato administrativo.

4.3.1 Presunção de legitimidade e veracidade

A presunção de legitimidade consiste na adequação do fato à lei, de modo que “em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário que os atos

⁴⁰ MEDAUAR, 2006, p. 137.

⁴¹ MELLO, 2007, p. 402.

administrativos foram emitidos com observância da lei”⁴², ou seja, “milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade.” (grifo no original).⁴³

Meirelles enfatiza, também, outra importante característica desse atributo do ato administrativo:

A presunção de legitimidade autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos, mesmo que argüidos de vícios ou defeitos que os levem à invalidade. Enquanto, porém, não sobrevier o pronunciamento de nulidade os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Admite-se, todavia, a sustação dos efeitos dos atos administrativos através de recursos internos ou de ordem judicial, em que se conceda a suspensão liminar, até o pronunciamento final de validade ou invalidade do ato impugnado.⁴⁴

Quanto à presunção de veracidade, o mesmo autor ensina que “refere-se aos *atos* alegados e firmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos e havidos como verdadeiros até prova em contrário.”⁴⁵

4.3.2 Imperatividade ou poder extroverso

Por conta deste atributo, independentemente da concordância do particular, o ato administrativo ser-lhe-á imposto⁴⁶, ainda que seja contrário ao seu interesse. Dessa forma, acabam por interferir juridicamente na vida de terceiros, no sentido de constituí-los em obrigações de modo unilateral.

É, portanto, a capacidade de impor o conteúdo do ato a seu destinatário, sob pena de, em caso de inobservância, lhe ser imposta dada sanção.

Exemplo de imperatividade ou poder extroverso é o ato administrativo que seleciona rua determinada para realização de uma feira qualquer ou, ainda, que lhe impõe sentido único de direção.⁴⁷

⁴² DI PIETRO, 2008, p. 186-187.

⁴³ MELLO, 2007, p. 403.

⁴⁴ MEIRELLES, 2009, p. 161.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 161.

⁴⁶ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁷ GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 73.

4.3.3 Auto-executoriedade

Diversamente do que ocorre, por exemplo, no Direito Processual Civil, no âmbito do Direito Administrativo não se faz necessário que a Administração demonstre que possui título executivo suficiente para fundamentar as medidas que vai providenciar⁴⁸, inclusive no sentido de compelir o particular ao cumprimento do que lhe for determinado (unilateralmente, inclusive, por conta da imperatividade).

Di Pietro leciona que esse atributo possibilita ao ato administrativo “ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário.” Além disso, indica que só caberá quando a lei expressamente a prever ou quando se tratar de providência urgente, que poderá culminar em prejuízo caso não seja adotada instantaneamente.⁴⁹

Na visão de Gordillo – o qual dá o nome a este atributo de *ejecutoriedad* –, a administração pode fazer uso dos seguintes meios para o exercício da auto-executoriedade: a coerção direta, a coerção indireta e a execução direta.

A primeira se dá quando a administração forçar o administrado a cumprir o ato e geralmente se manifesta de modo verbal. Acontece, por exemplo, quando o ato administrativo ordena ao particular que se retire de local de acesso proibido.⁵⁰

A segunda ocorre quando o administrado é compelido à prática do ato por meio de alguma sanção, por exemplo, a incidência de multas.⁵¹

Por fim, a execução direta consiste na prática do ato pela própria administração ou por terceiro, à sua ordem. Por exemplo: quando um particular obrigado a construir um muro não o faz, pode a Administração Pública realizá-lo ou determinar que terceiro o faça. Em ambos os casos, os gastos correrão por conta do particular.⁵²

No mais, os atos administrativos são classificados quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, em atos discricionários e atos vinculados.⁵³

Assim, encerrada a análise acerca dos atributos, passa-se ao estudo dessa modalidade de classificação dos atos administrativos.

⁴⁸ CRETILLA JÚNIOR, 2003, p. 165.

⁴⁹ DI PIETRO, 2008, p. 189.

⁵⁰ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: el acto administrativo. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2002. p. V-37. tomo 3.

⁵¹ Ibid.

⁵² Ibid.

⁵³ MELLO, 2007, p. 408.

4.4 DISCRICIONARIEDADE E VINCULAÇÃO

O tema que será abordado neste item tem ligação direta com o quarto capítulo do presente trabalho monográfico, oportunidade em que será aprofundado o estudo acerca da discricionariedade e sua relação com o controle judicial.

É certo que a doutrina tem visualizado diversas classificações para os atos administrativos, por vezes, com nomenclaturas completamente distintas.

Interessa para o presente trabalho a identificação das diferenças entre atos vinculados e discricionários, o que possibilitará, por via oblíqua, que se analise os conceitos de vinculação e discricionariedade.

Em primeiro lugar, destaca-se que há grande controvérsia na doutrina acerca do assunto em questão, inclusive quanto à vinculação que, em leitura perfunctória, mostra-se menos complexa que a discricionariedade.

Philippo Satta, por exemplo, traz à vinculação ares de discricionariedade, abordando que o conceito da primeira está em crise:

Aquilo, que, portanto, entre em crise e deve-se sujeitar à radical revisão é o *conceito de atividade vinculada*. Enquanto esta era definida, de fato, como exclusão da efetiva e operante participação intelectual da Administração aos juízos necessários para cada agir, impende dizer que as normas possam, em certo caso, ter e, em outros, serem privadas de um conceito determinado. *Este conteúdo existe sempre, no sentido de que há sempre uma precisa vontade do legislador, que a Administração deve realizar; para este fim, deve ela agir não como uma máquina, mas como ser inteligente que, entendido o valor da norma, entendido em seu fim, liga-o ao fato e tal ligação ajusta a sua ação.* (grifos no original).⁵⁴

Tal juízo parte do fundamento de que se mostra extremamente difícil estabelecer limites tão rígidos entre ambos os institutos, como ensina o doutrinador argentino Gordillo:

En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica —e inconveniente— prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.⁵⁵

Apesar do entendimento desses doutrinadores, adotar-se-á, *data venia*, posicionamento diverso, fundamentado na majoritária doutrina que separa, com nitidez, os

⁵⁴ SATTÀ apud FIGUEIREDO, 2004, p. 208.

⁵⁵ GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo**: parte general. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. X-19. tomo 1.

atos discricionários dos vinculados – dando a este último caráter totalmente atrelado à lei – a exemplo de Seabra Fagundes, o qual ensina que:

Para a prática de alguns atos, a competência da Administração é estritamente determinada na lei, quanto aos motivos e modo de agir. A lei lhe determina que, existentes determinadas circunstâncias, proceda dentro de certo prazo e de certo modo. A competência diz-se então vinculada. A Administração Pública não é livre em resolver sobre a conveniência do ato, nem sobre o seu conteúdo. Só lhe cabe constatar a ocorrência dos motivos, e, com base neles, praticar o ato. Escusando-se a praticá-lo, no tempo e com o objetivo determinado, viola a lei.

Noutros casos, a lei deixa a autoridade administrativa livre na apreciação do motivo ou do objeto do ato, ou de ambos ao mesmo tempo. No que respeita ao motivo, essa discricção se refere à ocasião de praticá-lo (oportunidade) e à sua utilidade (conveniência). No que respeita ao conteúdo, a discricionariade está em poder praticar o ato com o objetivo variável, ao seu entender. Nesses casos, a competência é livre ou discricionária.⁵⁶

O resultado do exercício da discricionariade, ou seja, o fruto da apreciação do administrador acerca da oportunidade e conveniência da edição do ato é o que a doutrina nomeou de mérito administrativo ou mérito do ato administrativo.⁵⁷

A oportunidade do ato consiste no melhor momento, de acordo com as circunstâncias que o envolvem, ou seja, trata-se de um critério temporal a ser observado pelo administrador. Já a conveniência, diz respeito ao resultado do exame do administrador acerca do que for adequado, justo, razoável, eficaz, apropriado e moral na prática do ato.⁵⁸

Curiosamente, quando da elaboração da teoria da divisão de poderes, Locke, ainda que tratando das funções de governo, abordava a discricionariade sob enfoque legalista. Nesse ponto, convém citar novamente a lição de Azambuja:

dada a fragilidade humana, grande seria a tentação de abusar do poder se as mesmas pessoas que fazem as leis devessem executá-las. Assim, o Poder Legislativo, deve estar separado do Executivo.’ Além desses dois poderes, Locke distinguia ainda o Poder Confederativo ou das relações internacionais, e o Discricionário, atribuições extraordinárias que o governo exerceria de acordo com as leis. (sem grifos no original).⁵⁹

Sobre o assunto, observa-se que, tanto o ato vinculado, quanto o discricionário, estão sujeitos à lei. Essa é a regra, por conta do princípio da legalidade.

Ocorre que, em alguns casos, distanciando-se do conceito visualizado por Locke, o legislador concedeu ao administrador a possibilidade de analisar a conveniência e a

⁵⁶ SEABRA FAGUNDES apud GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 191-192.

⁵⁷ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral [e] parte especial. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 206.

⁵⁸ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **O controle judicial do mérito administrativo**. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 26.

⁵⁹ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 38. ed. São Paulo: Globo, 1998. p. 177-178.

oportunidade do ato administrativo, ou seja, deixou livre a apreciação do motivo e do objeto, requisitos do ato já mencionados alhures. Aliás, os atos discricionários são medida de exceção, adotada pelo Direito pátrio, especialmente, por razões de ordem prática.

Sobre os fundamentos da discricionariedade, Mello indica que ela existe por conta da deliberada vontade da lei, da impossibilidade de o legislador prever todas as situações, da inviabilidade jurídica de sua supressão e da impossibilidade lógica de obstá-la.⁶⁰

Sobre a primeira justificativa, aduz que a Administração Pública está em melhores condições de analisar o caso concreto do que o legislador. Por conta disso, a lei confere àquela a possibilidade de resolver a situação fática de maneira a satisfazer o interesse público.⁶¹

Quanto à segunda, lembra o autor que não há meio de o legislador prever todos os acontecimentos sociais possíveis, de modo que a elaboração de normas mais maleáveis se configura a melhor maneira de regulá-los.⁶²

Por outro lado, esclarece, ainda, que a inviabilidade jurídica da supressão da discricionariedade se dá por conta da abstração das leis, ou seja, a norma legal não pode adentrar na esfera da individualização, sob pena de invadir o âmbito administrativo.⁶³

Por fim, parafraseando Queiró, Mello menciona a impossibilidade lógica de obstá-la, fundamentada na existência dos conceitos jurídicos indeterminados presentes no ordenamento jurídico que consistiriam em termos de mutação conforme a cultura, a causalidade ou o valor (ex. interesse público, notável saber jurídico, estado de pobreza, etc), e que, por conta disso, não poderiam ser previamente apontados pelo legislador.⁶⁴

Outras peculiaridades acerca dos conceitos jurídicos indeterminados serão devidamente analisadas no quarto capítulo deste trabalho monográfico.

Ainda sobre discricionariedade, apesar da clareza de Seabra Fagundes em sua definição de vinculação e discricionariedade, outros aspectos de sua conceituação são abordados de modo diverso pelos doutrinadores, especialmente se considerados aqueles que seguem linha mais clássica com outros mais modernos.

Para Di Pietro, a discricionariedade se dá quando “o regramento não atinge todos os aspectos da atuação administrativa; a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante

⁶⁰ MELLO, 2007, p. 933-934.

⁶¹ Ibid., p. 933-934.

⁶² Ibid., p. 933-934.

⁶³ Ibid., p. 933-934.

⁶⁴ Ibid., p. 933-934.

do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito.”⁶⁵ (sem grifo no original).

Nessa mesma esteira, aduz Gordillo:

Las facultades de un órgano administrativo están regladas cuando una norma jurídica predetermina en forma concreta una conducta determinada que el particular debe seguir, o sea cuando el orden jurídico establece de antemano qué es específicamente lo que el órgano debe hacer en un caso concreto. Las facultades del órgano serán en cambio discrecionales cuando el orden jurídico le otorgue cierta libertad para elegir entre uno y otro curso de acción, para hacer una u otra cosa, o hacerla de una u otra manera. (sem grifo no original).⁶⁶

Para esses autores, a discricionariedade implica na possibilidade de eleição entre, no mínimo, duas medidas juridicamente válidas.

Ressalta-se, neste ponto, que a discricionariedade se manifesta no mundo jurídico na própria edição do ato, após a eleição da providência mais apropriada pela Administração Pública.⁶⁷

De outro vértice, Mello ensina que haverá unicidade de solução diante de um caso concreto, malgrado exista pelo menos duas opções de escolha:

Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente. (sem grifos no original).⁶⁸

Não destoa desse entendimento o conceito de Justen Filho: “discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto.” (sem grifo no original).⁶⁹

Em um terceiro posicionamento, Grau, amparado por Enterría, separa a discricionariedade dos conceitos jurídicos indeterminados, afirmando que um não é consequência do outro, mas também aponta, nesses casos, a possibilidade de apenas uma única solução justa:

Os *conceitos jurídicos indeterminados* – que compreendem conceitos de experiência ou de valor – não conduzem a uma situação de indeterminação da sua aplicação. A

⁶⁵ DI PIETRO, 2008, p. 201.

⁶⁶ GORDILLO, 2003, p. X-10, tomo 1.

⁶⁷ OLIVEIRA, 2007, p. 102.

⁶⁸ MELLO, 2007, p. 940.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, 2009, p. 142.

aplicação deles, segundo Garcia de Enterría, só permite uma unicidade de solução em cada caso. Assim, quando se fala, em *boa-fé*, v.g., o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa fé: *tertium non datur*. Em razão disso, a aplicação dos *conceitos indeterminados* só permite uma única solução justa. (sem grifos no original).⁷⁰

Ainda seguindo a mesma linha, Cassagne defende que “frente a um concepto de esa índole [conceito jurídico indeterminado] sólo se da una solución justa.”⁷¹ O mencionado jurista ainda explica que a aplicação dessa teoria pode colaborar com o alargamento do controle judicial sobre a atividade administrativa, com o objetivo fundamental de realizar o justo objetivo, apontado, pelo autor, como o melhor caminho para se alcançar o bem comum.⁷²

Esse ideal democrático também já justificou o atual posicionamento de que os atos administrativos discricionários devem ser amplamente motivados, já que, tradicionalmente, entendia-se que a autoridade administrativa não estava sujeita à exposição dos motivos que lhe levou à edição do ato.⁷³ Todavia, em lição atualizada, Cintra leciona que a motivação

assume relevância peculiar e inconfundível quando se refere aos elementos [tratados neste trabalho como requisitos] discricionários do ato administrativo. Relevante se afigura a motivação do ato discricionário para ensejar o controle dos critérios adotados pelo administrador na opção por uma ou outra das alternativas que lhe permite a lei. Não apenas o controle jurisdicional, mas o controle em sua acepção mais ampla, incluído o político, em seu sentido estrito, e o da opinião pública, dado que o povo é o maior interessado no correto andamento da atividade administrativa.⁷⁴

O que se conclui de todo o exposto é que o entendimento da doutrina tradicional, na área do Direito Administrativo, vem perdendo campo para os novos posicionamentos, baseados na nova ordem constitucional, no sentido de rever seus conceitos clássicos e encontrar fundamentos para o exercício de maior controle da atividade administrativa. Exemplo disso é a pacificação do dever de motivar os atos administrativos discricionários, sendo mais necessário, inclusive, de acordo com o grau de discricção.

⁷⁰ GRAU, 2003, p. 203.

⁷¹ CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 7. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 336. tomo II.

⁷² Ibid., p. 336, tomo II.

⁷³ MEDAUAR, 2003, p. 197.

⁷⁴ Ibid., p. 198.

4.5 DESFAZIMENTO DO ATO ADMINISTRATIVO

Os atos administrativos produzem efeitos na órbita jurídica até que dela desapareçam por conta de algum fato jurídico ou outro ato administrativo.

O ato eficaz extingue-se em razão do cumprimento de seus efeitos, do desaparecimento do sujeito ou objeto ou da retirada do ato, os quais podem acontecer pelos seguintes motivos⁷⁵:

A retirada do ato, por razões de conveniência e oportunidade, é a *revogação*. A retirada por desconformidade com a ordem jurídica é a *invalidação* [ou anulação]. A retirada por que o destinatário do ato tenha descumprido condição necessária a continuar desfrutando dos seus efeitos é a *cassação* (exemplo é a retirada de licença para funcionamento de casa comercial). A retirada por força de norma jurídica superveniente é a *caducidade* (exemplo é a retirada de permissão para explorar parque de diversões em certo local, antes possível, mas agora vedada pela nova lei de zoneamento urbano). (grifos no original).⁷⁶

Além dessas modalidades de retirada do ato supracitadas, também merecem ser indicadas a renúncia (rejeição do beneficiário dos efeitos do ato), a recusa (quando o beneficiário deixa de concordar com a produção de efeitos do ato)⁷⁷ e a contraposição ou derrubada (quando a emissão do ato se dá por fundamento diverso do anterior, extinguindo-o; exemplo disso é a exoneração de servidor que destrói os efeitos de sua exoneração).⁷⁸

Contudo, tendo em vista que as modalidades de extinção de mais evidência no Direito Administrativo são a invalidação ou anulação e a revogação, dar-se-á a elas maior ênfase neste trabalho monográfico.

Antes de adentrar no discurso doutrinário, importante destacar o teor das Súmulas 346 e 473 do Supremo Tribunal Federal, que sintetizam as prerrogativas da Administração quanto ao desfazimento de seus atos. A primeira indica que “a Administração Pública pode declarar a nulidade de seus próprios atos”⁷⁹, ou seja, refere-se à anulação do ato. Não obstante, é o teor da segunda:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de

⁷⁵ MELLO, 2007, p. 428.

⁷⁶ ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 87.

⁷⁷ Ibid., p. 87.

⁷⁸ MELLO, op. cit., p. 429.

⁷⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346, In: _____. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 3 maio 2010.

conveniência ou oportunidades, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (sem grifos no original).⁸⁰

A seguir, essas duas modalidades de extinção do ato administrativo serão analisadas, pormenorizadamente, sem adentrar nas diversas nomenclaturas que a doutrina utiliza.⁸¹

4.5.1 Anulação ou invalidação

Invalidação é a retirada de um ato administrativo, parcial ou totalmente, em razão de sua desarmonia com o ordenamento jurídico vigente, por outro ato administrativo.⁸² Justamente por conta do desrespeito à legalidade, o ato anulatório prescinde de provocação do interessado, de modo que pode-se dizer que a Administração Pública tem o poder-dever de observar essa circunstância.⁸³

Nesse sentido, colhe-se das lições de Medauar:

A anulação efetuada pela própria Administração ocorre de ofício ou por provocação. No primeiro caso, a Administração, por si própria, verificou a existência de ilegalidade e providenciou o desfazimento do ato, com base sobretudo no princípio da autotutela administrativa. No segundo caso, a ilegalidade foi apontada em requerimentos ou recursos administrativos contra decisões da administração.⁸⁴

Por outro lado, o Poder Judiciário apenas poderá anular se for regularmente provocado. Porém, assim o feito, poderá declarar a invalidação do ato, nos mesmos moldes autorizados à Administração Pública, ou seja, de modo integral ou parcial.⁸⁵

A mesma autora ensina que a anulação produz efeitos *ex tunc*, ou seja, incide no passado de modo retroativo, exatamente porque já viciado desde sua edição. Logo, deve ser suprimido a partir de sua origem.⁸⁶

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473, In: _____. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 3 maio 2010.

⁸¹ Alguns doutrinadores, como Cretella Júnior, diferenciam anulação de invalidação, justificando que a primeira seria da competência da Administração, enquanto a segunda do Poder Judiciário. No presente trabalho, tendo em vista que esse não é o principal enfoque, utilizar-se-ão ambas as denominações como sinônimas.

⁸² GASPARINI, 2004, p. 108.

⁸³ DI PIETRO, 2008, p. 223.

⁸⁴ MEDAUAR, 2006, p. 158.

⁸⁵ MOREIRA NETO, 2005, p. 204.

⁸⁶ MEDAUAR, op. cit., p. 158-159.

Contudo, malgrado a relação jurídica entre as partes seja desfeita, quando a anulação produzir efeitos na esfera jurídica de terceiros, a Administração Pública deve observar os direitos daqueles.

No mais, a invalidação do ato não impede sua nova edição, desta vez, observando-se o que determina o ordenamento jurídico. Por exemplo, se autoridade incompetente nomeia candidato aprovado em concursos públicos, por certo o ato de nomeação deverá ser anulado. Entretanto, nada impede que a autoridade competente edite novo ato de nomeação do candidato.

4.5.2 Revogação

A revogação pode ser entendida como um direito que a lei atribuiu à Administração Pública de se arrepender de ter praticado determinado ato administrativo⁸⁷ que, posteriormente, tenha se tornado inoportuno ou inconveniente.

Cretella Júnior define a revogação da seguinte maneira:

Revogação do ato administrativo é a manifestação unilateral da vontade da Administração que tem por escopo desfazer, total ou parcialmente, os efeitos de outro ato administrativo anterior editado pelo mesmo agente ou seu inferior hierárquico por motivos de oportunidade ou de conveniência. (grifos no original).⁸⁸

Nesse caso, o motivo da revogação não reside no vício ou defeito do ato, de modo que, inclusive, só se opera em atos válidos e perfeitos, mas que padeçam de inoportunidade ou inconveniência. Logo, se o ato administrativo estiver eivado por ilegalidade, a Administração deve anulá-lo e não revogá-lo.⁸⁹

Aliás, por conta desse caráter unilateral, Meirelles entende que a revogação se trata de uma justiça interna, “através da qual a Administração ajuíza da conveniência, oportunidade e razoabilidade de seus próprios atos, para mantê-los ou invalidá-los segundo as exigências do interesse público, sem necessidade do contraditório.”⁹⁰

Considerando, ainda, a legalidade ao ato revogado, os efeitos de seu desfazimento se operarão a partir do presente, ou seja, *ex nunc*. Por outro lado, não podem ser novamente

⁸⁷ CRETILLA JÚNIOR, 2003, p. 238.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 238.

⁸⁹ JUSTEN FILHO, 2009, p. 348.

⁹⁰ MEIRELLES, 2009, p.203.

editados, já que o que era inconveniente ou inoportuno na época da revogação, possivelmente assim continuará. Ressalta-se, porém, que essa regra não será aplicada se justificado o interesse público, já que este pode sofrer mutações conforme a situação de fato.

5 O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

No primeiro capítulo do presente trabalho, restou demonstrada a necessidade do poder no seio da sociedade e de sua divisão entre estruturas distintas, cada uma delas responsável por uma função estatal (legislativa, executiva e jurisdicional), a fim de que fossem evitados comportamentos tirânicos. Contudo, percebeu-se a necessidade, também, de instrumentos de controle recíproco entre aqueles órgãos, atualmente chamados de Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário, o que se realizou por meio do sistema de freios e contrapesos.

Todos os referidos Poderes Políticos, para que bem exerçam suas atividades, precisam de um aparato burocrático e organizado, o qual se convencionou chamar de Administração Pública. Esta, por sua vez, comunica-se com os particulares ou seus servidores por meio do ato administrativo, os quais podem ser vinculados ou discricionários, conforme a margem de opção deixada pela lei. No primeiro, a lei o regula integralmente, de modo que não há exercício de escolha do administrador; já no segundo, existe(m) alternativa(s) de edição do ato, conforme a oportunidade e a conveniência.

A questão assume relevância ao passo que a Administração Pública, por vezes, acaba por praticar atos que são tidos como irregulares ou inadequados, dando ensejo ao manejo de mecanismos de controle, sendo um deles, a tutela judicial.

Dito isso, passa-se, nos itens que seguem, à análise acerca do controle que o Poder Judiciário poderá ou não exercer sobre os atos administrativos discricionários e sua relação com o princípio da Separação de Poderes.

5.1 QUESTÃO PRELIMINAR: CONTROLE JUDICIAL DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional é a base da resolução dos conflitos jurídicos da sociedade moderna e democrática, já que o Estado tomou para si o monopólio da justiça, com vistas a evitar o barbarismo do passado, fundado na autotutela.

Embora a lei ainda admita, em circunstâncias peculiares a autotutela (legítima defesa, estado de necessidade, desforço pessoal em esbulho possessório, entre outras), o atual regramento constitucional estabeleceu como norma a submissão ao Poder Judiciário de todo ou qualquer conflito de interesses juridicamente relevantes¹, conforme se extrai do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”²

Sobre o assunto, Silva leciona:

A primeira garantia que o texto revela é a de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição, pois sequer se admite mais o contencioso administrativo que estava previsto na Constituição revogada. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito, individual ou não, pois a Constituição já não mais o qualifica de individual, no que andou bem, porquanto a interpretação sempre fora a de que o texto anterior já amparava direitos, p. ex., de pessoas jurídicas ou de outras instituições ou entidades não individuais, e agora hão de levar-se em conta os direitos coletivos também.³

O princípio em comento é chamado por Cintra, Grinover e Dinamarco também pelo nome de princípio do controle jurisdicional⁴, o que, já de antemão, indica sua interligação com o exercício do controle judicial, que é confirmada após o estudo acerca do que vem a configurar esse controle, notadamente no âmbito da Administração Pública.

O controle judicial da Administração Pública, nos dizeres de Araújo, é aquele “exercido com exclusividade pelo Poder Judiciário e incide sobre atos administrativos ou materiais praticados, mais comumente, pelo Poder Executivo, mas também pelo Poder Legislativo e pelo Próprio Poder Judiciário, estes em suas atividades administrativas.”⁵

Malgrado o controle judicial amplamente entendido possa alcançar os três Poderes Políticos, salienta-se que nesta monografia a discussão ficará mais próxima do Poder Executivo. Isso porque o mencionado controle se verificará sobre atos oriundos da Administração Pública, editados no exercício do poder discricionário.

¹ MOTTA, Sylvio; BARCHET Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 124.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 7 maio 2010.

³ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 431.

⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 153.

⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1175.

5.2 POSICIONAMENTO DO PODER JUDICIÁRIO ACERCA DO CONTROLE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Inicialmente, registra-se que a análise jurisprudencial acerca do tema central da monografia se dará no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Isto porque, dentre as atribuições do primeiro, está a uniformização da jurisprudência com base na interpretação das normas federais, enquanto ao segundo compete o julgamento de matérias que envolvam normas constitucionais, como última instância decisória.

O objetivo desse item é situar o tema no âmbito do Poder Judiciário, ou seja, na instância estatal que tem por fim a aplicação do direito ao caso concreto, além de demonstrar que há uma alteração no entendimento, pelo menos nesses tribunais superiores, no sentido de dilatar a possibilidade de controle judicial.

Em decisão de março de 2003, publicada em abril do mesmo ano, o STJ assim se manifestou:

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA. - Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público. - Recurso ordinário desprovido.⁶

Tratava o caso de pedido de servidor público, no sentido de que fosse anulado o ato administrativo que denegou seu pedido de redução da carga horária de trabalho. Objetivava o servidor, com isso, participar de curso de pós-graduação.

O relator do acórdão, apoiado no parecer Subprocuradoria-Geral da República, absteve-se de analisar o pedido do servidor, considerando que medida em contrário implicaria em desrespeito ao princípio da separação de poderes, por conta de consistir em substituição do administrador pelo juiz. Justificou, ainda, que “o pleito administrativo do impetrante fora veiculado na ocasião em que vigorava determinação no sentido de que não mais seriam concedidos horários especiais.”⁷ Nesse caso, resta perguntar: é razoável decisão do administrador que simplesmente entende que não é mais possível a concessão de horários especiais, mesmo que lei a indique como um dos benefícios do servidor?

⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.967/SP**. Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, DF, 25 de março de 2003. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200200692565&dt_publicacao=22/04/2003>. Acesso em: 10 maio 2010.

⁷ Ibid.

Em outro caso, mais recente, o mesmo tribunal já adotou providencia diversa, com fundamentação atualizada:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO CIVIL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. VEÍCULO LOCADO. UTILIZAÇÃO. PERCURSO CASA/TRABALHO. PENALIDADE. DEMISSÃO. DESPROPORCIONALIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA. I - Inexiste aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar. Nesses casos, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais (Precedentes: MS nº 12.957/DF, 3ª Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 26/9/2008; MS nº 12.983/DF, 3ª Seção, da minha relatoria, DJ de 15/2/2008). II - Esta c. Corte pacificou entendimento segundo o qual, mesmo quando se tratar de imposição da penalidade de demissão, devem ser observados pela Administração Pública os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, individualização da pena, bem como o disposto no art. 128 da Lei n.º 8.112/90 (Precedentes: MS nº 8.693 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 8/5/2008; MS nº 7.260 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Jorge Scartezini, DJ de 26/8/2002 e MS nº 7.077 / DF, 3ª Seção, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 11/6/2001). III - In casu, revela-se desproporcional e inadequada a penalidade de demissão do cargo de técnico do seguro social imposta à impetrante, por ter se utilizado de veículo contratado pela agência Rio de Janeiro/Sul do INSS, para efetuar deslocamentos no percurso residência/trabalho e vice-versa, enquanto no exercício do cargo de gerente executiva daquele posto de atendimento, tendo em vista seus bons antecedentes funcionais, a ausência de prejuízo ao erário, bem como a sua comprovada boa-fé. Segurança concedida, sem prejuízo da imposição de outra penalidade administrativa, menos gravosa. Prejudicado o exame do agravo regimental da União.⁸

Nessa decisão, fica evidente a razão de o legislador ter deixado a cargo do administrador a análise acerca da penalidade a ser imposta ao servidor, na forma do artigo 128, da Lei 8.112/90.⁹

O universo fático é muito dinâmico, de modo que o pré-estabelecimento de penalidades, especialmente no âmbito da Administração Pública, poderia culminar em desproporcionalidade diante de cada caso isolado. Ou não. Essa é a razão da discricionariedade, isto é, adequar da melhor maneira a vontade da lei ao caso concreto.

Pensar em servidora pública que se utiliza do veículo oficial para atender às suas necessidades pessoais, a priori, já indica que esta deve sofrer algum tipo de penalidade. Todavia o caso concreto julgado pelo STJ revelou que a servidora em questão não fez aquilo com dolo ou má-fé, ao contrário, nunca escondeu de ninguém que utilizava o veículo para ir do trabalho para casa e vice-versa, além de não haver legislação proibitiva e dos seus bons

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 13716/DF**. Relator: Min. Félix Fisher. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801670309&dt_publicacao=13/02/2009>. Acesso em: 10 maio 2010.

⁹ BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2010.

anteriores. Ainda assim, optou o administrador pela penalidade de demissão, em detrimento da aplicação de outra menos severa, fundamentada no já referido artigo 128.

O STJ concedeu a segurança, anulando a portaria de demissão, mas indicou a inexistência de prejuízo de outra penalidade menos severa, ou seja, que se mostrasse mais proporcional ao caso concreto do que a demissão.

No STF também podem ser verificadas mudanças significativas no entendimento no que toca ao controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Em decisão proferida em junho de 2000, a Corte Suprema se manifestou expressamente no sentido de que o mérito (oportunidade e conveniência) é insuscetível de controle judicial:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CANA-DE-AÇÚCAR. PORTARIA Nº 294, DE 13.12.96, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE LIBEROU OS PREÇOS DO PRODUTO, A PARTIR DE 1º.05.98. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA HIERARQUIA DAS NORMAS, DA LEGALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA, E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O art. 10 da Lei nº 4.870/65, que previa a fixação do preço da cana-de-açúcar, foi alterado pelo art. 3º, III, da Lei nº 8.178/91, que deixou a critério do Ministro da Fazenda, responsável pela execução da política econômica do Governo, a liberação, total ou parcial, dos preços de qualquer setor, o que foi concretizado pela referida autoridade por meio do ato impugnado, em face do manifesto descabimento da exigência de lei, ou de decreto, para fixação ou liberação de preços. Não há falar-se, portanto, em ofensa aos princípios constitucionais sob enfoque. No que concerne ao mérito do ato impugnado, é fora de dúvida que se trata de matéria submetida a critérios de conveniência e oportunidade, insuscetíveis, por isso, de controle pelo Poder Judiciário. Recurso desprovido.¹⁰

De outro vértice, em julgado publicado em 2005, o STF mitigou a discricionariedade administrativa, analisando o mérito do ato de demissão, de acordo com os fatos trazidos aos autos pelo prejudicado:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de 'conceitos indeterminados' estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia -- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 23543/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 de junho de 2000. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116016>>. Acesso em: 10 maio 2010.

administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.¹¹

No caso acima referido, a conduta imputada ao servidor foi a elaboração de cálculos da dívida do Estado da Bahia, oriunda da contratação de empresa para efetuar a recuperação de rodovias, fazendo uso de métodos e índices supostamente incorretos.

A celeuma se deu em razão da Comissão de Processo Administrativo Disciplinar ter entendido que o fato caracterizava desídia (art. 117, XV, da Lei n. 8.112/90)¹², enquanto o órgão julgador (Consultoria Geral da União) enquadrou a conduta do servidor no aproveitamento pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública (art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90).¹³ Por conta disso, o servidor se viu desrespeitado em seu direito de ampla defesa.

Diante do caso, a resolução do STF apontou no sentido de que existe a possibilidade de controle judicial diante dos casos em que existem na norma os conceitos jurídicos indeterminados (desídia e dignidade da função pública), oportunidade em que nem será verificada a discricionariedade propriamente dita, de modo que a análise do Poder Judiciário caberá de forma ampla. Esse posicionamento, no sentido de que conceitos indeterminados não implicam em discricionariedade, permitiu que os ministros do STF adentrassem na análise fática do ato administrativo (demissão) e, por consequência, concluíssem que o ato estava viciado no requisito motivo (aproveitamento de outrem, no caso, a empresa que receberia os valores do Estado da Bahia), já que os motivos que determinaram a prática do ato, não foram comprovados no decorrer do procedimento administrativo (o contrato foi rescindido antes do pagamento, ou seja, não houve prejuízo ao erário).

De todo exposto, conclui-se que a jurisprudência vem se direcionando a um novo posicionamento diante da possibilidade ou não de controle sobre os atos administrativos discricionários. Todavia, existem ainda alguns pontos que precisam ser academicamente esclarecidos, a fim de que o Poder Judiciário se encaminhe para soluções cada vez mais juridicamente adequadas ao caso concreto e de acordo com os anseios da sociedade, mas sem

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 24699/DF**. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 30 de novembro de 2004. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 10 maio 2010.

¹² BRASIL. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Loc. cit.

¹³ Ibid.

que isso implique em fazer do princípio da separação dos poderes letra morta na Constituição Federal, especialmente pela impossibilidade de tal medida, já que aquele consta no rol das cláusulas pétreas e é condição *sine qua non* da democracia.

Essas peculiaridades acerca da discricionariedade e seu controle serão especificados no item que segue.

5.3 O CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS E A REGRA CONSTITUCIONAL DA SEPARAÇÃO DOS PODERES

O controle judicial dos atos administrativos se materializa de acordo com a já mencionada súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, que merece ser lembrada, ante a pertinência com o assunto tratado:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidades, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial. (sem grifos no original).¹⁴

A doutrina sedimentou posicionamento no sentido de que a apreciação judicial mencionada na súmula, na verdade, apenas terá cabimento diante de atos ilegais, ou seja, em desconformidade com lei vigente no ordenamento jurídico quando da edição do ato. Ilegalidade esta manifestada em um dos seus requisitos, quais sejam, competência, motivo, forma, finalidade e objeto.

Portanto, excluiu-se da apreciação judicial os atos editados sob o poder discricionário, que resultariam de análise de mérito pelo administrador (oportunidade e conveniência).

Todavia, essa margem de liberdade culminou no exercício irregular desse poder pela Administração Pública, em ações que mais demonstravam o abuso ou excesso cometido pela autoridade do que o efetivo respeito ao interesse público.¹⁵ Diante desse quadro a doutrina iniciou um processo de ampliação do controle sobre os atos administrativos,

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. In: _____. **Súmulas**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 3 maio 2010.

¹⁵ BANHOS, Sérgio Silveira. Discricionariedade e princípios na hipermodernidade. **Biblioteca Digital da PUC-SP**. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4813>. Acesso em: 10 maio 2010.

oportunidade em que foram criados ensinamentos como a teoria dos motivos determinantes e a do desvio de finalidade.¹⁶

Não obstante, verifica-se uma tendência jurisprudencial e doutrinária no sentido de ampliar ainda mais o controle sobre os atos administrativos discricionários, já que também por meio deles, a Administração Pública editou atos aparentemente legais, mas que continham vestígios de injustiça. Exemplos dessas situações já foram analisados no item anterior, por meio das jurisprudências.

Atualmente, então, verificam-se duas correntes opostas:

A doutrina tradicional entende que descabe esse controle pelo Poder Judiciário, em razão da suposta usurpação de parcela do exercício de poder conferido ao Poder Executivo, o que implicaria em desrespeito ao princípio da separação de poderes. Para essa corrente, o exame judicial deve se restringir à legalidade do ato.¹⁷

De outro vértice, doutrinadores modernos têm se posicionado no sentido de que os princípios incluídos na atual constituição, fundamentam o exame do mérito (oportunidade e conveniência), pelo juiz, dos atos administrativos discricionários.¹⁸

É a análise dos fundamentos dessa segunda corrente o objeto central do presente trabalho. Além disso, serão também abordadas a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados e as limitações ao controle judicial, por conta da interligação temática entre esses assuntos e o central.

O ponto de partida para a fundamentação do exercício de controle pelo Poder Judiciário, diante de ato administrativo discricionário se dá em uma visão ampliada da legalidade tradicionalmente compreendida, ou seja, de que o Estado deve observar os ditames da lei.

A incompleta idéia de que a discricionariedade está submetida apenas ao princípio da legalidade, vem sendo abandonada sob o argumento de que deve observar, também, os princípios gerais do Direito e da Administração Pública, ou seja, trata-se, na verdade, de obediência à legitimidade e não estritamente à legalidade. Isto porque

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa

¹⁶ MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; GUIMARÃES, Marcelo. **Casos concretos de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 295.

¹⁷ MOTTA; BARCHET, 2009, p. 300.

¹⁸ *Ibid.*, p. 300.

insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.¹⁹

A propósito, Dworkin defende a idéia de que os princípios devem ser tratados como Direito, ou seja, podem impor obrigação legal da mesma maneira que a lei formalmente instituída.²⁰

Não obstante, Bonavides defende que os princípios

Ocupam doravante, no Direito Positivo contemporâneo, um espaço tão vasto que já se admite até falar, como temos reiteradamente assinalado, em Estado *princípioal*, nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito. [...] A teoria dos princípios, porfiando contra o arbítrio, em verdade busca fazer com que eles se compadeçam com a normatividade e o exercício do poder, de conformidade com as mais arraigadas exigências da natureza humana, dando, assim, uma nova versão de legitimidade à ordem jurídica com fundamento na Constituição. (sem grifos no original).²¹

Em consonância com as lições de Bonavides, Enterría também defende que a Administração Pública não está submetida apenas à lei, mas a todos os princípios do Direito.²²

Essa positiva valorização dos princípios contribui significativamente para a comprovação de que os atos administrativos discricionários também devem se adequar aos ditames principiologicos consagrados pelo Direito. Não há, aliás, suporte constitucional para entendimento em contrário, já que os princípios aplicáveis à Administração Pública são retirados daquele texto legal ou dela subtendem-se.

Dessa forma, nada mais correto do que a afirmação no sentido de que a observância de todas as normas legais não implica em perfeição do ato, pois a análise de sua legitimidade pode ir além da legalidade, atingindo, inclusive, seu mérito (oportunidade e conveniência).

Nesse sentido também se posiciona Krell:

Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo [...] é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase 'pós-positivista', que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direitos nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa 'princípioalização' do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade,

¹⁹ BASSANEZE, João Marcelo Tramujas. Análise do regime-jurídico administrativo: sua aplicação aos atos discricionários da administração pública. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997. p. 181.

²⁰ DWORKIN apud BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 265.

²¹ BONAVIDES, 2008, p. 293.

²² SILVEIRA, Egle Monteiro da. A discricionariedade e os princípios da razoabilidade e da motivação. In: FIGUEIREDO, op. cit., p. 137.

proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima, etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.²³

Diante desse novo quadro, abre-se margem para o Poder Judiciário submeter a controle o mérito dos atos administrativos discricionários, quando estes atentarem contra os princípios gerais do Direito e da Administração Pública, notadamente se considerado o dinamismo universo fático, que nem sempre encontra previsão ou normatização na lei, ao contrário do que acontece com os princípios.

Oportuna, neste momento, é a seguinte lição de Canotilho:

Os princípios, ao constituírem *exigência de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do tudo ou nada), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (grifos no original).²⁴

Conclui-se, então, que não é por acaso que os atos administrativos vinculados são também chamados de regrados, já que devem ser editados e cumpridos com observância restrita à lei. Já a análise principiológica se amolda com perfeição aos atos administrativos discricionários, uma vez que sua edição depende da ponderação da conveniência e oportunidade, características que podem ser comparadas aos valores e interesses mencionados por Canotilho.

Entretanto, tendo em vista a limitação do presente trabalho, que apenas dá suporte a discussões futuras e complementadas, abordar-se-ão, dentre os princípios, aqueles que mais têm conexão com o controle da discricionariedade e abrangem a maioria dos seus casos. São eles: os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade.

O princípio da proporcionalidade tem sua origem no Direito alemão, desenvolvendo-se justamente com o fito de limitar a discricionariedade administrativa²⁵, de modo que pode ser aplicado com a mesma finalidade no Direito brasileiro. Aliás, segundo Bonavides, mesmo que não esteja expressamente previsto na Constituição Federal é a ela vinculado por meio dos direitos fundamentais.²⁶

²³ KRELL apud MATOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 12 maio 2010.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993. p. 168.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 256.

²⁶ BONAVIDES, 2008, p. 395.

Quanto à sua definição, Castro ensina:

A idéia de proporcionalidade prende-se à noção geral de bom senso (aplicada no âmbito jurídico), como algo que emana do sentimento de repulsa diante de um absurdo, de um insólito, ou de uma arbitrariedade. Isto porque o interprete, diz Eduardo Carture, *'é um intermediário entre o texto e a realidade'* [...]. Seu único compromisso, este, sim, indeclinável e mandamental, é o de tornar a norma compatível com a vida.²⁷

O princípio da proporcionalidade, entendido em sentido amplo, deve ser analisado por meio de três outros princípios, que devem ser analisados, respectivamente, da seguinte maneira:

- a) Princípio da adequação: significa que “a medida adotada para a realização do interesse público deve ser *apropriada* para a prossecução do fim ou fins a ele subjacentes. Consequentemente, a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é *apto* para e *conforme* os fins justificativos de sua adopção. Trata-se pois, de controlar a *relação de adequação medida-fim*.” (grifos no original).²⁸
- b) Princípio da necessidade: significa que “o cidadão tem *direito à menor desvantagem possível*. Assim, exigir-se-ia sempre a prova de que, para obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão.”²⁹ Em outras palavras, é preciso que “a medida restritiva seja indispensável para a consecução do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.”³⁰
- c) Princípio da proporcionalidade em sentido estrito: significa que “meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, a fim de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim.”³¹ Esse juízo de ponderação deve ser feito levando-se em consideração que quanto maior o nível de restrição a um princípio, maior deve ser a relevância da satisfação do outro.³²

²⁷ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 218.

²⁸ CANOTILHO, 1993, p. 383.

²⁹ Ibid., p. 383.

³⁰ BARROS apud CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008. p. 218.

³¹ CANOTILHO, op. cit., p.383.

³² STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995. p. 81.

Em resumo, Ávila propõe a resolução de três questionamentos fundamentais como forma de verificar se o ato é proporcional ou não:

Ele [o princípio da proporcionalidade] se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), do da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito(s) fundamentais afetados?) e do da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?).³³

Destarte, só será constitucional o ato que for adequado, necessário e estritamente proporcional, sob pena de banalização do princípio da proporcionalidade e substituição indevida do administrador pelo juiz.

Também, com a finalidade de controlar o Poder Público e semelhante ao anterior, o princípio da razoabilidade, corolário do devido processo legal³⁴, teve sua origem nos Estados Unidos, como parâmetro para o controle de constitucionalidade.³⁵

Não falta razão a Barroso quando afirma que o princípio em comento é “mais fácil de ser sentido do que conceituado”³⁶, já que este é delineado de acordo com o bom senso. Mesmo assim, o autor leciona:

É *razoável* o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar. Há autores, mesmo, que recorrem ao direito natural como fundamento para a aplicação da regra da razoabilidade, embora possa ela radicar perfeitamente nos princípios gerais da hermenêutica.³⁷

O magistrado, então, por meio da razoabilidade, poderá verificar se o comportamento adotado pela Administração Pública, mesmo que previsto abstratamente na lei, revelou-se ajustado à situação fática levada ao Poder Judiciário.

Já o princípio da moralidade administrativa está relacionado ao dever de bem administrar a coisa pública, ou seja, de ações direcionadas ao interesse público, realizadas por um administrador honesto, probo, leal, justo, equilibrado, ético e respeitoso com a boa fé e a dignidade do ser humano.³⁸

³³ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 112-113.

³⁴ CRISTÓVAM, 2008, p. 197.

³⁵ BARROSO, 2009, p. 256.

³⁶ *Ibid.*, p. 259.

³⁷ *Ibid.*, p. 259.

³⁸ SOARES, José de Ribamar Barreiros. **O controle judicial do mérito administrativo**. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 1999. p. 57.

Por conta da análise subjetiva de mérito que é efetuada pelo administrador, o ato discricionário acaba por se tornar o meio mais propício para prática de atos conflitantes com a moralidade administrativa.³⁹ Nesses casos, é com mais razão que deve ocorrer a análise do ato, já que é necessário colocar o administrador no seu devido lugar, demonstrando o verdadeiro fundamento do poder discricionário.

Aliás, como bem coloca Di Pietro:

o que não é aceitável é usar-se o mérito como escudo à atuação judicial em casos que, na realidade, envolvem questões de legalidade e moralidade administrativa. É necessário colocar-se a discricionariedade em seus devidos limites, para impedir as arbitrariedades que a Administração Pública pratica sob o pretexto de agir discricionariamente em matéria de mérito.⁴⁰

Destarte, a mera análise de legalidade não é mais o único parâmetro para o controle jurisdicional dos atos administrativos, devendo o magistrado, também, perquirir se o ato foi editado em conformidade com a moral administrativa.

Enfim, princípios como os abordados alhures, proporcionam uma aproximação da Administração Pública com o cidadão e deste com o Poder Judiciário, na medida em que possibilita que esse último atenda aos anseios da sociedade e estimula a Administração à observância dos direitos do cidadão.

No mais, observa-se que, além desses três princípios indicados, outros também podem dar suporte ao controle judicial dos atos administrativos discricionários, especialmente diante de casos concretos mais peculiares, nos quais, inclusive, mais de um princípio pode ter sido violado.

Outro assunto que também diz respeito ao tema em análise, é a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados.

Tais conceitos consistem em expressões ou palavras utilizadas pela lei que apresentam sentido impreciso, vago, ambíguo, de modo que dependem da interpretação do administrador, a fim de que seja alcançado seu real significado. Como exemplos podem ser citadas as seguintes expressões: boa-fé, notável saber, reputação ilibada, boa conduta, bem comum, dentre outras diversas utilizadas pelo legislador.⁴¹

De início, cabe salientar, a matéria ainda se mostra controvertida na doutrina, em dois posicionamentos contrários. O primeiro exclui a discricionariedade da análise de um conceito jurídico indeterminado, justificando que a interpretação do conceito diante do caso

³⁹ SOARES, 1999, p. 55.

⁴⁰ DI PIETRO apud LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público**: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998. p. 117.

⁴¹ SOARES, op. cit., p. 78.

concreto, culminaria no encontro de apenas uma solução possível, o que impediria o exercício de escolha do administrador. O segundo aduz que não se chegará sempre nessa única conclusão em todos os casos, situação em que, mesmo depois do processo interpretativo, ainda haveria uma “zona de penumbra”⁴², que deverá ser iluminada de acordo com a discricionariedade do administrador.

O precursor da primeira corrente no Brasil é Grau.

O principal fundamento de sua teoria está na origem da discricionariedade que, para o autor, se dá com a atribuição expressa da lei e não em consequência dos conceitos que são utilizados por ela abstratamente. Diante disso, defende que a interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados deve suprir a lacuna que sua utilização propicia. A propósito, assim argumenta:

*Os conceitos jurídicos indeterminados – que compreendem conceitos de experiência ou de valor – não conduzem a uma situação de indeterminação da sua aplicação. A aplicação deles, segundo Garcia de Enterría, só permite uma unicidade de solução em cada caso. Assim, quando se fala, em *boa-fé*, v.g., o conceito se dá ou não se dá. Em outros termos, em presença de um caso determinado há ou não há boa fé: *tertium non datur*. Em razão disso, a aplicação dos *conceitos indeterminados* só permite uma única solução justa. (sem grifos no original).⁴³*

Baseado nessa unicidade de solução, o autor conclui que não pode haver discricionariedade administrativa diante de conceitos jurídicos indeterminados. Aliás, fornece elucidativo exemplo acerca de seu posicionamento:

*Exemplarmente – para que o equívoco inicial da indagação imunize contra a perseverança no equívoco –, proponho a seguinte pergunta: incumbem ao Poder Judiciário o exame e controle de atos administrativos discricionários motivados por razões de *interesse público*? A questão, como para logo se vê (ou se deveria ter visto), está equivocadamente formulada, dado que atos motivados por razões de **interesse público não são atos discricionários**. ‘Interesse público’ é termo de ‘conceito indeterminado’ (vale dizer, de uma noção). Logo, *interesse público* deve, em cada caso, ser *interpretado* (relembre-se que *interpretação = aplicação*). Ninguém, ao dele tratar, jamais, exercita *atividade discricionária*. (grifos no original).⁴⁴*

Logo, para Grau, diante de um caso concreto envolvendo diretamente o interesse público (conceito jurídico indeterminado), o administrador teria que proceder à sua correta interpretação (e não análise discricionária) e, com base nisso, editar o ato correspondente. Salienta-se: não um dos atos possíveis, mas o ato possível.

⁴² Expressão mencionada por Germana de Oliveira Moraes.

⁴³ GRAU, 2003, p. 203.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 215-216.

Em outras palavras, “esta teoria não tem o intuito de invadir o *mérito* ou a *discricionariedade*, mas busca evitar o aparecimento do mérito, ou seja, que determinada situação seja resolvida discricionariamente” (grifos no original).⁴⁵

Entretanto, mesmo com a consistência dos fundamentos de Grau – utilizado, inclusive, em seus votos no Supremo Tribunal Federal⁴⁶ – o fato é que a majoritária doutrina está com a razão. Em alguns casos, a interpretação do conceito culminará na única solução possível, mas não em todos. Perante o surpreendente universo fático a que se submete a Administração Pública, é possível que exista mais de uma interpretação para o mesmo caso envolvendo um conceito jurídico indeterminado, e até mesmo mais de uma solução possível para atender o interesse que se pretende tutelar.

Exemplo de uma situação como a acima narrada é trazida na obra de Melo:

Caso a norma estabeleça atendimento médico gratuito às pessoas ‘pobres’ em dado hospital, é pressuposto do direito ao atendimento o estado de pobreza. Qual a acepção precisa, rigorosa, indisputável, de pobreza? Se há certas pessoas inquestionavelmente pobres, de acordo com o consenso comum, e outras inequivocamente não-pobres, consoante o mesmo padrão, entre um e outro extremo serpeia um fosso de dúvidas, insuscetíveis de cabal desate, salvante a adoção de algum critério a *ser escolhido*. (grifo no original).⁴⁷

Para autores como Melo, que entendem que a discricionariedade decorre da lei, a análise de mérito será realizada naquela zona de dúvidas, conforme sua escolha.

Oliveira Moraes descreve de modo mais técnico o raciocínio que deverá ser feito para se chegar àquela área duvidosa, afirmando que o conceito jurídico indeterminado revelaria:

Uma *zona de certeza positiva* (o que é certo que é), dentro da qual não existe dúvidas acerca da utilização da palavra que o designa, e uma *zona de certeza negativa* (o que é certo que não é), em que inexiste dúvida acerca de sua não utilização. No entanto, há uma *zona intermediária, de penumbra, uma zona de dúvidas e incertezas* sobre a abrangência de situações sobre aquele signo.⁴⁸

E conclui que:

O conceito indeterminado pode abrigar uma série de situações hipotéticas. É possível identificar as situações concretas – os fatos que com certeza se enquadram no conceito. Também é possível identificar as situações concretas que com certeza não se amoldam ao enunciado. Entretanto, remanesce uma série de situações duvidosas, nas quais não há certeza se ajustam à hipótese abstrata.⁴⁹

⁴⁵ MADEIRA; MADEIRA; GUIMARÃES, 2009, p. 271.

⁴⁶ Vide nota de rodapé 11, cap. 5.

⁴⁷ MELO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de direito administrativo**. 5 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 237.

⁴⁸ OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999. p. 58.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 58.

Segundo esse entendimento, a discricionariedade administrativa reside nessa zona intermediária, que surge após a análise unificada do conceito jurídico indeterminado com o caso concreto. Logo, o que se pode concluir é que, ao contrário do posicionamento anterior, este não exclui a discricionariedade, mas a limita, já que submete o administrador ao processo interpretativo da norma, ou seja, a uma interpretação jurídica, mas não impede que sejam tomadas as decisões políticas necessárias.

Por conseqüência, abre-se a possibilidade do Poder Judiciário analisar os fundamentos dessa interpretação, já que cabe a esse órgão a função jurisdicional, ou seja, de dizer o direito. Nesses casos, o controle judicial poderá ser exercitado no sentido de verificar se a interpretação realizada pelo administrador foi a mais correta, isto é, se observou as técnicas hermenêuticas extraídas do Direito.

Stassinopoulos, inclusive, é categórico ao afirmar que “o domínio do poder discricionário começa onde termina a interpretação.”⁵⁰ Nada mais correto, já que o processo de hermenêutica jurídica é atividade dos operadores do Direito.

Além disso, conforme defende Figueiredo,

A discricionariedade consiste na competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de critérios de razoabilidade e proporcionalidade gerais, e afastado de seus próprios ‘standards’ ou ideologias, dos princípios e valores e valores do ordenamento, qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma. (sem grifos no original).⁵¹

Dessa forma, além de ser permitida ao Poder Judiciário a apreciação jurídica da interpretação efetuada pelo administrador, também lhe é cabível perquirir se seu julgamento se adequou ao caso concreto. Tal controle será realizado também por meio dos princípios, em especial, da razoabilidade, da proporcionalidade e da moralidade, nos mesmos moldes abordados alhures.

Feita a análise acerca dos fundamentos do controle judicial dos atos administrativos discricionários, resta entender quais são as suas limitações, principalmente quanto ao princípio da separação de poderes, que configura o maior obstáculo ao exercício da análise do mérito dos atos administrativos pelo Poder Judiciário.

Como tratado anteriormente, a teoria da separação de poderes foi elaborada, por Montesquieu, no contexto histórico do século XVIII, com o fito de garantir a liberdade

⁵⁰ BANHOS, loc. cit.

⁵¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 211.

individual.⁵² Entretanto, nada mais razoável do que estender sua compreensão às demais dimensões dos direitos fundamentais, quais sejam: igualdade e fraternidade. Note-se, ainda, que atualmente já se fala, inclusive, em direitos de quarta e quinta geração, que consistiriam em direitos mais voltados ao plano político e no direito à paz.⁵³

Destarte, a existência daquele princípio angariou fundamento mais robusto, já que todos os direitos dos cidadãos estão ali englobados. No entanto, figura também como o maior empecilho ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

Meirelles, por exemplo, afirma que a revisão do mérito implicaria em “uma simples mudança de juízo subjetivo – do administrador pelo juiz – sem qualquer fundamento em lei.”⁵⁴

A questão central, então, gira em torno de conciliar esse importante princípio constitucional com o controle judicial dos atos administrativos discricionários, fundamentado nos princípios gerais do Direito e da Administração Pública. Note-se que não trata o presente trabalho de resolver conflito entre princípios, mas sim de uma tentativa de encontrar fundamentos jurídicos suficientes para proporcionar a convivência harmônica de todos os princípios, sem que um sobressaia sobre o outro.

A prática demonstrou que a impossibilidade de controle dos atos administrativos discricionários culminou na manutenção de decisões equivocadas ou arbitrárias.

A Administração Pública não está imune a erros. Logo, pode o administrador analisar, de modo equivocado, a conveniência e oportunidade do ato, ou seja, enganar-se diante do caso concreto. Nesse caso, não se fala em ato criminoso ou imoral, mas sim de ato que não se adéqua à situação fática, ou seja, ato desarrazoado. Assim, se tal situação não for identificada pelo administrador, caberá ao juiz – devidamente provocado, evidentemente – a anulação do ato, que surtirá efeito didático perante o administrador, além de demonstrar cooperação entre os Poderes.

Essa noção de cooperação entre os Poderes é bem desenvolvida por Silva:

Hoje, o princípio não configura mais aquela rigidez de outrora. A ampliação das atividades do Estado contemporâneo impôs nova visão da teoria da separação de poderes e novas formas de relacionamento entre os órgãos legislativo e executivo e destes com o judiciário, tanto que atualmente se prefere falar em *colaboração de poderes*. (grifo no original).⁵⁵

⁵² DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 216.

⁵³ Quem trata do tema é o doutrinador Paulo Bonavides.

⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 157.

⁵⁵ SILVA, 2006, p. 109.

No mesmo sentido, Zippelius aduz que “a função de controlo que, segundo a divisão típico-ideal de poderes, deveria corresponder a separação dos âmbitos funcionais – legislação, administração e jurisdição – pode ser desempenhada, em parte, também através de técnicas cooperativas.”⁵⁶

Por outro lado, não é por acaso que Huber alerta que “O poder discricionário é o verdadeiro cavalo de Tróia no centro do Direito Administrativo em um Estado de Direito.”⁵⁷

A edição de atos discricionários pode ser utilizada para a prática de arbitrariedades, manifestadas explícita ou implicitamente. Na primeira situação, o ato arbitrário do administrador já se expõe da mera análise dos fatos; já na segunda, a prática arbitrária fica escondida, prejudicando a análise clara acerca do ocorrido. Esses últimos casos são mais comumente verificados justamente quando a Administração Pública desrespeita o ordenamento jurídico por meio da edição de atos discricionários.⁵⁸

Sobre o assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello argumenta que:

Esta forma de ilegalidade não é menos grave que a anterior. Pelo contrário. Revela maior grau de periculosidade para o sistema normativo e para a garantia da legalidade, justamente porque, não sendo tão perceptível, pode, às vezes, escapar das peias da lei, propiciando à Administração subtrair-se indevidamente ao crivo do Poder Judiciário, se este se mostrar menos atento às peculiaridades do Direito Administrativo ou cauteloso em demasia na investigação dos atos administrativos.⁵⁹

E conclui:

É, pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, já que a pronúncia representa a garantia última para a contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo.⁶⁰

Razão assiste ao autor. Conforme já abordado, o poder do estado é legitimado por seu povo, de modo que, inclusive, para proteção desse último, criou-se o princípio da separação de poderes. Ora, se o fundamento desse princípio é justamente a proteção dos cidadãos, não é a providência mais adequada colocá-lo contra a própria sociedade, ainda mais se considerados os efeitos que os atributos do ato administrativos (item 4.3) desencadeiam na vida do administrado. Nesse caso, se estaria, por via transversa, admitindo a possibilidade da criatura dominar o criador.

⁵⁶ ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J.J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 417.

⁵⁷ HUBER apud LIMBERGER, 1998, p. 112.

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 959.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 959.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 959.

Aliás, Ávila aduz que deve “ser afastada, de plano, a solução simplista de que o Poder Judiciário não pode controlar outro Poder por causa do princípio da separação de poderes.”⁶¹

Perante esse quadro, percebe-se que o controle judicial dos atos administrativos discricionários é possível diante de afronta aos princípios gerais do direito e do Direito Administrativo e que não afronta o princípio da separação de poderes. Ao contrário, fortalece o Estado Democrático de Direito, na medida em que eleva o Poder Judiciário em prol do amparo ao povo.

Resta perquirir, então, quais são os limites do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Moreira Neto afirma que o controle pode ser realizado mediante a fiscalização, revogação e substituição do ato:

pela *fiscalização*, exerce-se o controle para *detectar* possível desconformidade da ação administrativa com o interesse público. Pela *revogação*, exerce-se o controle para *desconstituir*, total ou parcialmente, um ato considerado desconforme com o interesse público. Pela *substituição*, exerce-se o controle para, simultaneamente, desconstituir, total ou parcialmente, um ato tido como desconforme com o interesse público e constituir um outro em seu lugar, mais adequado à sua satisfação pretendida.⁶²

Data venia, discorda-se parcialmente do posicionamento do autor. Em primeiro lugar porque a nomenclatura mais correta para a desconstituição do ato é anulação ou invalidação, já que a revogação é prerrogativa da Administração Pública e não do Judiciário. Em segundo lugar, além do atentado ao interesse público, o ato também pode ser desfeito por afronta aos demais princípios. Em terceiro lugar, por fim, a substituição defendida pelo autor viola o princípio da separação dos poderes, já que – e esta sim – substitui, de fato, o administrador pelo juiz.

Nesse ponto, Grau é enfático ao anunciar que “verifica o Judiciário se o ato é **correto**. Não, note-se bem – e desejo deixar isso bem vinculado – *qual o ato correto*.” (grifos no original).⁶³

Oliveira Moraes, no mesmo sentido, esclarece de que forma a atuação do magistrado deverá ser procedida, de modo a adequar-se ao princípio da separação dos poderes, sem, contudo, olvidar dos direitos dos administrados e da coletividade:

⁶¹ ÁVILA, 2004, p. 126.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral [e] parte especial. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 559.

⁶³ GRAU, 2003, p. 217.

As conseqüências do controle jurisdicional da atuação discricionária da Administração Pública consistem ou na mera invalidação do ato administrativo ou na invalidação seguida da ordem judicial de substituição do ato impugnado, em função das circunstâncias peculiares de cada caso concreto e do maior ou menor alcance da incidência dos princípios jurídicos sobre a atuação vertente.

As conseqüências decorrentes do controle jurisdicional do conteúdo das decisões discricionárias e daquelas decorrentes da valoração de conceitos de prognose [são os já abordados conceitos jurídicos indeterminados] restringem-se, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro. O Poder Judiciário, quando revê os atos administrativos não vinculador, poderá invalidá-los, mas não poderá, via de regra, determinar sua substituição por outro.⁶⁴

Ou seja, não há que se falar em invasão do Poder Judiciário no Poder Executivo, uma vez que a atividade do magistrado se dará no sentido de anular o ato e não em substituí-lo ou obrigar o administrador em editar outro ato.

Observe-se, todavia, que nos casos em que a discricionariedade estiver limitada a duas possibilidades, a anulação de uma delas implicará numa sugestão indireta do Poder Judiciário acerca de qual medida é mais apropriada ao caso concreto, mas isso não significa compelir o administrador a praticá-la, salvo se o caso concreto exigir a edição de novo ato. Afora disso, ainda lhe restará a opção entre editar novo ato ou manter-se inerte, de acordo com a sua análise acerca da oportunidade e conveniência, isto é, do mérito.

Portanto, o que se propõe, e se entende como possível perante o ordenamento nacional vigente, é o alargamento do controle jurisdicional sobre os atos administrativos discricionários, como um meio para impedir que condutas arbitrárias sejam realizadas em nome da discricionariedade. Isso porque, a simples análise no plano da legalidade, por vezes, pode não significar o atendimento do interesse que se pretende tutelar.

⁶⁴ OLIVEIRA MORAES, 1999, p. 155.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho monográfico teve por objetivo principal a análise acerca da possibilidade de o Poder Judiciário exercer controle sobre os atos administrativos discricionários, notadamente diante da regra constitucional da separação de poderes.

Para tanto, foi necessário remontar às origens do Poder Estatal, perpassando pela sua legitimidade e pelas razões da ascensão da teoria da divisão de poderes, até que se chegasse à atual concepção do Poder, isto é, unificado, mas com suas funções distribuídas em três estruturas distintas: Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Estudou-se, ainda, a Administração Pública e seus princípios, já que esta configura o aparato burocrático e de pessoal, do qual o Estado se vale para exercer suas atividades, frisando-se, dentre essas, a do Poder Executivo.

Na seqüência, já dando início ao tema específico do trabalho, abordou-se o conceito, os requisitos, os atributos e o desfazimento do ato administrativo. Além disso, procedeu-se à indispensável distinção entre discricionariedade e vinculação.

Feitas as contextualizações necessárias, iniciou-se a discussão propriamente dita, com o esclarecimento da definição de controle judicial. Além disso, objetivando demonstrar a aplicabilidade prática do estudo, analisaram-se jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O entendimento tradicionalmente adotado consiste na possibilidade de controle apenas quanto à legalidade do ato administrativo discricionário, uma vez que se estaria substituindo o juízo do administrador pelo do juiz, em suposto desrespeito ao princípio da separação de poderes.

Entretanto, conforme restou demonstrado no presente trabalho, apenas a análise de legalidade não garante a perfeição do ato, já que para tanto, ele terá que guardar consonância, também, com os princípios gerais do Direito e do Direito Administrativo (no texto da presente monografia, utilizou-se, como exemplo, os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e moralidade), ou seja, deve ser legítimo.

Outra questão importante, acerca do controle judicial dos atos administrativos discricionários, diz respeito aos conceitos jurídicos indeterminados. Sobre o assunto, concluiu-se que sua interpretação há de ser jurídica e, portanto, comporta análise do Poder Judiciário. Ademais, após o processo interpretativo, se restar ao administrador possibilidade de escolha, esta deverá ser efetuada, por certo, de acordo com a conveniência e oportunidade, mas sem

que isso implique afronta aos princípios, sob pena de ser anulado o ato por conta de sua ilegitimidade.

Destacou-se, ainda, que a função hodierna do princípio da separação dos poderes já ultrapassa o controle recíproco, atingindo seu ápice na idéia de cooperação, no sentido de que um Poder também deve auxiliar o outro, com vistas ao aperfeiçoamento da máquina Estatal.

Por outro lado, diante da proliferação de atos desproporcionais, desarrazoados, imorais, dentre outros vícios, editados sob a proteção da discricionariedade, faz-se mister que o Poder Judiciário volte sua atenção para revisão desses atos, como forma de satisfazer os anseios da sociedade, já tão maltratada perante os desmandos e freqüente corrupção manifestada na Administração Pública.

Destarte, apenas o controle de legalidade do ato já não é mais suficiente, urgindo que seja analisada, também, sua adequação principiológica, o que, por via reflexa, culminará em maior zelo do administrador no exercício de suas funções.

Não se trata, então, de substituir o julgamento do administrador pelo do juiz, mas sim de possibilitar a análise de mérito do ato, quando este confrontar algum princípio, notadamente nas situações em que isso acontece de modo camuflado.

Diante desse quadro, extraem duas alternativas ao Poder Judiciário: manter-se atrelado apenas ao controle de legalidade, ou exercer efetivo papel como coadjuvante na manutenção do equilíbrio estatal, ampliando seus mecanismos de controle, como forma de fazer valer a própria Constituição Federal.

Espera-se, todavia, que seja adotada essa segunda opção, pois se mostra como compatível com as regras constitucionais.

REFERÊNCIAS

ACCIOLI, Wilson. **Teoria geral do estado**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 4. ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 3. ed. aum. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 38. ed. São Paulo: Globo, 1998.

BANHOS, Sérgio Silveira. Discricionariiedade e princípios na hipermodernidade. **Biblioteca Digital da PUC-SP**. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=4813>. Acesso em: 10 maio 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASSANEZE, João Marcelo Tramuja. Análise do regime-jurídico administrativo: sua aplicação aos atos discricionários da administração pública. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997. p. 181.

BASTOS, Celso Ribeiro Bastos. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 1988. v.1.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução: Carmem C. Varrialle et. al. 5. ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2000. v.1.

_____. **Dicionário de política**. Tradução Carmem C. Varrialle et al. 5. ed. São Paulo: Universidade de Brasília, 2000. v. 2.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Constituição (1891). **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Constituição (1934). **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Constituição (1937). **Constituição da república dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Constituição (1946). **Constituição dos estados unidos do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao46.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Constituição (1967). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Constituição (1988). **Constituição da república federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/_Constitui%C3%A7aoCompilado.htm>. Acesso em: 7 maio 2010.

_____. **Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965**: regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4717.htm>. Acesso em: 22 abr. 2010.

_____. **Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8112compilado.htm>. Acesso em: 10 maio 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Guia de direito constitucional**: constituições anteriores a 1988. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaGuiaDC&pagina=constituicaoanterior1988>>. Acesso em: 19 abr. 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança n. 13716/DF**. Relator: Min. Félix Fisher. Brasília, DF, 15 de dezembro de 2008. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200801670309&dt_publicacao=13/02/2009>. Acesso em: 10 maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 443310/RS**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 21 de outubro de 2003. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=+443310&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 26 mar. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 23543/DF**. Relator: Ilmar Galvão. Brasília, DF, 27 de junho de 2000. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=116016>>. Acesso em: 10 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso em Mandado de Segurança n. 24699/DF**. Relator: Eros Grau. Brasília, DF, 30 de novembro de 2004. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=370238>>. Acesso em: 10 maio 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.967/SP**. Relator: Min. Vicente Leal. Brasília, DF, 25 de março de 2003. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200200692565&dt_publicacao=22/04/2003>. Acesso em: 10 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 346. In: _____. **Súmulas**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_301_400>. Acesso em: 3 maio 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. In: _____. **Súmulas**. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_401_500>. Acesso em: 3 maio 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina Coimbra, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Derecho administrativo**. 7. ed. atual. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2002. p. 336. Tomo II.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 22. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 18. ed. rev. e atual. de acordo com a constituição vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica**. 3. tir. Curitiba: Juruá, 2008.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da teoria geral do estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DECLARAÇÃO dos direitos do homem e do cidadão. Disponível em:
<<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em: 26 fev. 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Direito administrativo**. 5. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2000.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo: parte general**. 8. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2003. p. X-19. Tomo 1.

_____. **Tratado de derecho administrativo: el acto administrativo**. 6. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2002. p. V-37. Tomo 3.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

LAZZARINI, Álvaro. **Estudos de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMBERGER, Têmis. **Atos da administração lesivos ao patrimônio público: os princípios constitucionais da legalidade e moralidade**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1998.

MADEIRA, José Maria Pinheiro; MADEIRA, Jansen Amadeu do Carmo; GUIMARÃES, Marcelo. **Casos concretos de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

MATOS, Mauro Roberto Gomes de. A constitucionalização do direito administrativo e o controle de mérito do ato administrativo discricionário pelo poder judiciário. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 686, 22 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6756>>. Acesso em: 12 maio 2010.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito administrativo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Elementos de direito administrativo**. 5. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MORAES, Isaias Fonseca. **Manual de direito administrativo**. Curitiba: Juruá, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral [e] parte especial. 14. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MOTTA, Sylvio; BARCHET Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

OLIVEIRA MORAES, Germana de. **Controle jurisdicional da administração pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato administrativo**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVEIRA, Egle Monteiro da. A discricionariedade e os princípios da razoabilidade e da motivação. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Org.). **Princípios informadores do direito administrativo**. São Paulo: NDJ, 1997. p. 181.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. **O controle judicial do mérito administrativo**. Brasília/DF: Brasília Jurídica, 1999.

SOUZA, José Pedro Galvão de; GARCIA, Clovis Lema; CARVALHO, José Fraga Teixeira de. **Dicionário de política**. São Paulo: T.A. Queiroz, 1998.

STUMM, Raquel Denise. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria geral do estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho, coordenação de J.J. Gomes Canotilho. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

ANEXOS

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ORDINÁRIO EM MS Nº 14.967 - SP (2002/0069256-5)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO VICENTE LEAL (Relator): Servidor público impetrou mandado de segurança contra ato do Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, consubstanciado no indeferimento do pedido de redução de carga horária para a participação em curso de pós-graduação ministrado pela Escola Paulista da Magistratura.

O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, à unanimidade de votos, denegou a segurança, ao fundamento de que inexistente qualquer ilegalidade, passível de correção na via eleita, no ato administrativo discricionário que nega pedido de redução de jornada de trabalho (fls. 60/74).

Irresignado, o impetrante interpõe o presente recurso ordinário, com esteio no artigo 105, II, "b", da Constituição Federal, pleiteando a reforma do aresto em destaque para fins de concessão da segurança. Assevera, essencialmente, que, diante do princípio da razoabilidade, não há razão para impedir sua participação no curso almejado (fls. 78/82).

Apresentadas as contra-razões (fls. 99/1039), ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, oficiando nos autos em parecer de fls. 109/113, opina pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Superior Tribunal de Justiça

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 13.716 - DF (2008/0167030-9)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por SÍLVIA REGINA RODRIGUES RAMOS DE LIMA contra ato do Exmo. Senhor Ministro de Estado da Previdência Social, consubstanciado na Portaria nº 196, publicada no D.O.U. de 2/7/2008, por meio da qual a impetrante foi demitida do cargo de Técnico do Seguro Social, por infringência ao disposto no artigo 117, inciso XVI, da Lei n.º 8.112/90.

Sustenta a impetrante, em síntese, que:

a) mesmo admitida a capitulação imposta, a apenação deve ser mitigada, em observância ao disposto no art. 128 da Lei n.º 8.112/90, tomando-se em conta a ausência de prejuízo ao erário e seus bons antecedentes;

b) os atos praticados não constituíram inobservância às normas regulamentares, haja vista que a Instrução Normativa MARE n.º 9, de 26/8/1994, disciplinava somente a utilização de veículos próprios da Administração Direta Federal, suas Autarquias e Fundações e, na hipótese, foi utilizado veículo locado de empresa particular pela Agência Rio de Janeiro - Sul do INSS. Portanto, aduz a impetrante que, à época dos fatos (6/8/2002 a 31/5/2004), inexistia legislação específica quanto à utilização de veículos particulares, que veio à lume tão-somente em 17/3/2008, com a edição do Decreto n.º 6.403, que dispôs sobre o uso de veículos oficiais, próprios ou contratados de prestadores de serviços, pela Administração Pública;

c) agiu de boa-fé, mormente porque não ocultou o fato de que utilizava o veículo contratado para conduzi-la no percurso residência/trabalho/residência, no exercício da função de Gerente Executiva de Agência do INSS no Rio de Janeiro, argumentando fazê-lo sempre no interesse do serviço;

Informações prestadas às fls. 185/202, nas quais se alegou, em suma:

- i) impossibilidade de impetração de **mandamus** contra ato disciplinar;
- ii) impossibilidade de aplicação do art. 128 da Lei n.º 8.112/90 para substituição da pena de demissão nas hipóteses elencadas no art. 132 da mesma Lei;
- iii) aplicabilidade da Instrução Normativa n.º 09, de 26/8/94, tendo em vista que os veículos objeto de contrato de locação passaram a ser considerados oficiais;

Supremo Tribunal Federal

208

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDENCIA
 D.J. 13.10.2000
 EMENTÁRIO Nº 2 D C B - 2
 27/06/2000 PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.543-1 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ILMAR GALVÃO
 RECORRENTE: SINDICATO DOS CULTIVADORES DE CANA-DE-AÇÚCAR NO ESTADO
 DE PERNAMBUCO
 ADVOGADOS: ROGERIO AVILA E OUTROS
 RECORRIDA: UNIÃO FEDERAL
 ADVOGADO: ADVOGADO GERAL DA UNIÃO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. CANA DE-AÇÚCAR. PORTARIA Nº 264, DE 14.12.96, DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, QUE LIBEROU OS PREÇOS DO PRODUTO, A PARTIR DE 1º.05.98. ALEGADA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA HIERARQUIA DAS NORMAS, DA LEGALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA SEGURANÇA JURÍDICA, E DO DEVER DO PROCESSO LEGAL.

O art. 10 da Lei nº 4.670/63, que previa a fixação do preço da cana-de-açúcar, foi alterado pelo art. 3º, III, da Lei nº 8.078/91, que deixou a critério do Ministro da Fazenda, responsável pela execução da política econômica do Governo, a liberação, total ou parcial, dos preços de qualquer setor, o que foi concretizado pela referida autoridade por meio do ato impugnado, em face do manifesto desatendimento da exigência de lei, ou de decreto, para fixação ou liberação de preços.

Não há ofensa, portanto, em ofensa aos princípios constitucionais sob este que.

No que concerne ao mérito do ato impugnado, à luz da dúvida que se trata de matéria submetida a critérios de conveniência e oportunidade, insuscetíveis, por isso, de controle pelo Poder Judiciário.

Recurso desprovido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os V. Exas. do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas marginais, por



COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
D.J. 01.07.2005
EMENTÁRIO Nº 2198-2

30/11/2004

PRIMEIRA TURMA

RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.699-9 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. EROS GRAU
RECORRENTE(S) : BERNARDO ROSENBERG
ADVOGADO(A/S) : ROBERTO ALVES CHAVES E OUTRO(A/S)
RECORRIDO(A/S) : UNIÃO
ADVOGADO(A/S) : ADVOGADO GERAL DA UNIÃO

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. CVO DE IMPROBIDADE.

1. Servidor do INEP demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, do Lei n. 8.112/90.

2. A autoridade administrativa está autorizada a proferir atos disciplinares apenas quando atuar juridica válida expressamente a ela atribuída pela lei. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "penalidades indeterminadas" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os aspectos do ato. A luz dos princípios que regem a atuação da Administração.

3. Processo disciplinar, no qual se discute a proterância de decisão - art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, sem fundamento em preceito diverso do indicado pelo comissário de inquérito. A captação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado a qualquer se inválido em face das provas coligidas aos autos.

4. Ato de improbidade e aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incluem a Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da para de demissão.

Recurso ordinário provido.

A C Ó R D ã O

