



UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ  
CAMPUS MARABÁ  
CURSO DE DIREITO

GILVAN DERLI VALENTE DE CARVALHO SILVA

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS  
DISCRICIONÁRIOS**

Marabá  
2011

GILVAN DERLI VALENTE DE CARVALHO SILVA

**CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS  
DISCRICIONÁRIOS**

Monografia apresentada à  
Universidade Federal do Pará -  
Campos Marabá como requisito  
para obtenção da graduação de  
bacharel em Direito.

ORIENTADOR: Prof<sup>a</sup> Francielle Pires Duarte Sommer

Marabá  
2011

**Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)**  
**(Biblioteca Josineide Tavares, Marabá-PA)**

---

Silva, Gilvan Derli Valente de Carvalho.

Controle jurisdicional dos atos discricionários / Gilvan Derli Valente de  
carvalho Silva ; orientador, Francielle Pires Duarte Sommer – 2011.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) Universidade Federal do  
Pará, Faculdade de Direito, 2011.

1. Direito administrativo. 2. Ato administrativo discricionário. 3. Mérito  
administrativo. I. Título.

GILVAN DERLI VALENTE DE CARVALHO SILVA

## **CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS**

Trabalho de conclusão de curso apresentada à Universidade Federal do Pará - Campus Marabá como requisito para obtenção da graduação de bacharel em Direito.

Aprovada em 28 de novembro de 2011.

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Dr. Francielle Pires Duarte Sommer  
Universidade Federal do Pará - Campus Marabá

---

Prof. Dr. Poliana Rocha Portela  
Universidade Federal do Pará - Campus Marabá

## AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, irmão, amigos e professores pelo valoroso apoio transmitido através de suas palavras. Em especial agradeço a minha esposa e a meu filho, pois deles roubei o tempo que tínhamos em família para me dedicar aos estudos que ora se concretizam.

A administração é a arte de aplicar as leis sem lesar os interesses.  
(Honoré de Balzac).

## RESUMO

No presente trabalho, procuramos analisar as questões mais relevantes do controle jurisdicional dos atos provenientes da Administração Pública, tendo como escopo primordial a ênfase no posicionamento da doutrina e dos tribunais no controle dos atos da administração, analisando os critérios de oportunidade e conveniência, em outras palavras, podemos dizer que analisamos a possibilidade de controle jurisdicional do mérito dos atos administrativos discricionários. É fato que em nosso País por muito tempo, o mérito dos atos administrativos era inatingível pelo Poder Judiciário, podemos considerar que a administração pública possuía imunidade quanto a apreciação dos atos que necessitasse do posicionamento técnico-administrativo. Em um primeiro momento o controle jurisdicional era limitado ao controle puro e simples da norma. Era uma atuação limitada a verificação da aplicação legal, o questionamento era apenas acerca do enquadramento do ato ao que a lei predeterminava. O controle jurisdicional exercia apenas a análise da legalidade do ato. Todavia, a evolução quanto ao controle jurisdicional passou a ter uma maior relevância diante dos novos ideais incluídos em nossa Constituição e demais leis. Verifica-se, portanto, que tendo o nosso país adotado o Princípio do Estado de Democrático de Direito, o positivismo jurídico foi aos poucos colocado de lado, e em substituição surge a interpretação mais ampla das normas. Por fim, ressalta-se que essa mudança proporciona um maior controle dos atos do poder público que venha a existir o desvio da finalidade e a consequência importante é a satisfação do interesse público.

**Palavras-chave:** Direito Administrativo; Ato Administrativo Discricionário; Controle Jurisdicional; Mérito Administrativo.

## ABSTRACT

Work in present, we examine the issues most relevant to the jurisdictional control of the acts from the Administration, having as main goal the emphasis on the positioning of the doctrine and the courts in the control of administrative acts, analyzing the criteria of opportunity and convenience, in other words, we can say that we analyze the possibility of judicial review of the merits of discretionary administrative acts. It is true that in our country for a long time, the merits of administrative action by the judiciary was unattainable, we can consider that the government had immunity from actions that needed examination of the technical and administrative position. At first the judicial review was limited to the control of standard pure and simple. Activity was limited to a verification of the legal application, the question was just about the framework of the act that the law predetermined. The control exercised judicial review only the legality of the act. However, developments regarding the jurisdictional control now has a greater relevance in the face of new ideas included in our Constitution and other laws. There is, therefore, that our country has adopted the rule of democratic rule of law, legal positivism has been gradually pushed aside, and instead there is the broader interpretation of the rules. Finally, we emphasize that this change provides greater control over the acts of the public that there will be deviation from the purpose and important consequence is the satisfaction of the public interest.

**Keywords:** Administrative Law, Administrative Discretionary Act, Judicial, Administrative Merit.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>08</b>
<b>CAPÍTULO 1: ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS .....</b>	<b>11</b>
1.1. Separação dos Poderes .....	11
1.2. Sistema de controle da judicial .....	14
1.3. A evolução do controle na Administração Brasileira .....	16
1.4. Os Princípios da Administração Pública .....	20
1.4.1. Princípio da Legalidade .....	21
1.4.2. Princípio da Impessoalidade .....	22
1.4.3. Princípio da moralidade .....	23
1.4.4. Princípio da Publicidade .....	24
1.4.5. Princípio da Eficiência .....	25
1.4.6. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade .....	27
<b>CAPÍTULO 2: ATOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>29</b>
2.1. Conceito e caracterização do ato administrativo .....	29
2.2. Elementos do ato administrativo ou requisitos de validade .....	30
2.2.1. Agente público competente .....	30
2.2.2. Objeto .....	32
2.2.3. Forma .....	33
2.2.4. Finalidade .....	34
2.2.5. Motivo .....	36
2.3. Atributos do ato administrativo .....	38
2.3.1. Presunção de legitimidade e veracidade .....	38
2.3.2. Imperatividade .....	40
2.3.3. Autoexecutoriedade .....	41
2.4. Classificação do ato administrativo .....	43
2.4.1. Segundo o critério das prerrogativas .....	44
2.4.2. Quanto aos efeitos .....	45
2.4.3. Quanto ao grau de liberdade da administração .....	46
2.5. Invalidação (anulação) e Revogação do ato administrativo .....	48
2.6. Mérito do Ato Administrativo .....	49
2.7. Discricionariedade administrativa .....	50
<b>CAPÍTULO 3: O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS .</b>	<b>53</b>
3.1. Alcances e limites do controle jurisdicional .....	54
3.2. O controle jurisdicional e o mérito administrativo .....	58
3.3. Posicionamentos favoráveis ao controle .....	62
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>69</b>



## INTRODUÇÃO

O presente trabalho aborda a questão do Controle Jurisdicional dos atos administrativos, mais especificamente no controle dos atos discricionários da administração. Ao discorrer sobre o assunto, verifica-se que a legitimidade do Judiciário fundamenta-se no Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição conforme art. 5º, XXXV, CF/88, e nos demais princípios gerais que norteiam o nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Uma das vantagens do controle jurisdicional no que diz respeito aos atos da administração é corolário do próprio sistema democrático, uma vez que através do judiciário, possuidor da função estatal de julgar conforme as leis, a sociedade pode buscar nele a reparação de eventuais desvios da finalidade do poder público. É nesse momento que observamos o verdadeiro significado da expressão contida no art. 2º da CF/88, “Harmônicos entre si”, ou seja, expressão que se traduz em limitações recíprocas. A teoria conhecida de freios e contra pesos tem seu principal foco à busca do equilíbrio da atuação dos poderes do estado através do controle recíproco.

É comum encontrarmos nos noticiários a caricatura de vários agentes públicos em acusações de abusos de autoridades, gastos exorbitantes e contratações eivadas de vícios, como por exemplo, o nepotismo. Dessa forma, especula-se o alto grau de corrupção existente e, sendo assim, é importante enaltecermos o nosso ordenamento pátrio evidenciando os princípios constitucionais para fins de evitar os danos aos cofres públicos. É com essa preocupação que o presente trabalho surge a fim de apresentar um dos pontos em que cresce a necessidade de atuação do judiciário.

O grande impasse encontrado no Controle Jurisdicional dos atos administrativos é a questão dos limites de cada poder, ou seja, é de fácil percepção que a teoria da Separação de Poderes então adotada pelo Constituinte de 1988 visa estabelecer a Democracia evitando assim a concentração do poder em um só elemento e, por conseguinte, evita o totalitarismo. Entretanto, embora existam as palavras “Poderes independentes”, logo em seguida vem a palavra “harmônicos”, demonstrando assim que a separação dos poderes é relativa, ou seja, existe apenas um Poder, Poder Uno, mais o seu exercício é dividido entre as funções do estado.

Através deste estudo, tratamos do seguinte questionamento: Qual a possibilidade do controle judicial dos atos administrativos? Os pontos que analisaremos para a elucidação da questão são os seguintes: até que ponto é possível o controle dos atos administrativos; quais os limites do controle exercido pelo Poder Judiciário em face da administração pública; qual a possibilidade do controle dos atos administrativos discricionários sem macular o mérito administrativo; e quais os fundamentos desse controle.

A pesquisa bibliográfica foi utilizada para a composição do trabalho, sendo pautada em renomados doutrinadores nacionais, filósofos, assim como os estudos das jurisprudências de diversos tribunais que se aplicam ao tema e os dispositivos legais que incidem sobre o mesmo.

Busca-se inicialmente nesse trabalho situar o leitor, e para isso discorreremos sobre os aspectos históricos no que tange ao controle da administração, inicialmente com o surgimento da teoria da separação dos poderes e a elucidação sobre o sistema de jurisdição adotado no Brasil e, por fim, a evolução do controle da administração pública no Brasil.

No segundo capítulo é apresentado o conceito do ato administrativo e de seus elementos constitutivos, ou como também são chamados, requisitos de validade do ato: objeto, forma, finalidade e motivo. Seguimos com a exposição dos conceitos referentes aos atributos inerentes aos atos administrativos. Em seguida ocorre a classificação dos atos, a qual nos limitamos à apenas três classificações por serem as de maior importância para o presente trabalho, quais sejam: segundo o critério das prerrogativas, quanto aos efeitos e quanto ao grau de liberdade da administração. Esta última classificação é deveras relevante, pois apresenta o conceito dos dois tipos de atos, isto é, os vinculados e os discricionários, bem como as causas de sua invalidação (anulação) e revogação. E finalizando o capítulo temos o estudo do mérito e da discricionariedade da administração pública, pois o mérito somente pode ser valorado pelo próprio administrador, cabendo somente a ele decidir acerca da oportunidade e conveniência, não sendo possível o Poder Judiciário interferir na sua decisão quanto ao mérito administrativo. No entanto, vale alertar que caso a administração ultrapasse os limites da discricionariedade, poderá o judiciário exercer o controle jurisdicional.

E no último capítulo concluímos o trabalho tratando do assunto que é nosso escopo, o controle jurisdicional dos atos administrativos, enfatizando o

controle jurisdicional e o mérito administrativo, e teceremos considerações quanto ao alcance e o limite desse controle, nesse ponto será apresentado o posicionamento favorável a esse controle tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Vale ressaltar que esse posicionamento não coloca o Judiciário como elemento substitutivo do agente da administração no que se refere ao mérito, pois a análise do Poder Judiciário será quanto à legalidade do ato.

## 1. ASPECTOS HISTÓRICOS

### 1.1. Separação dos Poderes

Para entendermos a criação do controle entre os Poderes do Estado, devemos iniciar o estudo procurando os motivos originários, os quais irão surgir a partir de sua divisão. A segregação do poder estatal vem inicialmente com o propósito de melhor administrar o Estado e buscar a limitação do poder político, ideal claramente observado nos ideais defendidos pela Revolução Francesa.

Entretanto, o conceito de separação dos poderes políticos do Estado tem como berço os pensamentos filosóficos do grego Aristóteles (2000, p. 206), que ao dissertar sobre o assunto na ilustre obra Política, apresenta o conceito no comentário à Constituição de Sólon:

(...) Os que consideram um bom legislador argumentam que ele: a) acabou com a oligarquia absoluta; b) pôs um ponto final na escravização do povo; c) estabeleceu a tradicional democracia ateniense combinando de modo correto a constituição. Explicam que essa combinação contém um elemento oligárquico (o Conselho do Areópago), um elemento aristocrático (a escolha de magistrados) e um elemento democrático (o sistema judicial). 78. A verdade é que, desses três, Sólon encontrou os dois primeiros – o conselho e a seleção dos magistrados – já prontos, e simplesmente se absteve de aboli-los.

Ainda durante o discurso, Aristóteles (2000) se refere às autoridades estatais esclarecendo o caráter plural existente, entendendo por constituição a organização das várias autoridades, e especialmente, a autoridade suprema, a qual está acima de todas as outras. Aristóteles (2000) esclarece, ainda, que os cidadãos gregos são soberanos também, sendo assim, a constituição é a soma total da administração pública e esta é composta das autoridades e do povo.

Aristóteles (2000) traz, ainda, outra ideia ao considerar que o homem é, por natureza, um animal político ao analisar o fato de que, para equilibrar a vida em sociedade é importante inserir o homem na vida política do Estado. Nesse sentido, o jurista português Piçarra (1989, p.33) comenta a Constituição Mista, segundo Aristóteles:

Constituição mista, para Aristóteles, será aquela em que os vários grupos ou classes sociais participam do exercício do poder político, ou aquela em que o exercício da soberania ou o governo, em vez de estar nas mãos de uma única parte constitutiva da sociedade, é comum a todas. Contrapõem-se, portanto, as constituições puras em que apenas um grupo ou classe social detém o poder político.

Portanto, fica demonstrado que nas civilizações antigas a ideia de separação dos poderes estava presente e que mesmo não contemplando uma forma sistematizada já possuía elementos políticos com essa característica.

Outro filósofo que contribuiu para a criação da Teoria da Separação dos Poderes foi Locke (2000), pensador iluminista, elaborou sua obra Segundo Tratado do Governo Civil, apresentando o homem como um ser que considera a vida, a liberdade e a propriedade como Direitos Naturais. Pressupõe que para manutenção dos referidos direitos, o homem institui entre si um contrato, o que constitui a criação do governo e a sociedade civil.

Em sua obra, Locke faz a separação do poder estatal da seguinte forma: Legislativo, Executivo e Federalismo. Não contempla o Judiciário, mas justifica a ausência do referido poder afirmando que o mesmo seria a atividade meio do Legislativo. Os estudos de Locke demonstram que o Poder Legislativo se apresentava com superioridade perante os demais.

Diferente de Locke surge outro pensador Iluminista, Montesquieu, o qual acreditava que separação dos poderes contempla o Poder Judiciário, mas atribui a esse um caráter secundário, como podemos observar no seguinte trecho:

Dos três poderes de que falamos, o de julgar é, de certa forma, nulo. Restam apenas dois: e, como precisam de um poder regulador para moderá-los, a parte do corpo legislativo que é composta de nobres é muito adequada para produzir esse efeito (2010, p.172).

Na obra Do Espírito das Leis, Montesquieu (2010) cria uma concepção mais ampla sobre a Separação dos Poderes, estabelecendo como elemento a ser defendido a liberdade. Acreditava ser fundamental esclarecer que a Separação dos Poderes do Estado é necessariamente indispensável para garantir a liberdade na vida social do Estado. Logo, a divisão dos poderes geraria naturalmente limites entre eles, uma vez que possuem equiparação de forças, dessa forma um agiria sobre o outro resultando em um equilíbrio. Essa observação fica demonstrada no Décimo Primeiro Capítulo, onde o autor analisa a Constituição da Inglaterra:

Sempre há num Estado pessoas distintas pelo nascimento, pela riqueza ou pelas honras: mas, se se confundissem em meio ao povo e se tivesse um só voto como os outros, a liberdade comum seria para eles a escravidão e não teriam nenhum interesse em defendê-la, porque a maior parte das decisões seria contra eles. A parte que têm na legislação deve, pois, ser proporcional às outras vantagens de que gozam no Estado, o que acontecerá se formarem um corpo que tenha o direito de deter as ações do povo, como o povo tem o direito de deter as deles.

Montesquieu (2010) formulou a estrutura hoje utilizada pelos Estados, constituindo um Poder Legislativo, Poder Executivo e o Poder Judiciário, e assim como Locke coloca o Legislativo em nítido destaque.

A separação dos poderes gera diversos questionamentos e uma vez estabelecida a divisão em três esferas pertencentes a um Estado, que necessariamente precisa se manter único, pergunta-se como equilibrar e limitar os referidos poderes, sem atingir os limites de cada um como poder independente.

Nessa conceituação, sabemos que a separação dos poderes proporcionou ao Estado trilhar para a Democracia, ao contrário da concentração dos poderes que, inevitavelmente, se transformaria em um totalitarismo. Destarte, a ideia de prevalência de um poder sobre o outro, encontra-se superada, pois os poderes possuem independência e necessidade de equilíbrio e harmonia.

Sendo assim, tendo dissertado sobre a evolução histórica a qual culmina com a Separação dos Poderes, fica demonstrado que tendo a separação dos poderes efetivamente instituída, surge a necessidade de tornar o convívio entre esses poderes harmônicos e então se cria a possibilidade de um Poder supervisionar o outro, demonstrando, portanto, que não são absolutamente separados, conforme orienta o professor Azambuja (1996) ao analisar a teoria levantada por Montesquieu. Desse modo ocorre o controle externo, no qual determinado Poder vai “fiscalizar”, dentro dos limites legais de sua atuação, outro Poder, esta fiscalização é o que Montesquieu, ao refletir sobre o abuso do poder real, nomeou de Sistema de Freios e Contra Pesos.

Portanto, caberá aos poderes desempenhar além de sua função típica, outra, que servirá para manter em equilíbrio esses poderes. Concluímos que a separação do poder não é absoluta e diante dessa afirmação citamos novamente o professor Azambuja (1996, p.179), o referido professor nos explica a verdade quanto

a organização política do estado no que se refere a separação dos poderes, diz o autor:

A organização política dos Estados modernos, mau grado o que possa dispor a letra das suas Constituições, não consagra a separação absoluta de poderes no sentido em que pretendeu realizá-la a assembleia revolucionária. Há separação de órgãos, especialização de funções, mas há cooperação entre os órgãos, exatamente para que o fim que Montesquieu almejava: para que o poder limite o poder.

Assim, concluímos que o Princípio da Separação dos Poderes é viável para a estruturação de um Estado e sua principal característica é o sistema de freios e contra pesos, sistema este que busca equilibrar os poderes estatais tornando-os harmônicos e eficientes, uma vez que existirá uma fiscalização entre eles.

## **1.2. Sistemas de controle Judicial**

Na doutrina encontramos os estudos sobre dois sistemas de controle judicial um se chama contencioso administrativo ou sistema de jurisdição dupla, e teve sua origem na França. O segundo sistema é o de jurisdição una ou unidade de jurisdição, ou como também é chamado sistema inglês.

O sistema de jurisdição dupla segundo as lições de Coelho (2002, p. 39), possui um controle especializado para os assuntos relacionados à administração pública, esses Tribunais especializados possuem a finalidade de resolver os litígios de ordem administrativa que vierem a existir, essa é a sua principal característica. Ensina-nos, ainda, Coelho (2002), que esse sistema chamado também de contencioso-administrativo, a administração pública não seria julgada pela jurisdição comum, a qual compõe as lides de ordem privada, seria, no entanto submetida a Tribunais que possuem competência específica, seriam eles os responsáveis pela análise dos atos administrativos.

Complementando os ensinamentos do autor citado acima, recorreremos à professora Maduar (2008, p.392), que em seus estudos sobre o assunto traz a estrutura desses tribunais e dar exemplo de países que adotam a jurisdição dupla:

A jurisdição administrativa forma um conjunto escalonado de juízes ou tribunais administrativos, encabeçados por um órgão supremo, de

regra denominado Conselho de Estado, independente do tribunal supremo da jurisdição ordinária e cujas decisões representam a última instância. Adotam a jurisdição dupla, atualmente, a França, a Alemanha, a Suécia e Portugal.

No sistema de jurisdição una o estado atribui ao Poder Judiciário a competência do controle dos atos da administração pública, como nos ensina Coelho (2002), “os atos da administração pública se submetem à revisão perante o Poder Judiciário em sua quase-totalidade”, explica, ainda, que o sistema tem a denominação de jurisdição una, porque “tantos os atos dos particulares quanto aqueles emanados da administração pública se submetem à jurisdição comum”. Ainda sobre esse tema nos esclarece Madauar (2008, p.392) que nesse sistema podem existir na estrutura judiciária varas especializadas em compor litígios envolvendo a administração pública, no entanto, isso não é justiça especial, pois encontram-se “inseridas entre os órgãos de uma única ordem de jurisdição”.

O Brasil consagra no art. 5º, XXXV da Lei Maior o sistema de jurisdição una, o qual outorga ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, estabelecendo que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito. Ainda que o ato lesivo seja praticado pelo poder público, é direito do prejudicado acionar os meios judiciais.

Nesse sentido, esclarece Di Pietro (2010, p.747):

O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito. De nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

No mesmo sentido do texto supracitado, os estudos do professor Mello (2009, p. 120-121), demonstram que o Judiciário possui a prerrogativa ampla de controlar os atos do Poder Público, essa prerrogativa é uma consequência do Estado Democrático de Direito:

No direito brasileiro, ao contrário do que ocorre na maioria dos países europeus continentais, há unidade de jurisdição. [...] Assim, não há órgãos jurisdicionais estranhos ao Poder Judiciário para decidir, com essa força específica, sobre as contendas entre Administração e administrados. [...] detém, pois, a universalidade de jurisdição, quer no que respeita à legalidade ou à consonância das



condutas públicas dos atos normativos infralegais, que no que atina à constitucionalidade delas. Nesse mister, tanto anulará os atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos a que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.

Caberá então, de forma única, ao Poder Judiciário intervir e apreciar, as lesões individuais e coletivas, envolvendo tanto particulares como o poder público, e lembramos, ainda, que as suas decisões possuem caráter definitivo.

### **1.3. A evolução do controle na Administração Brasileira**

O Controle na Administração Brasileira surgiu no instante em que o antigo modelo de gestão Patrimonialista, cuja instalação ocorreu no período conhecido como Colonialismo ou Brasil colônia, foi superado.

Historicamente passamos pelos três modelos de gestão, que são: o Patrimonialista, de interesses basicamente privados; o Burocrático, que procurava combater os excessos do Patrimonialista; e o Gerencial, cujo objetivo é trilhar o caminho para a eficiência e eficácia da Administração Pública.

O modelo Patrimonialista, caracterizado pelo poder concentrado na mão de poucos, é fruto do colonialismo, de quando a Coroa portuguesa estrutura as terras brasileiras em Capitânicas Hereditárias. Sobre esse tema o juiz e professor Vasconcelos (2000, p. 75), explica:

Em próxima fase da estruturação administrativa no Brasil, a Coroa portuguesa, no empreendimento exploratório, optou por delegar a tarefa a particulares-nobres e militares notáveis – os quais, por conta e risco próprios, iriam dar início ao sistema de capitânicas hereditárias, posto em prática somente em 1534, ficando o país dividido em lotes de cinquenta léguas de costa e pelo interior, até a oportuna demarcação da linha das Tordesilhas. Cada lote seria doado a um capitão-mor, assegurada à Coroa parte do arrecadado. Os direitos e deveres dos donatários eram estabelecidos nas Cartas de Doação e nos Forais, existindo, ainda, a regulação das Ordenações do Reino, o Código Manuelino.

A professora Di Pietro (2010, p.20), ao tratar sobre o tema, contempla a mesma passagem pela história brasileira:

No período colonial, ao tempo das capitânicas, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram

outorgados pelo monarca português e que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça.

Ante a necessidade de um maior controle por parte da Coroa, surge outro artifício de controle das terras brasileiras, o Governo-Geral, cuja criação é fruto do fracassado sistema de capitanias hereditárias, que perdurou por apenas 15 anos. Acerca desse momento citamos Vasconcelos (2000, p.76), que em sua obra narra o caminho percorrido pela administração brasileira desde o Brasil colônia:

A consequência dessa priorização é o emprego da delegação, nas pessoas de portugueses qualificados, da tarefa de administrar a colônia. Se a experiência não dá certo na modalidade privatista pura – as capitanias hereditárias – adota-se o Governo Geral, estatizado, mas mantidas muitas das prerrogativas anteriores concedidas à iniciativa privada. Os governadores gerais eram os chefes de Estado no Brasil, dos quais alguns chegaram a receber o título de vice-rei, função que somente se tornaria esvaziada de sentido com a presença da Corte em 1808.

Em seguida, se inicia o período do Império trazendo consigo um avanço de grande valor para a estruturação administrativa, ou seja, a divisão das funções estatais. Nesse enfoque citamos a saudosa jurista Di Pietro (2010, p. 20): “Com o Império, há uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, os dois últimos concentrados na mão do Imperador”. Passa a existir uma estrutura estatal, no entanto, os objetivos eram de concentrar o poder ao máximo nas mãos do soberano, ainda não havia o despertar para os objetivos públicos, apenas os estatais.

Nessa época já existia uma Administração Pública organizada, entretanto essa administração era regida praticamente pelo direito privado, temos também, ainda nesse período, a criação da cadeira de Direito Administrativo nos cursos jurídicos, a qual foi instalada na Faculdade de São Paulo em 1856 e regida por José Antônio Joaquim Ribas.

Com a decadência do Império, logo foi suprimido o poder Moderador juntamente com a jurisdição Administrativa, a qual antes era atribuída ao Conselho e Estado, e em contrapartida, deu-se início ao período republicano. Dessa forma a Administração Pública começa a se estruturar de maneira diversa dos moldes do Direito Privado. O sistema de gestão patrimonialista é então substituído, ao Estado Democrático, logo, a ideia de que tudo pertencia ao Soberano foi suprimida e deste

modo estabeleceu-se que os bens e as receitas do Estado eram administrados para que as necessidades da coletividade fossem atendidas.

Nesse momento cresce a importância de se controlar a utilização dos recursos que existiam na República. Surge então o controle administrativo no direito brasileiro. Em trecho da obra do professor Vasconcelos (2000, p.113), torna-se límpido o interesse da República em tal controle, bastando observar o ato no qual se institui, por decreto, em 7 de novembro de 1890, o Tribunal de Contas, cujo objetivo é de proceder o exame, a revisão e o julgamento dos atos concernentes a receita e despesas públicas.

Foram diversas as legislações constitucionais em nosso país até chegarmos a Constituição de 1988, passamos pela chamada República da Espada (1889 a 1894), onde temos a Constituição de 1891 - Promulgada pelo Congresso Constituinte; em seguida temos a república das Oligarquias(1894 à 1930), nesse período um fato é relevante para nosso estudo. Em 1926 ocorreu uma revisão constitucional, tal revisão afasta o judiciário da apreciação dos atos tidos como arbitrários do presidente, para uma maior elucidação deste momento histórico, passamos a citar um trecho da obra de Vasconcelos (2000, p. 124-125):

A revisão constitucional de 1926, embora avançasse no liberalismo impregnado na doutrina do laissez-faire, dilatadora da autonomia dos Estados Federados, foi levada a efeito menos para corrigir erros e melhorar costumes que para aumentar a hipertrofia do executivo, afastando o Judiciário da apreciação dos atos arbitrários do presidente da república quando interviesse nos Estados ou decretasse o Estado de sítio, tudo a demonstrar à Nação que somente a revolução constituía o meio da salvação nacional. A autoridade do presidente da República era o centro gravitacional da política do país, sistema amarrado pela escolha, em eleições viciadas, dos presidentes, governadores, senadores e deputados, requinte de aprimoramento corrupto que dominava todos os Estados da Federação, sem uma única honrosa exceção.

Depois entramos na chamada Era Vargas (1930 à 1945), encontramos aqui a Constituição de 1934 - Promulgada pela Assembleia Nacional Constituinte e a Constituição de 1937 - Promulgada pelo Estado Novo, sobre esse período lembra o professor Vasconcelos (2000, p.129) que “o Senado tinha a função de controle Político e da Administração pública, cabendo-lhe promover a coordenação dos poderes federais e manter a continuidade administrativa”; Logo em seguida passamos por um período de redemocratização em conjunto com o populismo(1945

à 1964), temos nesse período a Constituição de 1946 - Constituição da República Populista; e por fim caímos no Regime Militar o qual existiu de 1964 até 1985, nesse período duas mudanças constitucionais fora feitas.

Temos então a Constituição de 1967 - Promulgada pelo ato Institucional N°4 e a Constituição de 1969 - Nova redação da constituição de 1967. Nesse último período citado, ocorreu a supressão de praticamente todos os direitos, houve um reforço ao Poder Executivo, diversas prerrogativas foram dadas ao Presidente da República, houve a restrição da competência do Poder legislativo, um alargamento do controle externo do Congresso Nacional sendo auxiliado pelo Tribunal de Contas e ocorreu o fortalecimento do Poder Judiciário, tudo isso apenas no papel. Para esclarecer essa última colocação, citaremos mais uma vez o professor Vasconcelos (2000, p.149):

Embora estabelecida a estrutura política e administrativa do Estado Brasileiro na Constituição de 1967, pode-se afirmar a configuração meramente semântica daquele documento constitucional, pois o Poder Executivo continuaria a ditar as regras da Revolução de 1964, anulando o princípio federativo e a independência dos demais poderes institucionais, mediante a expedição de diversos atos Complementares.

Com o fim do Regime militar, em 1985, seguimos para a atual conjuntura política, foi então estabelecida a eleição presidencial direta, e instituído o poder constituinte que aprovou por maioria absoluta a atual constituição.

Retomamos agora, logo após esse resumo histórico, a questão do controle da administração considerando agora a constituição de 1988. Temos, portanto, que em nosso atual ordenamento jurídico o controle da Administração Pública vem a surgir em meio a uma necessidade de tornar possível o comando existente no art. 2º da Constituição Federal de 1988, "São poderes da União, independentes entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Segundo as lições da saudosa Di Pietro (2009, p. 728) ao conceituar a finalidade do controle em questão, temos o seguinte:

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas

circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Ainda sobre o assunto, Gasparini (2008, p. 946) apresenta como a Administração Pública deve agir ao observar que determinado ato não é eficiente ou útil ao interesse público, ou ainda, na produção de uma atividade inoportuna ou inconveniente ao interesse público deverá ser esta modificada ou suprimida, ainda que legítima. O referido autor completa delimitando cada situação: “Modificada, se passível de tornar-se eficiente e útil; suprimida se inoportuna ou inconveniente, ou se impossível de se tornar eficiente e útil”.

Por fim, fica demonstrado no trecho acima, que uma atividade não estará isenta do controle somente pelo fato de ser legítima e, portanto, correta perante os ditames legais. O ato praticado pela Administração será passivo de controle quando resultar de maneira negativa diante do princípio do interesse público, fundamento basilar da Administração Pública, onde o interesse da coletividade se sobrepõe ao interesse do particular.

#### **1.4. Os Princípios da Administração Pública**

Em nossa atualidade os princípios da administração pública encontram-se em destaque quando o assunto é abuso das autoridades públicas, são eles a medida de garantia contra esses abusos. Lembramos que o poder público possui prerrogativas que o colocam posição de superioridade para que possa atuar de forma eficiente e assim proporcionar o melhor para seus administrados. Esse entendimento fica demonstrado no seguinte trecho da obra do professor Lima (2007, p.297-298), quando trata dos direitos individuais, diz:

Todo o poder do Estado está subordinado à realização desses objetivos de proteção a dignidade da pessoa humana, do respeito aos direitos fundamentais e do reconhecimento do valor justiça. [...] Os direitos individuais vinculam, destarte, o Poder Público em todas as suas manifestações e no caso de sua violação, constituem-se em fundamento de direitos subjetivos públicos, cuja característica essencial é a de criarem obrigações para as pessoas administrativas, segundo o direito público, para com o particular.

A Constituição Brasileira em seu artigo 37, foi agraciado com a atual redação por meio da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998. A nova

redação consagrou explicitamente os princípios da legitimidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e da eficiência. Embora não estejam de forma explícitos na Carta Magna, dois princípios são de grande relevância para o controle dos atos administrativo, são eles os princípios da proporcionalidade e o da razoabilidade. Podemos encontra-los previstos expressamente na Lei nº 9.784/99, lei que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Passaremos agora a discorrer um pouco sobre cada um desses princípios.

#### **1.4.1 Princípio da Legalidade**

O princípio da legalidade encontra-se fixado por dois artigos da nossa Constituição Federal, primeiramente podemos observa-lo no artigo 5º, inciso II, encontramos aqui a previsão que garante o respeito aos direitos individuais dos cidadãos, uma vez que prevê que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo que não esteja previsto em lei. Afirmamos, portanto, que este é o meio de combate a ação arbitrária do Estado, pois o obriga a só agir conforme previsão existe em lei previamente elaborada, nessa linha de raciocínio encontramos o constitucionalista Moraes (2007, p.36), passamos a cita-lo:

Tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral. Com o primado soberano da lei cessa o privilégio da vontade caprichosa do detentor do poder em benefício da lei.

Lembramos, ainda, que a doutrina considera a existência do princípio da reserva legal, com previsão também no artigo 5º, inciso II, seria ele mais restrito do que o princípio da legalidade, este tem abrangência mais ampla, como bem ensina Moraes (2007), já o princípio da reserva legal, o mesmo autor discorre que este será encontrado nas previsões existente na constituição que reserva conteúdo específico, caso a caso, à lei.

A segunda previsão encontra-se no artigo 37, *caput*, tal previsão determina a observação desse princípio pela Administração Pública, em todos os seus níveis. É nesse contexto que encontramos a ideia de que a administração só poderá fazer algo que esteja previsto em lei. Pois como bem coloca a professora Di Pietro (2010, p.63), “a lei, ao mesmo tempo em que define, estabelece também os

limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade”. A professora citada anteriormente ressalta, ainda, que esse entendimento corresponde com a previsão explícita no artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789:

Artigo 4º- A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela Lei.

Para garantir a observância do princípio da Legalidade, encontramos em nossa Lei Maior, o artigo 5º, inciso XXXV, o qual estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão”, nesse sentido lembra a Di Pietro (2010), que tal apreciação será também em relação à ameaça ou lesão decorrente de ato da administração pública.

Concluiremos esse tema corroborando o pensamento de Coelho (2002, p. 15-17), segundo os estudos desse autor, é em razão do princípio da legalidade que toda “a atividade administrativa, incluindo a discricionária, fica balizada pelos ditames legais [...] à administração pública só é dado agir nos limites que a lei autoriza”, diz ainda, que a legalidade não pode ser limitada, ou seja, ela abrange todo o ordenamento jurídico e nesse encontra-se a Constituição e com esta os seus princípios, os quais vinculam toda a administração pública.

#### **1.4.2. Princípio da Impessoalidade**

Todos os atos da administração pública deve ter como escopo o interesse público, e sendo assim deverá a administração agir com impessoalidade, de forma a evitar o favorecimento. Ensina-nos Freitas (2009, p. 82), que o princípio em estudo deriva do princípio da igualdade é, portanto, uma “vedação constitucional de toda e qualquer discriminação antijurídica, negativa e atentatória contra os direitos fundamentais”.

Como se observa o principal objetivo do princípio da impessoalidade é evitar que o interesse público seja substituído pelo interesse de um ou de alguns particulares. O princípio em estudo encontra-se implicitamente na lei nº 9.784/99, mais especificamente no artigo 2º, parágrafo único, inciso III, exige-se “objetividade

no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”. Nesse passo e com domínio sobre o assunto o professor Freitas (2009, p.82) nos diz que “segundo o princípio em tela, a Administração Pública precisa dispensar tratamento isonômico a todos, sem privilégios espúrios, tampouco manobras persecutórias, sequer as movidas por supostas boas intenções”. Esse mesmo autor traz de forma sintética as razões desse princípio, ensina o mestre supracitado:

O princípio da imparcialidade ou da impessoalidade desvela-se de alto porte para equacionar o controle sistemático que incentiva e obriga os agentes públicos a praticarem uma gestão desatrelada dos interesses mesquinhos e secundários, no compromisso com o direito fundamental-síntese à boa administração pública, que se traduz como cabal proibição de qualquer discriminação torpe e como dever simultâneo de efetuar a redução das desigualdades injustas.

Não resta dúvida quanto a finalidade deste princípio, busca a isonomia de todos perante a administração não devendo existir preferências nem tão pouco repulsas pessoais, a atuação não pode beneficiar nem prejudicar, deve unicamente procurar atingir o interesse público.

#### **1.4.3. Princípio da Moralidade**

O princípio da moralidade, segundo Freitas (2009, p.87) exige do administrador público conduta ética, portanto, encontra-se “vedadas condutas eticamente transgressoras do senso moral médio superior da sociedade, a ponto de não comportarem condescendência ou leniência”. Sendo assim podemos concluir que a Administração Pública estará vinculada ao princípio da moralidade, e seus atos devem observar este princípio, pois, do contrário será inválido, lembramos, ainda, que a moral administrativa não é a mesma moral comum, esse entendimento encontra-se na obra de Alexandrino e Paulo (2010, p. 195-196), teoriza o seguinte: “A denominada moral administrativa difere da moral comum, justamente por ser jurídica e pela possibilidade de invalidação dos atos administrativos que sejam praticados com inobservância deste princípio”.

O princípio em estudo nas lições de Alexandrino e Paulo (2010) encontra-se intimamente ligado a ideia de probidade e de boa fé, conforme expresso na lei nº 9.784/99, em seu artigo 2º, parágrafo único, nos seguintes termos: “nos processos



administrativos serão observados, entre outros, os critérios de atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”.

Nas palavras de Meirelles (2008, p. 90) o princípio da moralidade “constitui pressuposto de validade de todo Ato da Administração”, sendo assim o administrador deve constituir seus atos dentro da legalidade ética, fica evidente a importância deste princípio quando observamos as seguintes previsões legais, artigos nº 5º, LXXIII, e 37, caput, da Constituição da República de 1988:

Art. 5º, LXXIII qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio [...].

Art. 37 Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

Nos atos eivados de imoralidade utilizaremos o princípio em estudo como ferramenta de controle é, portanto, um instrumento necessário para extirpar atos como os de improbidade administrativa, como previsto no artigo 37, § 4.º, da CF/88, esses atos “importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

#### **1.4.4. Princípio Publicidade**

O princípio que iremos estudar estar elencado no artigo 37, caput, da CF/88, assim como os outros já mencionados, sua função esta diretamente ligada à necessidade de controlar os atos do Poder Público, pois, impõe ao referido poder a necessidade dele divulgar os atos praticar, determina a transparência da função pública do estado, salvo as situações que se faz necessário o sigilo, que são algumas exceções constitucionais, sendo assim temos que ao povo é devido às informações sobre o desempenho das funções do Estado. Cultivando esse raciocínio encontramos o professor Juarez (2009, p.90-91), que diz:

O princípio da publicidade ou da máxima transparência determina que a Administração Pública aja de modo a nada ocultar, na linha de

que – com raras exceções constitucionais – tudo deve vir a público, ao menos a longo prazo. O contrário soaria como a negação da essência do Poder Público, em sua feição franca e democrática. De fato, e no plano concreto, o exercício do poder administrativo somente se legitima se se justificar em face de seus titulares sociais, mais do que destinatários, com translucidez e aversão à ocupacidade.

Dessa forma, a administração estará vinculada a obrigação de prestar contas de todos os seus atos aos administrados, não se admite a não observância desse princípio. Só será admitido ao Estado não tornar públicos os atos que sejam passíveis de causar problemas a segurança da sociedade e do Estado, previsão constante no artigo 5º, inciso XXXIII, da CF/88.

Sobre o princípio da publicidade podemos observar que na atualidade a sua utilização tem sido efetiva, como dito por Juarez (2009, p.91) “o princípio da publicidade denota irretorquível conquista na evolução da democracia participativa, em contraponto à famigerada opacidade decisória do jogo político tradicional”, a exemplo temos os portais da transparência existentes nos sítios do governo na internet, visa tornar públicos os gastos públicos. Podemos concluir que a administração pública tem no princípio da publicidade a garantia de que seus atos estão de acordo com as exigências legais, a transparência é, por fim, nas palavras de Juarez (2009), indispensável à eficácia do direito fundamental à boa administração pública.

#### **1.4.5 Princípio da Eficiência**

O ilustre professor Meirelles (2008) nos ensina, que o princípio da eficiência estar presente nas atividades administrativas que são exercidas com presteza, perfeição e rendimento funcional, evitando assim despendimento de recursos demasiados.

É primordial que a administração pública atue de modo eficiente e concreta, deve buscar dentro de cada caso concreto a medida que esteja prevista e em conformidade com a lei, buscando atingir o interesse público sem desperdícios. Este princípio foi introduzido na Carta Magna, no art. 37, *caput*, por meio da Emenda Constitucional nº19, de 4 de junho de 1998, e aparece também de forma expressa na lei nº9.784/99, no art. 2º *caput*, no entanto, já existia sua previsão, embora

implícita, em leis infraconstitucionais, como por exemplo a Lei 8.987/95, no art. 6.º, e a Lei 8.078/95, no art. 22.

Lei 8.987/95, **art. 6º** Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

Lei 8.078/95, **art. 22** - Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Uma observação importante é o enquadramento em que os professores Alexandrino e Paulo (2010, p.202), fazem a cerca da introdução do princípio em estudo no contexto político-econômico mundial. Disserta o seguinte:

A introdução da eficiência, como princípio explícito, no *caput* do art. 37 da Carta da República, aplicável a toda atividade administrativa de todos os Poderes de todas as esferas da federação, demonstra bem a concepção de Administração Pública propugnada pelos arautos da corrente política e econômica comumente denominada – em que pesem as críticas a esta expressão – neoliberalismo.

Dos ensinamentos dos autores acima citados, concluímos que a atividade desenvolvida pela administração pública muitas vezes tornam-se ineficientes em virtude da morosidade das decisões, conseqüentemente uma baixa produtividade, gera um desperdício aos cofres, tudo isso se compararmos a administração de empreendimentos privados. Os professores Alexandrino e Paulo (2010, p.203), apresentam que atualmente uma mudança no modelo de administração vem tomando nova forma, conforme passamos a citar:

Propõem, dessa forma, que a Administração Pública aproxime-se o mais possível da administração das empresas do setor privado. Esse modelo de Administração Pública, em que se privilegia a aferição de resultados, com ampliação de autonomia dos entes administrativos e redução dos controles de atividade-meio, identifica-se com a noção de administração gerencial e tem como postulado central exatamente o princípio da eficiência.

Concluímos, portanto, que o princípio da eficiência tem um viés com o que é proposto pelo princípio da economicidade, este busca evitar o desperdício utilizando para isso o controle financeiro da administração, mas tendo sempre o

ideal de atingir o interesse público. Em suma, isso se traduz é uma relação custo/benefício, deve-se focar o interesse público procurando priorizar uma boa prestação de serviço público, de modo mais simples, mais rápido, e econômico.

#### **1.4.6 Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade**

O princípio que iremos abordar é o sem dúvida um dos principais meios existente de freio ao ato discricionário da administração. É unânime esse entendimento entre os doutrinadores, a exemplo vejamos as palavras de Di Pietro (2010, p.79): “Trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”. Observamos várias decisões que utilizam esses princípios como fundamento, inclusive no Supremo Tribunal Federal, é o que informa Alexandrino e Paulo (2010, p.205), e complementam com o seguinte:

Seja como for, certo é que, no âmbito do direito administrativo, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade encontram aplicação especialmente no controle de atos discricionários que impliquem restrição ou condicionamento a direitos dos administrados ou imposição de sanções administrativas. Deve ser esclarecido desde logo que se trata de controle de legalidade ou legitimidade, e não controle de mérito, vale dizer, não se avaliam conveniência e oportunidade administrativas do ato – o que não implicaria, se fosse o caso, a sua revogação -, mas sim a sua validade. Sendo o ato ofensivo aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade, será declarada sua nulidade; o ato será anulado, e não revogado.

Não encontramos o princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade de forma implícita em nossa Constituição, conforme lembra Alexandrino e Paulo (2010), são princípios conhecidos como princípios gerais de Direito, portanto são aplicados em todos os ramos da ciência jurídica. Há uma previsão expressa do princípio da razoabilidade no texto da constituição do estado de São Paulo, no artigo 111, “ A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público”.

Em nosso ordenamento jurídico existem outras previsões dos princípios em estudo, no entanto, são previsões implícitas, como exemplo temos a Lei nº

9.784/99, no artigo 2º, parágrafo único e no artigo 29, § 2º, sobre esses dois dispositivos citados a professora Di Pietro (2010, p.80), tece uma consideração quanto à existência deles na citada lei. Temos o seguinte:

Embora a Lei nº 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos meios frios da lei, mas diante do caso concreto.

O comentário acima é uma tomada inicial do assunto referente ao caráter discricionário dos atos da administração correlacionados aos princípios em estudo. Considera a professora Di Pietro (2010, p. 80), que embora certas decisões venham a ser tomadas considerando os critérios de oportunidade e conveniência, que é o espaço livre deixado pela lei ao administrador, “essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde os fatos podem apontar para o administrador a melhor solução” e caso a esta seja “manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o poder judiciário poderá corrigir a ilegalidade”.

Esse posicionamento não deve ser entendido como uma interferência no mérito administrativo é apenas uma limitação à atuação do poder discricionário, a finalidade é de conter uma possível atuação arbitrária. Assim sendo, a aplicação dos princípios, ora em estudo, no que concerne ao controle da dos atos discricionários, concluímos que seja uma soma ao princípio da legalidade. Sabiamente Alexandrino e Paulo (2010), dizem que: “o ato que fira a razoabilidade ou proporcionalidade é um ato ilegítimo (não é meramente inconveniente ou inoportuno), e deve ser anulado”. Corroboram os autores citados, que o controle da discricionariedade, considerando os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, é entendido como o controle de um ato que ultrapassou os limites da liberdade concedida em lei, tornando assim ilegal, e para “um dos meios efetivos de verificar sua ilegalidade é a aferição de razoabilidade e proporcionalidade”. Esse ponto relacionado à discricionariedade será abordada com mais detalhes no capítulo 2.

## 2. ATOS ADMINISTRATIVOS

### 2.1. Conceito e caracterização do ato administrativo

O desafio inicial no estudo do ato administrativo é definir o sentido da palavra ato administrativo, surgindo de tal expressão vários conceitos e tentativas de definir o que, na prática, realmente significa. Para entender precisamente esse conceito é necessário analisar a diferença entre ato e fato jurídico. O ato jurídico refere-se a uma ação humana que produz efeitos jurídicos dentro do mundo jurídico, tendo por fim as condutas de adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos como bem revelava o art. 81 do Código Civil de 1916 ao conceituar o ato jurídico.

Já o fato jurídico compreende todas as mudanças ocorridas no mundo jurídico, sejam decorrentes da ação humana ou de acontecimentos naturais, abrangendo assim todo acontecimento que gere um efeito determinado por uma norma ou uma ação descrita na legislação.

O autor Alexandrino e Paulo (2010) conceitua fato jurídico em sentido estrito como eventos da natureza, ou seja, acontecimentos que não decorrem diretamente de manifestação de vontade humana e dos quais resultam consequências jurídicas.

Ensina-nos Di Pietro (2010, p. 190) que, com base na distinção entre ato e fato jurídico, podemos delimitar o conceito de fato administrativo, o qual está restrito aos fatos que produzem, no campo de atuação do Direito Administrativo, efeitos conforme determinados em legislação. Inicialmente temos que o ato administrativo trata-se de uma espécie do ato jurídico que tem seu campo de aplicabilidade restrito ao mundo jurídico administrativo. Podemos conceituá-lo como, toda ação humana produzida por um indivíduo, que por exercer prerrogativas da administração pública, em nome do interesse público, faz gerar efeitos no campo do direito administrativo.

Nesse sentido, o conceito de Meirelles (2008, p.152) para o ato administrativo:

[...] ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim

imediatamente adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

No entendimento da professora Di Pietro (2010), o ato administrativo é a declaração do Estado ou de quem o representa, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e, por fim, sujeita a controle pelo Poder Judiciário.

Os conceitos dos citados mestres, Di Pietro e Meirelles, complementam-se, de modo que ao harmonizarmos chegaremos à definição de ato administrativo como sendo manifestações ou declarações oriundas de particulares no exercício de prerrogativas públicas. São exemplos de particulares no exercício de prerrogativas públicas as concessionárias ou permissionárias ou mesmo da administração pública utilizando-se de seus privilégios estatais, em observância às normas vigentes e sujeitas ao controle jurisdicional, o qual analisa dentre outros pontos a observância do ato ao interesse público.

## **2.2. Elementos do ato administrativo ou requisitos de validade**

Não há na doutrina unanimidade quanto a esse assunto, tanto no aspecto de sua terminologia como também, quanto aos seus elementos. Dessa forma, alguns doutrinadores alteram a nomenclatura desses elementos ou simplesmente acrescentam mais termos para que melhor especificá-los. No entanto, cinco elementos estão presentes em quase todos os ensinamentos dos mestres doutrinadores, são eles: agente, objeto, forma, finalidade e o motivo.

Conforme ensina Maduar (2008, p.135), três dos elementos citados, isto é, agente, objeto e forma encontram-se em praticamente todas as listas, pois são elementos constitutivos e essenciais do ato jurídico. Adotaremos no presente estudo a seguinte nomenclatura e enumeração: agente público competente, objeto, forma, finalidade e motivo, que serão abordados abaixo.

### **2.2.1. Agente público competente**

Todo ato administrativo emana de um agente que atua em virtude da sua condição, a qual é predefinida em lei e executada em função do interesse público.

Dentre os diversos conceitos, vejamos o conceito formulado por Madauar (2008, p. 135):

Agente competente significa o representante do poder público a quem o texto legal confere atribuições que o habilitam a editar determinados atos administrativos. No direito público, as atribuições de cada órgão ou autoridade recebem o nome de competência.

Já nas palavras da professora Di Pietro (2010, p.203), esse conceito é bem objetivo, segundo a autora, o elemento em questão se conceitua como: “Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”. No entanto segue o seu trabalho trazendo mais conceitos que permitem uma maior compreensão desse elemento. Apresenta, Di Pietro (2010, p. 203), inicialmente o conceito de sujeito, em seguida, recorre aos estudos do direito civil, no qual encontramos a determinação de que todo sujeito deve possuir capacidade, ou seja, “tem que ser titular de direitos e obrigações que possa exercer, por si ou por terceiros”.

A autora ressalta que no direito administrativo deve ser levado em consideração não só a capacidade, mas também é necessário que o sujeito possua competência. Segue os estudos considerando que o ente que possui personalidade jurídica, detém direito e obrigações e em nosso direito pátrio os atos administrativos são praticados pelas pessoas públicas políticas, os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal).

Dentro de cada ente federado, existem órgãos administrativos que são responsáveis pelo desempenho das funções originárias dos entes, naturalmente essa função será desempenhada na prática pelos agentes que os constituem. A competência das pessoas jurídicas políticas no que se refere a sua distribuição, está consagradas na Constituição Federal, já em relação aos órgãos e servidores, os fundamentos de suas atribuições e competências estão elencados em legislação específica.

Assim, concluímos que o agente público competente, possui atuação definida em lei, na qual constam suas atribuições, e ainda, como bem coloca Gasparini (2008, p.63); “Agente público competente é o que recebe da lei o devido dever-poder para o desempenho de suas funções”.



### 2.2.2. Objeto

O objeto recebe também a denominação, por alguns doutrinadores, de conteúdo, esse objeto ou conteúdo, é a expressão fática do ato jurídico, ou seja, quando vem a ser anunciado certo ato administrativo, teremos os efeitos de nascimento, extinção ou transformação de um direito.

Na obra da Di Pietro (2010, p.206), encontramos o seguinte conceito:

Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato que o ato produz. Sendo o ato administrativo espécie do gênero ato jurídico, ele só existe quando produz efeito jurídico, ou seja, quando, em decorrência dele, nasce, extingue-se, transforma-se um determinado direito. Esse efeito jurídico é o objeto ou conteúdo do ato.

Para exemplificar esse elemento recorreremos aos estudos da professora Madauar (2008, p. 136), no qual pontua o seguinte:

Por exemplo: 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.

Podemos facilmente observar que os conceitos elaborados pelos doutrinadores contemplam a mesma linha de raciocínio. Identificam-no como conteúdo material do ato, é a conclusão do ato administrativo, é na verdade o efeito jurídico produzido.

Ressalta-se que o objeto deve possuir os requisitos de validade, assim como no direito privado e, portanto, deve ser lícito, possível e determinado. Segundo Di Pietro (2010, p. 206), existiria ainda, um quarto elemento, a moral, que em breves palavras, significa uma conduta julgada válida pela sociedade, passamos a citar a autora:

Como no direito privado, o objeto deve ser lícito (conforme a lei), possível (realizável no mundo dos fatos e do direito), certo (definido quanto ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar), e moral (em consonância com os padrões comuns de comportamento, aceitos como corretos, justos, éticos).

Por fim, temos que o objeto, elemento que também podemos denominar de conteúdo, tem íntima relação com o efeito jurídico imediato pretendido pelo ato. Sua estrutura, legalmente aceita, será a mesma apresentada no direito privado, deve, portanto, estar pautado na licitude, possibilidade, certeza e moralidade.

### **2.2.3. Forma**

A maioria dos doutrinadores traz como conceito de forma, a exteriorização do ato administrativo, a alteração no mundo jurídico em virtude deste. No entanto, sabemos que para o ato administrativo ser executado existe um caminho a ser percorrido. Segundo Di Pietro (2010, p.207) são duas concepções da forma como elemento do ato administrativo, a primeira é uma concepção restrita, a qual considera forma como a 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. Já a segunda e, mais ampla concepção, entende que se 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.

Uma colocação importante sobre o assunto é proposta por Madauar (2008), ao lembrar que a formação do ato jurídico de natureza privada se reveste de grande relevância, e no caso do ato administrativo, a situação não é diferente, vem a ser até mais importante, pois, seus efeitos atingem a coletividade, ou seja, o interesse público.

Em outro trecho da mesma obra, Madauar (2008, p.136) ratifica as concepções sobre o elemento forma, já conceituado anteriormente nas citações da professora Di Pietro, mas alerta a autora sobre a divergência doutrinária:

Uma das divergências no tema da forma se refere aos aspectos abrangidos pela expressão forma do ato administrativo. Para uns aí se incluem somente aspectos relativos ao ato em si, tais como data, assinatura, o ser escrito. Segundo outros, abrange também as fases preparatórias da decisão. Outro entendimento acrescenta os modos de divulgação do ato. Na verdade, forma do ato administrativo engloba tantos os modos de expressar a decisão em si quanto a comunicação e as fases preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo. Nessa linha,

alguns autores denominam formas internas os aspectos do corpo ou texto do ato em si, como assinatura, data, forma escrita; e formas externas, os aspectos exteriores ao corpo ou texto, como as medidas preparatórias, a publicação.

Temos, ainda, uma classificação dos atos administrativos, considerando o elemento forma, em formas essenciais e não essenciais, conforme afetem ou não a existência e a validade do ato. Essa distinção não é muito abordada pela doutrina, nos estudo sobre esse ponto Di Pietro (2010, p.209), coloca que essa “distinção tem sido repelida, por não existirem critérios seguros para distinguir umas e outras”, seriam esses critérios formalidades que quando ausentes, “invalidam irremediavelmente todo o procedimento e o ato final objetivado pela Administração, sem possibilidade de convalidação”.

#### **2.2.4. Finalidade**

É unânime na doutrina a conceituação na qual consagra que Finalidade é o resultado que a administração quer alcançar, é o requisito que vincula o administrador a proceder de forma a atingir o interesse público. Nesse sentido explica Gasparini (2008, p.64):

Não há ato administrativo sem um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado é nulo por desvio de finalidade (passa-se de uma finalidade de interesse público para uma finalidade de interesse privado, a exemplo do ato de desapropriação praticado para prejudicar o proprietário). É o que se chama de desvio de finalidade genérico. Ademais, não pode o agente público praticar um ato visando um fim inerente a outro, mesmo que ambos sejam de sua competência e abriguem um interesse público. O ato administrativo que inobserva essa exigência é nulo por desvio de finalidade. É o que se chama de desvio de finalidade específico.

Gasparini (2008, p.64), brilhantemente, faz considerações acerca do desvio de finalidade:

Assim, é nulo o ato de remoção de funcionário com a finalidade de puni-lo. Do mesmo modo, é nulo o ato que determinar a implantação de zona azul, cuja finalidade é ordenação do estacionamento em locais de grande afluência de veículos, com o fito de aumentar a receita. O ato de remoção não tem finalidade punitiva; e, se a punição é o que se deseja, deve-se utilizar o ato correspondente. De

maneira semelhante ocorre com o ato de instituição de zona azul, que não se presta a aumentar a receita, e, se é isso que deseja o Estado de lançar mão de medidas tributárias. Desse modo, nota-se que a finalidade responde à pergunta: para quê?

Como anteriormente explicado, a finalidade é elemento vinculado, e sua inobservância evidencia desvio de finalidade. Os administradores, ou seja, os gestores dos bens públicos, não possuem discricionariedade no que tange a sua finalidade, o qual é a fiel administração em prol do interesse público, entretanto, pode ser atribuída à discricionariedade para que seja atingido tal objetivo.

Nesse plano, Carvalho Filho (2009, p. 114) traz uma excelente percepção sobre o tema:

Já vimos anteriormente que o desrespeito ao poder público constitui abuso de poder sob a forma de desvio de finalidade. Não se pode esquecer também que conduta desse tipo ofende os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa, porque, no primeiro caso, enseja tratamento diferenciado aos administrados na mesma situação jurídica, e, no segundo, porque relega os preceitos éticos que devem nortear a Administração. Tais princípios estão expressos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Para demonstrar a vinculação dos atos administrativos quanto à finalidade que devem atingir, segundo Di Pietro (2010, p. 210):

É o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para que a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punição; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender a necessidade do serviço público, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição.

Diante dos conhecimentos expostos, torna-se diáfana a importância da finalidade como elemento do ato administrativo, que diante de sua inobservância acarretará o desvio de finalidade, também chamado de tredestinação.

Em regra, o desvio de finalidade manifesta-se pela prática de atos voltados para fins outros que não correspondem ao interesse público. Ocorre, ainda, desvio da finalidade quando a lei prevê uma finalidade específica para determinado ato e o agente a pratica com finalidade diversa. Por fim, como exemplo das ações que o Estado tem implementado para evitar esse desvio, podemos exemplificar

citando a Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), pois no art. 1º fica claro que seu foco é o caráter fiscal dos gestores públicos: “Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição”.

### **2.2.5. Motivo**

Para ser editado, todo ato administrativo deve ser motivado e, para tanto, deve possuir circunstâncias de fato e elementos de direito, os quais servem como fundamento nas ações dos agentes no que tange a criação dos atos administrativos.

Conforme ensina Di Pietro (2010) o elemento Motivo é constituído por pressupostos direitos e de fato. O primeiro pressuposto é de direito, é o dispositivo legal em que se baseia o ato, enquanto o segundo pressuposto é o de fato, o que corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

Os já citados pressupostos, que constituem o elemento Motivo, possuem relação com a Discricionariedade e a Vinculação. Assim duas são as situações em que o agente administrativo pode se encontrar. Na primeira que corresponde ao ato administrativo vinculado, temos a vinculação do agente aos preceitos da norma, os dispositivos legais estruturam os atos de forma que não pode o agente atuar de forma diferente aos ditames legais. Por outro lado, temos a atuação discricionária, que está ligada também aos preceitos legais, todavia terá nessa situação uma autorização legal, para que os agentes atuem, de forma “livre” para decidirem dentro dos limites de conveniência e oportunidade sobre méritos administrativos sem, contudo, deixar de observar os princípios administrativos.

Os estudos de Carvalho Filho (2009, p.108) se declinam sobre o tema e prelecionam o seguinte:

Se a situação de fato já está delineada na norma legal, ao agente nada mais cabe senão praticar o ato tão logo seja ela configurada. Atua ele como executor da lei em virtude do princípio legal que norteia a Administração. Caracterizar-se-á, desse modo, a produção do ato vinculado por haver estrita vinculação do agente à lei. Diversa é a hipótese quando a lei não delineia a situação fática, mas, ao contrário, transfere ao agente a verificação de sua ocorrência atendendo a critérios de caráter administrativo (conveniência e oportunidade). Nesse caso é o próprio agente que elege a situação

fática geradora da vontade, permitindo, assim, maior liberdade de atuação, embora sem afastamento dos princípios administrativos. Desvinculado o agente de qualquer situação de fato prevista na lei, sua atividade reveste-se de discricionariedade, redundando na prática de ato discricionário.

Concluimos o assunto afirmando que os agentes públicos possuem o poder-dever de emanar os atos da administração pública, e na estruturação desses atos devem agir de forma a promover o melhor para a coletividade, vale lembrar que devem considerar os limites da legalidade.

O agente deve, portanto, estar investido de competência para o ato, estruturar o ato de acordo com os mandamentos legais, ou seja, dar forma ao ato, esse ato deverá ter um conteúdo que será o efeito imediato revestido de licitude, possibilidade e ser certo.

Em outras palavras, será definido no que se refere ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar. Deve também observar o resultado a ser alcançado, pois, compete unicamente atingir o interesse público, é o que chamamos de finalidade e por fim, o ato administrativo contém pressupostos de fato e de direito que são os subsídios de sua formação, ou seja, são os pressupostos de fundamento.

É necessário que não se confundam os conceitos de motivo e de motivação do ato administrativo. A motivação é a exposição dos motivos que levaram o agente a praticar o ato administrativo. A necessidade de motivação do ato está relacionada aos Princípios da legalidade e da transparência da Administração Pública, vez que visa permitir o controle do ato administrativo pelos órgãos controladores, bem como pelo popular que conhecendo os motivos pode questionar ou mesmo denunciar a prática de atos ilegais.

A exigência de motivação não está adstrita ao universo de todos os atos administrativo, existindo ainda atos integralmente discricionários em que não há necessidade de motivação declarada, como é o caso do ato de nomeação de servidor para cargo de comissão, no qual a Administração pratica livremente sem necessidade de motivação.

### **2.3. Atributos ou requisitos do ato administrativo**

Por serem os atos administrativos manifestações de vontade oriundas da administração pública adstritas ao regime jurídico do direito público, observamos que eles revestem-se de especificidades que os tornam diferentes dos atos de direito privado. Esse entendimento é corroborado nas palavras da professora Di Pietro (2010, p. 197), que diz:

Visto que ato administrativo é espécie de ato jurídico, cumpre apresentar os atributos que o distinguem dos atos de direito privado, ou seja, as características que permitem afirmar que ele se submete a um regime jurídico administrativo ou a um regime jurídico de direito público.

O ato administrativo tem por fim atender ao interesse público, portanto, caso estivesse em idêntico patamar aos atos pautados no direito privado, diversos conflitos surgiriam, impossibilitando a Administração Pública de agir e atuar em busca do interesse público. Destarte, são conferidas ao poder público certas prerrogativas que o situam em posição de superioridade, de supremacia diante do particular, sempre em observância ao interesse público e a legalidade do ato.

Tais prerrogativas manifestam-se mediante os seguintes atributos do ato administrativo: presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade. Os atributos aqui enumerados não possuem natureza taxativa, de modo que uma parte da doutrina sustenta a existência de outros atributos, todavia nos deteremos a fazer maiores considerações aos supra referidos, consoante preleciona Di Pietro (2010).

#### **2.3.1. Presunção de legitimidade e veracidade**

O atributo da presunção de legitimidade do ato, também denominado de veracidade, implica na ideia de que o ato administrativo nasce em conformidade com as disposições legais, presunção esta que pode ser afastada posteriormente.

Por meio da qualidade de legitimidade atribuída aos atos administração, é que se presume que para todo e qualquer ato a administração sempre observará o princípio da legalidade. O atributo da presunção de legitimidade do ato, segundo Gasparini (2008), como a qualidade que exprime veracidade a todo ato, e mais,

possuem uma presunção *juris tantum* de legitimidade, fundada no princípio da legalidade. Dessa maneira, a presunção de legitimidade atribuída aos atos, é um raciocínio derivado da condição imposta à administração pública, a qual exige que um ato, para ser considerado verdadeiro e em conformidade com o Direito, tem que ser imprescindivelmente autorizado por lei.

Ainda sobre o tema apresentamos a conceituação colocada pela professora Di Pietro (2010), em seus estudos desdobra a expressão Presunção de legitimidade e veracidade. Ensina a doutrinadora que existe um conceito específico para a Presunção de Legalidade e outro para a Presunção de Veracidade, ressaltando que as duas expressões não se confundem. A presunção de legitimidade se relaciona com a conformidade do ato com a lei enquanto a presunção de veracidade liga-se aos fatos, sendo assim, quando a administração alega determinados fatos, a presunção será referente a sua existência, a certeza de que ocorreram e que são verdadeiras.

Tal qualidade adstrita a todo e qualquer ato administrativo decorre da necessidade da Administração Pública praticar seus atos com agilidade no intuito de guarnecer o interesse público, sem que para tanto precise obter do Poder Judiciário uma declaração de conformidade do ato com a lei. Caso não existisse tal atributo, sempre que a Administração praticasse um ato administrativo teria que submetê-lo a apreciação do Poder Judiciário para só então produzir efeitos e obrigar os administrados, o que certamente comprometeria o bom desempenho e a eficácia das atividades da Administração Pública, equiparando-a a um particular.

Outro aspecto importante é o que se refere aos efeitos que surgem em virtude da presunção da veracidade. De forma simples e objetiva, discorre sobre o assunto Carvalho Filho (2009, p.117):

Efeito da presunção de legitimidade é a autoexecutoriedade, que, como veremos adiante, admite seja o ato imediatamente executado. Outro efeito é o da inversão do ônus da prova, cabendo a quem alegar não ser o ato legítimo a comprovação da ilegalidade. Enquanto isso não ocorrer, contudo, o ato vai produzindo normalmente os seus efeitos e sendo considerado válido, seja no revestimento formal, seja no seu próprio conteúdo.

Diante deste atributo, mesmo que eivado o ato de vícios ou defeitos, possui validade enquanto não houver um pronunciamento da própria Administração



ou do Poder Judiciário suspendendo seus efeitos. Logo, assevera Alexandrino e Paulo (2010) que tal presunção é relativa, podendo ser afastada por decisão administrativa ou judicial por meio da utilização dos métodos aptos para tanto, tais como recursos administrativos, liminares judiciais, dentre outros instrumentos legais, desde que provado por quem aponta a existência de vício ou defeito no ato.

Os fundamentos que justificam o atributo em questão são diversos aqui serão colocados cinco que se encontram elencados na obra da professora Di Pietro (2010, p.198):

1.Procedimento e as formalidades que precedem a sua edição, os quais constituem garantia de observância de lei; 2. O fato de ser uma das formas de expressão da soberania do Estado, de modo que a autoridade que pratica o ato o faz com o consentimento de todos; 3. A necessidade de assegurar celeridade no cumprimento dos atos administrativos, já que eles têm por fim atender ao interesse público, sempre predominante sobre o particular; 4. O controle a que se sujeita o ato, quer pela própria Administração, quer pelos demais Poderes do Estado, sempre com a finalidade de garantir a legalidade; 5. A sujeição da Administração ao princípio da legalidade, o que faz presumir que todos os seus atos tenham sido praticados de conformidade com a lei, já que cabe ao poder público a sua tutela.

De forma conclusiva, vale citar as palavras da professora Di Pietro (2010), ao esclarecer que as prerrogativas de presunção de legalidade e veracidade, assim como todas as outras que são atribuídas aos órgãos públicos, são inerentes à ideia de poder como um dos elementos integrantes do conceito de Estado e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.

### **2.3.2. Imperatividade**

A imperatividade do ato administrativo, nas palavras de Carvalho Filho (2010, p.133), “significa que os atos administrativos são cogentes, obrigando a todos os que se encontrem em seu círculo de incidência.” Tal atributo, segundo Di Pietro (2010), não está adstrito a todos os atos administrativos, mas somente aqueles que criam obrigações ou impõem restrições aos administrados, sem que para tanto seja necessária a anuência dos mesmos, como ocorre com os atos normativos e

punitivos editados pela Administração Pública. Portanto, não há de se falar em imperatividade quando o ato for uma solicitação do administrado (ex: licença, autorização, permissão e admissão); ou quando se tratar de um ato enunciativo (ex: certidão, atestado e parecer).

Tal atributo consiste na imposição dos atos administrativos pelo poder público a terceiros independentemente da anuência destes. O poder público segundo Di Pietro (2010, p.200), possui a prerrogativa de impor obrigações a terceiros, por meio de atos unilaterais.

Podemos afirmar que quando poder público anuncia determinado ato, este será colocado em prática de imediato, ou seja, será executado até mesmo se não estiver condizente com a vontade de terceiro. Compartilha dessa visão o professor Gasparini (2008, p.75/76):

É a qualidade que certos atos administrativos têm para constituir situações de observância em relação aos destinatários, independentemente da respectiva concordância ou aquiescência. Destarte, sempre que o ato administrativo for dotado desse atributo, impõe-se mesmo que contrarie os interesses do destinatário.

Diante deste atributo, o Poder Público é capaz de impor sua vontade ao particular quando se tratar de interesse coletivo sem que desse obtenha anuência ou concordância com a imposição, bastando a mera edição do ato administrativo.

### **2.3.3. Autoexecutoriedade**

No ensina Di Pietro (2010), que a autoexecutoriedade, confere ao ato administrativo a possibilidade de ser executado de imediato, sem a necessidade de prévio exame por parte do Poder Judiciário, permitindo assim a Administração Pública que exerça a função administrativa com rapidez e eficiência, o que restaria comprometido caso tivesse que obter a anuência dos Tribunais toda vez que necessitasse praticar um ato administrativo.

De acordo com Meirelles (2008) a autoexecutoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial. No mesmo sentido, temos o conceito de Gasparini (2008, p.76), "A autoexecutoriedade, ou simplesmente executoriedade, é a qualidade do ato administrativo que dá ensejo à

Administração Pública de direta e imediatamente, executá-lo”. Vale lembrar que será sempre revestida com a finalidade de atingir o interesse público, no que tange a segurança, proteção etc.

Como exemplo de atos autoexecutórios, o administrativista professor Gasparini (2008, p. 77), os agrupa em duas categorias, considerando para tanto os casos previstos em lei e aqueles que são indispensáveis à imediata salvaguarda do interesse público:

Da primeira hipótese são exemplos: a apreensão de equipamento de pesca havido pela lei como proibido (art. 33 do Código de Pesca) e a reposição, incontinente, das águas públicas, bem como do seu leito e margens ocupados por particulares, no seu antigo estado (art. 58 do Código de Águas). Da segunda, são exemplos a demolição do prédio que ameaça ruir e a destruição de bem para evitar a propagação de incêndio. Vê-se, nestes últimos casos, que a autoexecutoriedade é indispensável à eficaz garantia do interesse público, sob pena de ser inútil qualquer medida posterior. São situações em que se exige a imediata ação da Administração Pública.

É fato a necessidade desse atributo, afinal a Administração Pública deve dispor de todos os meios viáveis e legais para atingir o interesse público. No entanto, nem todos os atos se revestem desse atributo serão possíveis, como bem elucida a professora Di Pietro (2010, p.200/201), em duas situações, que são:

1. Quando expressamente prevista em lei. Em matéria de contrato, por exemplo, a Administração Pública dispõe de várias medidas autoexecutórias, como a retenção da caução, a utilização dos equipamentos e instalações do contratado para dar continuidade à execução do contrato, e encampação etc.; também em matéria de polícia administrativa, a lei prevê medidas autoexecutórias, como a apreensão de mercadorias, o fechamento de casas noturnas, a cassação de licença para dirigir; 2. Quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público; isso acontece no âmbito também da polícia administrativa, podendo-se citar, como exemplo, a demolição de prédio que ameaça ruir, o internamento de pessoa com doença contagiosa, a dissolução de reunião que ponha em risco a segurança de pessoa e coisas.

Para garantir a autoexecutoriedade de seus atos pode a Administração inclusive fazer uso da força quando necessário, quando a situação exigir uma

medida tiver natureza urgente e exigir uma medida imediata e direta do Poder Público, sob a justificativa de defesa do Interesse Público.

Pode assim a Administração praticar o ato de imediato, todavia, Gasparini (2008) afirmar que não há o que se falar na possibilidade do contraditório e a ampla defesa, uma vez que o ato esteja revestido com tal atributo, será executado, sem necessidade do poder judiciário autorizar. Porém, o administrado que se achar atingido ou ameaçado em seus direitos em decorrência de determinado ato possui o direito de buscar o Judiciário para ajuizar a uma ação de reparação.

No mesmo sentido, doutrina Di Pietro .(2010, p.201):

Embora se diga que a decisão executória dispensa a Administração de ir preliminar a juízo, essa circunstância não afasta o controle judicial *a posteriori*, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo, hipótese em que poderá incidir a regra da responsabilidade objetiva do Estado por ato de seus agentes (art. 37, § 6º, da Constituição). Também é possível ao interessado pleitear, pela via administrativa ou judicial, a supressão do ato ainda não executado.

Por fim, conforme raciocínio de Bandeira de Mello (2009, p.414), todo ato imperativo é exigível, mas nem sempre executório:

Sintetizando, graças à exigibilidade, a Administração pode valer-se dos meios indiretos que induzirão o administrado a atender ao comando imperativo. Graças à executoriedade, quando esta exista, a Administração pode ir além, isto é, pode satisfazer diretamente sua pretensão jurídica, compelindo materialmente o administrado, por meios próprios e sem necessidade de ordem judicial, para proceder a esta compulsão. Quer-se dizer, pela exigibilidade pode-se induzir à obediência, pela executoriedade pode-se compelir, constranger fisicamente.

## **2.4. Classificação do ato administrativo**

A doutrina utiliza diversos critérios para fazer a classificação dos atos administrativos, todavia utilizamos somente as classificações que demonstraram ser de maior importância para o nosso trabalho.

### 2.4.1. Segundo o critério das prerrogativas

Iniciemos pela classificação segundo o critério das prerrogativas, pelo qual se dividem os atos em atos de império e atos de gestão. Quanto aos atos de império vale transcrever o conceito da saudosa Di Pietro (2010, p. 219):

[...] atos de império seriam os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade e impostos unilateral e coercitivamente ao particular independentemente de autorização judicial, sendo regidos por um direito especial exorbitante do direito comum, porque os particulares não podem praticar atos semelhantes, a não ser por delegação do poder público

Atualmente não se distingue mais os atos administrativos em atos de império e de gestão. Tal classificação, como coloca Di Pietro (2010, p.220), se substitui por: “atos administrativos, regidos pelo próprio direito público, e atos de direito privado da administração”. Complementando o assunto, Bandeira de Mello (2009, p.423) justifica o porquê dessa classificação ser ainda apresentada:

Esta velha distinção está em desuso desde o final do século passado por imprecisa, inexata e haver perdido sua função primordial (excluir responsabilidade do estado pela prática dos primeiros e admiti-la para os segundos). De acordo com a antiga concepção, só os primeiros seriam verdadeiramente atos administrativos. Tal distinção foi aqui mencionada apenas porque, às vezes, anacronicamente e – é claro – com resultados errôneos, doutrina e jurisprudência pátrias invocam-na para separar atos administrativos de atos de Direito Privado da Administração ou de suas entidades auxiliares que têm personalidade de Direito Privado.

Dentre os exemplos de atos de império podemos citar a interdição de um estabelecimento pela vigilância sanitária e a execução de uma ordem de desapropriação de uma área para construção de obra de interesse público.

Já os atos de gestão, segundo Bandeira de Mello (2009, p. 423), “são os que a administração praticava sem o uso de poderes comandantes”. Correspondem a atos em que a Administração não se reveste de seus privilégios e prerrogativas para a sua prática, praticados em observância às regras de direito privado. Verifica-se a prática de tal ato quando, por exemplo, a Administração Pública firma contrato de aluguel com um particular de imóvel a ela pertencente, vez que em tal ato há um acordo de vontades entre a Administração Pública e o particular.

### 2.4.2. Quanto aos efeitos

Quanto aos efeitos, tomaremos como norte a classificação colocada na obra da professora Di Pietro (2010), sendo assim, os atos podem ser constitutivos, declaratórios e enunciativos. Nos atos constitutivos é criada uma nova situação jurídica, que pode ser originária, ou mesmo derivada da modificação ou extinção de outra situação, gerando assim direitos e/ou obrigações para o administrado e para a Administração Pública. Os atos declaratórios limitam-se a declarar uma situação de fato ou de direito preexistente, com o fim de resguardar o direito do administrado enquanto os atos enunciativos somente atestam uma situação de fato ou de direito por meio de certidões, atestados, dentre outros.

Existe também a classificação quanto à natureza da atividade administrativa, a qual os atos administrativos podem ser de administração ativa, consultiva, controladora, verificadora e contenciosa. Em breves palavras, o professor Gasparini (2008, p79) os conceitua:

De Administração ativa são os atos que criam uma utilidade pública. Constituem, pois, relações jurídicas, a exemplo das autorizações (uso de bem público), das licenças (para construir), das nomeações (de funcionários), das permissões (de serviço público). De administração consultiva são os atos que informam, esclarecem ou sugerem providências necessárias à prática dos atos administrativos, a exemplo dos informes (sobre certa situação), pareceres (jurídicos), laudos (de avaliação, técnicos). De administração controladora são os atos que impedem ou permitem a produção dos atos de administração ativa a exemplo dos de autorização. Prestam-se para os exames de legalidade e de mérito do ato de administração ativa. De administração verificadora são os atos que apuram a existência de uma situação de fato ou de direito, a exemplo dos destinados a saber se certo servidor está ou não doente ou se um prédio é seguro ou não para a realização de uma atividade. Da administração contenciosa são os atos que decidem, no âmbito da Administração Pública, os assuntos de natureza litigiosa, a exemplo do ato de punição e do ato que defere um pedido de administrado.

Temos, ainda, a classificação quanto ao destinatário do ato, dividindo-se em atos individuais e gerais. Os individuais são direcionados a um elemento certo, isto é, na destinação é certa e determinada, Gasparini (2008, p.80) não só exemplifica como também discorre sobre o assunto:

Individuais são os que têm destinatários certos, determinados, a exemplo do ato que delega para o subordinado atribuições do superior ou do que outorga uma permissão de uso de público. Nesses atos são explicitados (nominados) os destinatários. Sabe-se, portanto, a quem se destinam. O ato individual pode ser singular e plural. É singular se o destinatário nominado é um só, a exemplo do ato de nomeação de titular de cargo público. É plural se os destinatários nominados são vários, a exemplo do ato de classificação dos aprovados em concurso público.

Todavia, os atos gerais, segundo Di Pietro (2010, p.223) são os que possuem como escopo pessoas que se apresentam em situações iguais, como, por exemplo, regulamentos, portarias, resoluções, circulares, instruções e regimentos.

### **2.4.3. Quanto ao grau de liberdade da administração**

Por último, e de grande importância para o presente estudo, passaremos a discorrer sobre a classificação quanto ao grau de liberdade da administração pública para decidir. Essa classificação se refere ao grau de liberdade que a administração possui no que tange a sua margem de escolha. São dois os tipos de atos: vinculados e discricionários.

Os atos vinculados são pré-formatados na legislação, sendo assim, a administração não possui nenhuma liberdade quanto às exigências já fixadas em lei, cabendo apenas sua execução conforme determinação. Compartilhamos aqui o mesmo pensamento do Bandeira de Mello (2009), que traz em sua obra o seguinte conceito: “os que a administração pratica sem margem alguma de liberdade para decidir-se, pois a lei previamente tipificou o único possível comportamento diante de hipótese prefigurada em termos objetivos”.

Já os atos discricionários, transmitem a administração pública uma liberdade, que é limitada pelo princípio da legalidade e os princípios que regem a administração pública, tal liberdade leva em consideração os critérios de oportunidade e conveniência. Um conceito que abrange os diversos pontos levados em consideração pelos grandes doutrinadores, é encontrado na obra de Alexandrino e Paulo (2010, p.415), a referida obra condensa os diversos conceitos no seguinte:

Atos discricionários são aqueles que a administração pode praticar com certa liberdade de escolha, nos limites da lei, quanto ao seu

conteúdo, seu modo de realização, sua oportunidade sua conveniência administrativa.

Temos nessa classificação o ponto de maior relevância no presente estudo, pois é nele que encontramos os maiores questionamentos. A divergência se instaura diante da tentativa de delimitação da atuação do Judiciário no controle dos atos da Administração Pública.

A problemática é quanto ao limite da atuação do judiciário em face dos atos discricionários, considera-se de que o judiciário não poderia analisar os atos discricionários uma vez que estes são fundados no mérito administrativo, e este é um espaço que o legislador reserva à Administração Pública. O professor Meirelles (2008, p.157-158) traz as seguintes considerações sobre o mérito administrativo:

O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas poderá ser assinalada sua presença toda vez que a Administração decidir ou atuar valorando internamente as consequências ou vantagens do ato. O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

A doutrina, no entanto, defende a atuação do judiciário no que tange ao mérito no momento em que o administrador ultrapassa o limite discricionário estabelecido em lei. Dessa forma, cabe então a intervenção do judiciário na busca da proteção à legalidade, entendimento compartilhado com Di Pietro (2010, p. 217):

A rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

Sobre a problemática relacionada ao limite do controle do mérito administrativo, a nossa jurisprudência vem se posicionando consoante ao entendimento citado acima. Atualmente vivenciamos uma ampliação da forma de controle, os acordão contemplam cada vez mais os princípios do direito administrativo no combate a arbitrariedades encobertas pelo véu do mérito administrativo.



## 2.5. Invalidação (anulação) e revogação do ato administrativo

São diversas as formas extintivas de um ato administrativo, como, exemplo, o cumprimento de seus efeitos, e desaparecimento do sujeito ou do seu objeto. De acordo com Mello (2009), apresentaremos apenas duas formas, por serem as mais comuns e mais importantes.

Segundo preleciona Di Pietro (2010), ato administrativo diante do atributo da presunção de legitimidade terá sua aplicabilidade e eficácia imediata a sua publicação, mesmo que eivado de vícios, até o momento em que o seu desfazimento ocorrer formalmente, seja pelo reconhecimento de vícios ou defeitos em sua formação, ou por ter deixado de ser oportuno e conveniente para a administração.

A primeira hipótese mencionada de desfazimento do ato administrativo consiste na anulação, decorrente de um controle de legalidade mediante a aferição da existência de vícios na sua elaboração. Tanto o ato vinculado quanto o ato discricionário, coloca Alexandrino e Paulo (2010), podem ser anulados desde que tenha defeito de validade, caso em que retroagem seus efeitos ao momento em que foram praticados, não gerando direitos ou obrigações para as partes envolvidas, mas somente resguardados os efeitos já produzidos perante os terceiros de boa-fé.

A anulação pode ser feita pela própria Administração de ofício ou mediante provocação e pelo Poder Judiciário quando provocado. A revogação está adstrita a um controle de mérito em que se verifica a manutenção da oportunidade e conveniência que levou o administrador a praticar o ato, e que, por esta razão, é hipótese de desfazimento do ato exclusivo da própria Administração Pública. Nela os direitos e efeitos já produzidos decorrentes do ato revogado são mantidos. Interessante ressaltar que, segundo Alexandrino e Paulo (2010), alguns atos administrativos em decorrência da sua própria natureza ou dos efeitos já produzidos não são passíveis de revogação, como é o caso dos atos consumados que já exauriram seus efeitos, ou mesmo dos atos vinculados que não possuem qualquer margem de discricionariedade.

## 2.6. Mérito do ato administrativo

Como mencionado anteriormente, os atos administrativos dividem-se em atos vinculados e discricionários. Temos nas lições de Alexandrino (2010) que os atos vinculados se caracterizam por terem todos os seus requisitos e condições estabelecidos em lei, sem que tenha o administrador margem de discricionariedade para apreciar a conveniência e oportunidade da prática do mesmo. A exemplo do que ocorre no ato de concessão da licença paternidade na qual o administrador não possui outra saída a não ser concedê-la quando o servidor preenche as condições legais necessárias para sua concessão.

Os atos discricionários, por sua vez, conferem ao administrador certa liberdade que lhe permite decidir acerca de determinadas condições e elementos do ato dentro dos limites estabelecidos pela lei. Sobre esse assunto entendo o professor Juarez (2009, p. 370), que:

A discricionariedade administrativa legítima como a competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes e consistentes de conveniência ou oportunidade (com razões juridicamente aceitáveis), respeitando os requisitos formais e substanciais para a efetividade do direito fundamental à boa administração pública.

O administrador valora a oportunidade a conveniência para a prática, sempre observando os limites conferidos pela lei, sob pena de sair da esfera da discricionariedade e adentrar na da arbitrariedade, hipótese denominada por Juarez (2009), de “vício da discricionariedade excessiva ou abusiva (arbitrariedade por ação)”. Dessa forma, no ato administrativo discricionário, o administrador tem a faculdade de decidir a respeito do mérito do ato mediante a análise da conveniência e oportunidade da sua prática por meio da escolha do objeto e valoração dos motivos. Portanto, o mérito do ato administrativo está adstrito somente a dois de seus elementos (objeto e motivo), enquanto os elementos competência, forma e finalidade estarem sempre vinculados às disposições da lei.

Os elementos discricionários, isto é, objeto e motivo, compõem a essência do mérito do ato administrativo, o qual é valorado segundo a oportunidade e conveniência de sua prática. Nesse contexto vale citar a importante colocação da autora Di Pietro (2010), ao afirmar que os atos vinculados devem ser analisados

considerando seu aspecto legal, ou seja, observando os ditames da lei, e os atos discricionários devem ser analisados conforme a legalidade e o mérito. O primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.

O mérito administrativo somente pode ser valorado pelo próprio administrador o qual é conhecedor das diversas circunstâncias e situações que surgem diante de determinado ato administrativo, cabendo somente a ele decidir acerca da oportunidade e conveniência, não sendo possível o Poder Judiciário interferir na decisão quanto ao mérito administrativo. Daí surgir a problemática do controle que exerce o Poder Judiciário sobre os atos administrativos ao ser provocado pelo administrado que aponta vícios ou defeitos na sua prática. Deve o Judiciário mesmo diante de seu dever de analisar a existência de vícios ou defeitos contaminadores do ato, respeitar a discricionariedade do administrador, e omitir-se de substituir o juízo de valor feito pelo administrador quanto ao mérito administrativo, podendo tão somente aferir a legalidade dos atos.

O entendimento acima mencionado é defendido por vários outros doutrinadores, inclusive Di Pietro (2010, p.217):

(...) discricionariedade um poder delimitado previamente pelo legislador; este, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para livre decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção; qualquer delas será legal. Daí porque não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de cada caso concreto.

## **2.7. Discricionariedade administrativa**

Iniciamos o estudo do tema colocando como referência o conceito de discricionariedade formulado pelo nobre professor Mello (2010, p.48), sintetizando todos os elementos que constituem a atuação discricionária da Administração Pública:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes da razoabilidade, um, entre 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.

Na mesma linha de raciocínio, encontramos o estudo de Carvalho Filho (2009, p.47) segundo o jurista, “Poder discricionário, portanto, é prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público”.

A discricionariedade administrativa confere a administração certa esfera de liberdade, para que diante de um caso concreto, venha a satisfazer os ditames legais e com isso atinja o interesse público. Não é livre a escolha do agente administrativo, não é colocado a ele o poder de optar livremente, deve, portanto, se sujeitar indispensavelmente a lei, essa liberdade não significa uma eleição subjetiva do agente, pois se assim agir, o ato será considerado arbitrário.

Nas lições de Gasparini (2008) os atos discricionários devem ser praticados segundo o que preleciona a lei, assim colocado caberá a administração escolher uma entre as opções existentes, sua escolha será feita em análise dos critérios de conveniência e oportunidade (mérito). Esclarecendo, ainda, que há conveniência sempre que o ato interessa, convém ou satisfaz ao interesse público, isto é, quando o ato é praticado no momento adequado à satisfação do interesse público.

Com domínio sobre o tema, citamos a definição de discricionariedade do professor Bandeira de Mello (2009, p.426):

Discricionariedade é liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal, e pode ser definida como: “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

O ilustre professor Carvalho Filho (2009, p. 47-48), declara que a doutrina moderna, de forma única, tem reconhecido a limitação ao poder discricionário,

assegurando um maior controle do judiciário sobre os atos oriundos da administração e que dois são os fatores que contribuem para tal limitação:

Um dos fatores exigidos para a legalidade do exercício desse poder consiste na adequação da conduta escolhida pelo agente à finalidade que a lei expressa. Se a conduta eleita destoa da finalidade da norma, é ela ilegítima e deve merecer o devido controle judicial. Outro fator é o da verificação dos motivos inspiradores da conduta. Se o agente não permite o exame dos fundamentos de fato ou de direito que mobilizaram sua decisão em certas situações em que seja necessária a sua averiguação, haverá, no mínimo, a fundada suspeita de má utilização do poder discricionário e de desvio de finalidade.

Sobre esse tema Bandeira de Mello (2010, p.13), leciona que a atuação discricionária não se furta a observar os ditames legais, passamos a cita-lo:

5.(...) – todo desempenho administrativo (e assim também o chamado “poder” discricionário) só pode existir como um poder “intra” legal e estritamente dependente de lei, estritamente subordinado à lei. Por isto – já se vê – o “poder” discricionário jamais poderia resultar da ausência de lei que dispusesse sobre dado assunto, mas tão somente poderá irromper como fruto de um certo modo pelo qual a lei o haja regulado, porquanto não se admiti atuação administrativa que não esteja previamente autorizada em lei. Comportamento administrativo a cerca de tal supedâneo (ou que contrarie a lei existente) seria pura e simplesmente arbítrio, isto é, abuso intolerável, pois discricionariedade e arbitrariedade são noções radicalmente distintas.

Temos, portanto, que o “Poder Discricionário”, nunca deve ser colocado como uma atividade puramente subjetiva, sendo assim, em hipótese alguma a palavra discricionariedade terá o mesmo significado de subjetividade, isso quando se tratar de Administração Pública. Portanto, os critérios de oportunidade e conveniência, que por sua vez compõem o mérito administrativo, quando considerados para tomar qualquer decisão devem estar pautados no princípio da legalidade e nos demais princípios que regem a Administração Pública. O administrador apenas irá decidir qual das opções é a melhor para a satisfação do Interesse Público, as decisões tomadas sem essa observação, serão eivadas de arbitrariedade, a qual não é tolerável.

### 3. O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DISCRICIONÁRIOS

O controle dos atos da administração na doutrina contemporânea e também em nossas atuais jurisprudências, não há que se falar em divergência, quando o assunto se refere à atuação do judiciário no controle da legalidade dos atos administrativos, portanto esse ponto encontra-se pacificado. No entanto, quando se fala em limite da ação do judiciário no controle dos atos administrativos, encontramos um campo de batalha, no qual figura as seguintes questões: O limite do controle judicial é a legalidade do ato? Pode o judiciário realizar o controle dos atos administrativos no que se refere ao mérito, quando a administração não observar os princípios constitucionais? Estes questionamentos serão abordados neste capítulo, pois é o objeto desta pesquisa.

Atualmente considera-se que o controle da administração ultrapassa o simples controle da legalidade, uma vez que considera os princípios basilares da administração, cuja existência é fundamental para a garantia dos direitos individuais e coletivos, conseqüentemente, fortalecedores do Estado democrático de Direito e limitadores das atividades do poder público no que tange a arbitrariedade.

A doutrina há muito tempo se divide quanto ao referido assunto, parte defende um total controle jurisdicional, tomando como fundamento não só o princípio da inafastabilidade da jurisdição exercida pelo judiciário (art. 5º XXXV, CF/88), denominada de sistema de jurisdição una, como também a sujeição da administração aos princípios constitucionais. Estes são considerados em sentido amplo, contemplamos dessa forma todos os princípios constantes em nosso cenário jurídico, como bem coloca a professora Marinela (2011. p. 277):

No atual cenário do ordenamento jurídico, reconhece-se a possibilidade de análise pelo Judiciário dos atos administrativos que não obedeçam à lei, bem como daqueles que ofendam princípios constitucionais, tais como: a moralidade, a eficiência, a razoabilidade, a proporcionalidade, além de outros. Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, por vias tortas, atingir a conveniência e a oportunidade do ato administrativo discricionário, mas tão somente quando essas forem incompatíveis com o ordenamento vigente, portanto, quando for ilegal.

Do outro lado encontramos administrativistas que defendem a atuação do controle por parte do poder judiciário, apenas no que se refere à legalidade. Assim

colocado, temos que o judiciário não pode de forma alguma conter os atos denominados de discricionários, uma vez que esses atos, dizem respeito ao mérito administrativo, que possui critérios subjetivos que a administração pondere conforme a oportunidade e conveniência.

Apresentam também considerações quanto aos elementos do ato discricionário, dizendo que existem os elementos competência, finalidade e forma, que sempre são vinculados, e o motivo e objeto, esses com total liberdade de escolha pela administração os quais não são passíveis de controle jurisdicional. Com isso, conclui-se que se o judiciário vier a interferir, estará ultrapassando seu limite e adentraria em pontos que somente a administração tem condições de avaliar, por se tratar de questões técnicas e práticas inerentes à administração. Compartilham esse raciocínio Gasparini e Meirelles, no mesmo sentido afirma Meirelles (2008, p.158):

Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.

Dessa forma, corroborando lições de Di Pietro (2010), os elementos motivo e objeto, que são elementos discricionários do ato administrativo poderão ser apreciados pelo órgão jurisdicional em face dos princípios gerais do direito, quando apresentarem vícios, ou seja, estiverem notadamente eivados de conteúdo de injustiça, inconveniência e inoportunidade, diante dessa colocação entende-se que os direitos individuais e coletivos protegidos pelo ordenamento jurídico serão feridos caso ocorra desrespeito aos princípios que norteiam a administração pública.

### **3.1. Alcance e limites do controle jurisdicional**

Iniciaremos nosso estudo apresentado o posicionamento da ilustre professora Madauar (2008, p.394), em seu trabalho a doutrinadora explica que essa questão referente ao alcance da atuação do judiciário é de grande relevância para o assunto controle jurisdicional, e por conta dessa relevância surgem dois posicionamentos, um primeiro que é favorável ao controle restrito, e outro procura ampliar a atuação do controle do judiciário, portanto, um controle amplo:

Sobre primeiro, controle restrito, contemplaremos os ensinamentos da Madauar (2008, p.394), a doutrinadora informa que esse primeiro posicionamento se fundamenta no seguinte argumento: “impossibilidade de ingerência do judiciário em atividades típicas do Executivo, ante o princípio da separação de poderes, daí o âmbito do judiciário ser a legalidade em sentido estrito”. Sendo assim o controle do ato administrativo pelo Judiciário ficaria limitado a apreciar apenas matérias que se referem à competência, forma e licitude do objeto. De forma contrária encontramos o segundo posicionamento, o qual sugere o controle amplo, tem como fundamento o princípio da separação dos poderes, considerando que “o poder detém o poder; cabendo ao Judiciário a jurisdição e, portanto, o controle jurisdicional da Administração, sem que possa cogitar de ingerência indevida”.

O controle jurisdicional vem sendo muito difundido, é na verdade uma tendência, de fácil observação nos acórdãos dos nossos Tribunais. De acordo com Madauar (2008, p.395), essa tendência se acentua a partir da Constituição de 1988. Segundo preleciona, o texto constitucional “está impregnado de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público”. Em decorrência desse alargamento do controle jurisdicional surgem mais parâmetros de atuação, até mesmo no controle dos atos discricionários da administração.

Concluimos portando que não paira dúvidas quanto o alcance do controle do judiciário quando o agente atua em desobediência ao princípio da legalidade. Ressalta-nos os olhos é a atual posição dos tribunais, pois é imperiosa a tendência de ampliação das possibilidades do controle dos atos.

Passamos a citar dois exemplos de julgados possuidores dessa tendência, o primeiro é um recurso em mandado de segurança do STF, tem como relator Min. Eros Grau e o segundo um recurso especial julgado no STJ, tem como relatora a Min. LAURITA VAZ:

RMS 24699 / DF - DISTRITO FEDERAL - RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 30/11/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma 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 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.

RECURSO ESPECIAL Nº 764.249 - DF (2005/0109787-9)  
 RELATORA: MINISTRA LAURITA VAZ - RECORRENTE: UNIÃO  
 RECORRIDO: VALÉRIA MORAIS DE OLIVEIRA GRAÇA -  
 ADVOGADO: REGINALDO BACCI ACUNHA E OUTRO(S)  
 ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DEMISSÃO. PRINCÍPIO  
 DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. VERIFICAÇÃO DA  
 CORRESPONDÊNCIA ENTRE A PENA APLICADA E A CONDUTA  
 PRATICADA. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO.  
 PRECEDENTES DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL  
 FEDERAL. CONDUTA DESIDIOSA. CARACTERIZAÇÃO.  
 REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR  
 TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1. Ao Judiciário, nos termos da  
 jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, cabe anular a  
 demissão imposta ao servidor, fundamentado no fato de não haver  
 a necessária proporcionalidade entre o fato apurado e a pena  
 aplicada, sendo certo que sua atuação deve ser pautada pelo  
 princípio da proporcionalidade que rege o controle judicial do  
 ato administrativo. Precedentes. 2. A pretendida inversão do  
 julgado implicaria, necessariamente, o reexame dos fatos e  
 provas carreadas aos autos, o que não se coaduna com a via  
 eleita, consoante o enunciado da Súmula n.º 07 do Superior  
 Tribunal de Justiça. 3. Recurso especial não conhecido

Pois bem, como já foi apresentado acima é fato a crescente atuação do Poder Judiciário frente aos atos administrativos considerando para isso os princípios que regem toda a Administração Pública e em virtude dessa ampliação do controle jurisdicional cresce a necessidade de verificar qual o limite da atuação do judiciário frente aos atos administrativos. Iniciamos citando o posicionamento de Madauar (2008, p.395), quanto à ampliação do controle jurisdicional. Diz a autora:

Hoje, no ordenamento pátrio, sem dúvida, a legalidade assenta em bases mais amplas e, por conseguinte, há respaldo constitucional para um controle jurisdicional mais amplo sobre a atividade da Administração, como coroamento de uma evolução já verificada na doutrina e jurisprudência antes de outubro de 1988.

No que se refere ao controle dos atos administrativos que vierem a contrariar o princípio da legalidade, não resta dúvidas da possibilidade de controle, e consequentemente seus limites são facilmente encontrados. O problema vem a surgir quando se fala em ilegalidade surgida por inobservância dos princípios norteadores do regime jurídico da Administração Pública, encontramos aqui a atuação do judiciário utilizando não apenas os mandamentos constitucionais, como também princípios mais específicos da administração. Nas palavras da professora Di Pietro (2010, p.219), nessa tendência de ampliação do alcance da apreciação do Poder Judiciário é determinar limites para a discricionariedade e impedir a arbitrariedade do poder público, as ações dos agentes com interesses particulares, sob o pretexto de agir discricionariamente.

Cabe aqui citarmos mais um trecho das lições da Di Pietro (2009, p.748), neste ela demonstra a ampliação do controle pelo judiciário, vejamos:

O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade. Quanto aos atos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito. Não há invasão de mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

Podemos concluir que diante das colocações dos autores acima citados que a tendência para a ampliação do controle jurisdicional esta em ascensão, no entanto, muitas são as divergências quanto ao limite de atuação, principalmente quando se refere aos atos discricionários. Mais como colocado pela Di Pietro (2010) em citações anteriores, o que se busca é uma maior flexibilização quanto a extensão da atuação jurisdicional para que possa evitar eventuais ilegalidades administrativas que se camuflam nos atos respaldados pelo mérito administrativo.

### 3.2. O controle jurisdicional e o mérito administrativo

Quando a Administração Pública utiliza a expressão mérito administrativo está precisamente falando em discricionariedade de seus atos. Por consequência, envolve os elementos motivo e objeto, os quais são apreciados pela Administração Pública evidenciando os critérios de oportunidade e conveniência, aquela se correlaciona com o motivo, e esta com o objeto. Seria a margem de livre escolha por parte da administração, a qual é inerente ao seu poder discricionário, se servindo para atender o interesse público, conforme Madauar (2008, p. 148):

A margem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao aspecto de mérito do ato administrativo. Tal aspecto expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.

Um grande questionamento referente ao mérito do ato administrativo é o alcance do controle desses atos pelo judiciário, ou seja, o limite da atuação do controle jurisdicional referente à margem de escolha da administração. Sobre essa questão a doutrina clássica entende que não cabe ao judiciário a análise do mérito administrativo, tendo em vista que só a Administração Pública possui conhecimento técnico e prático para avaliar os critérios de oportunidade e conveniência. Utiliza-se também como fundamento desse posicionamento o Princípio da Separação dos Poderes, o qual consagra a não interferência de um poder no outro.

Na obra do professor Carvalho Filho (2009, p.120), encontramos a seguinte colocação: “O judiciário, entretanto, não pode imiscuir-se nessa apreciação, sendo-lhe vedado exercer controle judicial sobre o mérito administrativo”. Na mesma obra o autor coloca que o juiz deve ficar restrito à análise quanto à legalidade e discorre o seguinte: “[...] não lhe pode permitir que proceda a um tipo de avaliação, peculiar à função administrativa e que, na verdade, decorre da própria lei”.

Os professores Alexandrino e Paulo (2010, p.450-451) estes defendem a colocação clássica de que o mérito administrativo não pode ser apreciado pelo judiciário, ficando resguardada a este apenas a “aferição judicial da legalidade ou legitimidade”. Em suma os referidos autores asseveram o seguinte:

A lei confere poder ao administrador para decidir sobre a oportunidade e a conveniência da prática de um ato administrativo: é ao administrador que se apresentam, cotidianamente, as diversas situações concretas pertinentes às relações entre a administração pública e os administrados; é ele quem conhece profundamente os aspectos técnicos e práticos da atividade administrativa, quem está próximo dos fatos a serem avaliados; em suma, é o administrador quem tem melhores condições de aferir se atende ao interesse público (se é conveniente) praticar determinado ato e o momento (oportunidade) em que a prática do ato mais bem satisfaz ao interesse público.

A doutrina moderna se posiciona contrariamente à clássica, pois defende o controle do judiciário sobre o mérito administrativo que se encontra em desobediência à lei e aos princípios constantes no ordenamento pátrio. O mérito do ato administrativo não deve ser entendido, como bem coloca o professor Bandeira de Mello (2010), “[...] mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei”.

Portanto, a doutrina atual procura deixar claro que o controle jurisdicional terá abrangência ao mérito do ato administrativo quando este for praticado em desacordo com a lei e os princípios constitucionais, atingindo assim, negativamente o administrado. Será defeso ao administrado prejudicado, recorrer ao judiciário no intuito de conter a atuação negativa da Administração Pública. O professor Bandeira de Mello (2010, p.82) traz em sua obra os seguintes atos em que a administração extrapola o seu “mérito”, são eles:

(a) contaminados por intuítos pessoais – pois a lei está a serviço da coletividade e não do agente; (b) correspondentes a outra regra de competência distinta da exercitada – pois a lei não são indiferentes os meios utilizados; (c) que revelam opção desarrazoada; os que exprimem medidas incoerentes: 1. com os fatos sobre os quais o agente deveria exercitar seu juízo; 2. Com as premissas que o ato deu por estabelecidas; 3. Com decisões tomadas em casos idênticos, contemporâneos ou sucessivos – pois a lei não sufraga ilogismos, nem perseguições, favoritismos, discriminações gratuitas à face da lei, nem soluções aleatórias; (e) que incidem em desproporcionalidade do ato em relação aos fatos – pois a lei não endossa medidas que excedam ao necessário para atingimento do seu fim.

Diante dos estudos acima apresentados, observamos que o fundamento do controle jurisdicional possui os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, cuja fundamentação é essencial nesse controle.

Em defesa da possibilidade de atuação do controle pelo judiciário dos atos administrativos discricionários, considerando os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade, tomemos como apoio as palavras de Cadermatori (2007, p 118-119):

[...] no âmbito do Direito Administrativo, o papel dos princípios que lhe sejam próprios, é ainda mais determinante do que o papel dos princípios constitucionais ou gerais no Direito Civil. De outra parte, se for aceita a idéia de que, ao contrário do Direito Civil, os princípios implícitos assumem importância fundamental na esfera de atuação do Direito administrativo, deve-se precisar melhor algumas destas normas, que se revelam decisivas e cada vez mais utilizadas como instrumentos de controle jurisdicional da atividade discricionária estatal. São estes, fundamentalmente, os princípios constitucionais implícitos da razoabilidade e proporcionalidade.

Diante da inegável aceitação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, como fundamentação do controle dos atos administrativos, que de alguma forma se apresenta contrários a estes, tomemos o conceito de controle da administração pública, segundo Di Pietro (2010, p.729):

Pode-se definir o controle da Administração Pública como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

O professor Cademartori (2007, p.129), dedica um capítulo de sua obra a apresentação do controle jurisdicional em nossa atualidade. Dedicar-se inicialmente a demonstrar a tendência de utilização dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade no controle dos atos no âmbito jurisprudencial brasileiro. Logo no primeiro parágrafo preleciona que “é crescente a aceitação no Brasil de que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade devem ser usados pelo julgador sempre que se deparar com atos discricionários”.

Seguindo o estabelecido acima, corrobora o professor Bandeira de Mello (2010, p.96), a cerca dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade:

A razoabilidade – que, aliás, postula a proporcionalidade – a lealdade e boa fé, tanto como o respeito ao princípio da isonomia, são princípios gerais do direito que também concorrem para conter a

discricionariedade dentro de seus reais limites, assujeitando os atos administrativos a parâmetros de obediência inadversável.

Não há que se falar em dúvidas quanto à existência implícita do princípio da proporcionalidade, esse entendimento é demonstrado nas lições de Cademartori (2007), cita o autor o entendimento advindo do Grupo de Estudo da Justiça Federal de primeira Instância de Curitiba/PR, segundo os estudos deste grupo o princípio da proporcionalidade deriva, por sua vez, da Constituição. Complementam, exemplificando com “os mandamentos constitucionais que estabelecem que o exercício de poder está submetido a medidas que visam a proteger o cidadão contra o abuso de direito, ou seja, em função das próprias garantias constitucionais”. É o casos dos incisos do artigo 5º, XXXIV, direito de petição; LXVIII, habeas corpus; e LXIX, Mandado de Segurança.

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade no que se refere mais especificamente ao Direito administrativo, é encontrado no artigo 37, XXI, Constituição Federal/88, vem contido, digamos, quase textualmente no trecho da norma que determina que somente serão feitas “exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Procura-se evitar a imposição de critérios que possam favorecer determinados licitantes que diante dos demais somente eles atendam as exigências.

Temos, portanto, diante dos estudos apresentados que a aplicação da teoria da proporcionalidade e razoabilidade não visa interferir no mérito administrativo, sua pretensão é estabelecer um limite a atuação discricionária, de forma a combater, ou seja, impedir a atuação arbitrária dos agentes da administração pública.

A importância dos princípios constantes no ordenamento jurídico frente ao controle dos atos da Administração Pública fica demonstrada nas lições de Bandeira de Mello (2009, p. 949), segundo este autor a violação a um princípio tem maior peso que a desatenção a qualquer outra norma. Ignorar um princípio é nas palavras do autor, “ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade”. Para o autor essa desatenção aos princípios é uma “insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais”.

### 3.3. Posicionamentos favoráveis ao controle

Segundo o posicionamento do professor Bandeira de Mello (2009), convém controle dos atos discricionários, considerando para isso a não observação da administração no momento da análise da oportunidade e conveniência, aos pressupostos da lei, ou a Constituição Federal ou os princípios nela existentes, então se assim estiver será um ato ilegal. Bandeira de Mello (2009, p.953-954) demonstra a aplicação do princípio da razoabilidade, em face da discricionariedade administrativa:

Para ter-se como liso o ato não basta que o agente alegue que operou no exercício de discricção, isto é, dentro do campo de alternativas que a lei lhe abria. O juiz poderá, a instâncias da parte e em face da argumentação por ela desenvolvida, verificar, em exame de razoabilidade, se o comportamento administrativamente adotado, inobstante contido dentro das possibilidades em abstrato abertas pela lei, revelou-se, in concreto, respeitoso das circunstâncias do caso e deferente para com a finalidade da norma aplicada. Em consequência desta avaliação tomada com apoio em regra outorgadora de discricção, que, naquele caso específico submetido a seu crivo, à toda evidência a providência tomada era cabível, dadas as circunstâncias presentes e a finalidade que animava a lei invocada. Ou seja, mero fato da lei, em tese, comportar o comportamento profligando em juízo não seria razão bastante para assegurar-lhe legitimidade e imunizá-lo da censura judicial.(...) não se suponha que haveria nisto invasão do chamado “mérito” do ato, ou seja, do legítimo juízo que o administrador, nos casos de discricção, deve exercer sobre a conveniência ou oportunidade de certa medida.

É necessário lembrar que esse posicionamento não coloca o judiciário como elemento substitutivo do agente da administração no que se refere ao mérito, como bem assevera o autor na citação acima. Reconhecemos, portanto, a função que a administração Pública possui de decidir no caso concreto através da conveniência e oportunidade o que é melhor para a coletividade, ou seja, a satisfação do interesse público. A análise do Poder Judiciário será quanto à legalidade do ato, uma vez que a possibilidade é no caso em que o administrador público ultrapassou a liberdade que a lei tinha lhe atribuído. Sendo assim, o ato deve ser invalidado. Contribui nesse sentido Bandeira de Mello (2009, p. 981), invocando para tanto dois princípios constitucionais, diz o autor:

Todo este procedimento é não apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas, sobretudo, um dever indeclinável, porque corresponde exata e até literalmente à dicção do Direito no caso concreto. É o meio específico e próprio de identificar os confins da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade, noção cardeal no Estado de Direito. Ademais, representa a expressão concreta de dois outros princípios magnos: o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de ato fundado precedentemente em lei e o de que nenhuma lesão de direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

Na sequência, o referido autor, assevera quanto a não interferência do Judiciário no âmbito do mérito da administração, preocupa-se em esclarecer que a atuação do Judiciário não tem o propósito de suprimir a discricionariedade administrativa. Conforme a citação de Bandeira de Mello (2009, p.982):

Este proceder do judiciário não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significações afetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombradamente das vias mencionadas. O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão de funções que se poria às testilhas com o próprio princípio da independência dos Poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.

Procurando demonstrar o posicionamento dos tribunais brasileiros sobre o referido assunto recorreremos às jurisprudências que evidenciam a fundamentação de suas decisões nos Princípios Constitucionais.

Temos, inicialmente, a ementa de um julgado do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a qual envolve licitação para a contratação de serviços de advocacia pelo município de Bento Gonçalves – RS:

ACÓRDÃO Nº 70021811302 DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, 2ª CÂMARA CÍVEL, 12 DE MARÇO DE 2008. APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. REALIZAÇÃO DE LICITAÇÃO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADVOCACIA OBJETIVANDO RECUPERAÇÃO DE CRÉDITOS PERTINENTES AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DEVIDOS EM DECORRÊNCIA



DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. HABILITAÇÃO NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. QUALIFICAÇÃO TÉCNICA. CLÁUSULA CONTENDO EXIGÊNCIA ABUSIVA. ILICITUDE CARACTERIZADA.

Ao longo do Século XX, superou-se a vetusta ideia de que os atos discricionários da Administração Pública estariam à margem do controle judicial, como reflexo, inclusive, da passagem ao contemporâneo Estado Democrático de Direito. A Administração Pública submete-se não apenas à lei, mas ao Direito como um todo (regra essa doutrinária no Direito Administrativo moderno e positivada no art. 2º, parágrafo único, I, da Lei nº 9.784/99), podendo o Poder Judiciário sindicat todos os aspectos jurisdicionados do assim chamado 'mérito' do ato administrativo. O provimento judicial que atende tal direito não ofende o princípio da independência e harmonia dos Poderes (art. 2º da CF/88). Princípio da universalidade da jurisdição ou da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Carta Magna). O Poder Público não está acima do controle jurisdicional. Precedentes do STJ e deste TJRS.

A Lei nº 8.666/93, a respeito da qualificação técnica, dispõe de forma expressa, em seu art. 30, II, e § 5º, que a documentação limitar-se-á à comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com as características do objeto da licitação, descabendo a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação, admitindo-se a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior. A atividade administrativa vincula-se à lei para que seja proporcionada a finalidade pública, afrontando a razoabilidade e a finalidade do processo de licitação a exigência de excessiva formalidade realizada pela Administração Pública, o que ofende ainda, indiretamente, os princípios da vinculação ao edital, do julgamento objetivo e da competitividade (art. 3º da Lei de Licitações). No caso, O Poder Público ao optar pela máxima segurança, exigindo comprovação de experiência anterior exitosa, acabou impondo restrição de tal ordem que comprometeu a finalidade do instituto da licitação tornando-o ineficaz. Resta, pois, inviabilizada a possibilidade de concorrência na licitação, com explícita afronta ao princípio da eficiência do art. 37 da Constituição, e ofensa aos princípios da isonomia e da mais ampla competitividade, (art. 3º, caput, e § 1º, I, da Lei de Licitações). Assim sendo, é imperiosa a anulação do processo licitatório. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA

O trecho abaixo se refere à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF nº 45, consta na referida arguição o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no que tange aplicação dos princípios constitucionais para controle dos atos administrativos:

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado - e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico -, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.(...) Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

O recurso especial nº429570/GO, do Superior Tribunal de Justiça, que possui posicionamento igual ao RE 131661/ES, da Suprema Corte, ambos citados abaixo, confirma a aplicação do princípio da razoabilidade frente a questões de mérito da administração pública, que ultrapassam os limites asseverados em lei, passamos a citar:

Recurso Especial: REsp 429570 GO 2002/0046110-8 Relator(a): Ministra Eliana Calmon Julgamento: 10/11/2003 Órgão Julgador: 2ª Turma Publicação: DJ 22.03.2004 p. 277 RMP vol. 25 p. 453; RSTJ vol. 187 p. 219. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. 1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo. 2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la. 3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade. 4. Outorga de tutela específica para

que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la. 5. Recurso especial provido. (BRASIL, 2003)

RE 131661 / ES Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, Data do Julgamento: 10/11/1995 Publicação: DJ 17-11-1995 PP-39209 EMENT VOL-01809-06 PP-01393 RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. CESSÃO. REVOGAÇÃO. ATO DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. DESNECESSIDADE. A cessão de servidor público, sendo ato precário, confere à Administração, a qualquer momento, por motivos de conveniência e oportunidade, a sua revogação, sem necessidade de motivação, cujo controle escapa ao Poder Judiciário, adstrito unicamente a questões de ilegalidade. Precedente. Recurso ordinário desprovido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 12312 / RJ, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 09.12.2002 p. 390) No Supremo Tribunal Federal, outro não é o entendimento senão aquele que caberá controle judicial dos atos administrativos, nada justificando que a Administração Pública, sob o manto da discricionariedade, pratique excesso e desvios considerados ilegais : "RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6º, parágrafo único, da Constituição de 1969, acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível" (Discricionariedade e Controle judicial). (BRASIL, 1995)

Em suma, constatamos que o posicionamento encontra-se pacificado quanto ao controle jurisdicional, será defeso o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que sejam os atos em que a administração tenha que valorar o mérito, ou seja, os critérios de oportunidade e conveniência. O controle será quanto a legalidade, pois considera-se que a agente da administração ultrapassou os limites da discricionariedade é feriu determinado princípio constante no ordenamento jurídico, que poderá estar de forma expressa ou implícita na legislação. A análise do caso concreto será extensivo a todos os aspectos do ato, desde sua edição verificando a adequação do ato à lei ao atendimento dos requisitos exigidos e a finalidade. Será alvo também, o elemento forma, pois é nela que a administração apresenta sua vontade quanto à execução de determinado ato.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A motivação para a escolha do tema desse trabalho surgiu pelo fato de ser comum encontrarmos nos noticiários a caricatura de vários agentes públicos em acusações de abusos de autoridades, gastos exorbitantes e contratações eivadas de vícios, especula-se o alto grau de corrupção existente. Contudo, é importante expor que no ordenamento pátrio existem princípios constitucionais cujo intuito é evitar danos aos cofres públicos e garantir uma gestão consciente daquele que trabalha na seara Administrativa.

É com base nessa preocupação que o presente trabalho surgiu a fim de apresentar um dos pontos em que cresce a necessidade de atuação do judiciário, daí a relevância pessoa, social e acadêmica.

Para tanto, antes de explicar o grande impasse encontrado no Controle Jurisdicional dos atos administrativos, que é a questão dos limites de cada poder, foi preciso apresentar ao leitor os aspectos históricos no que tange ao controle da administração. Inicialmente, com o surgimento da teoria da separação dos poderes e a elucidação sobre o sistema de jurisdição adotado no Brasil e, por fim, a evolução do controle da administração pública no Brasil.

Para o ato ser considerado perfeito é necessário que estejam presente os seguintes requisitos: agente público competente, forma, finalidade e motivo. O agente deve, portanto, estar investido de competência para o ato, estruturar o ato de acordo com os mandamentos legais, ou seja, dar forma ao ato, esse ato deverá ter um conteúdo que será o efeito imediato revestido de licitude, possibilidade e ser certo.

Como o ato administrativo tem por fim atender ao interesse público e são conferidas ao poder público certas prerrogativas (presunção de legitimidade, imperatividade, autoexecutoriedade e tipicidade) que o situam em posição de superioridade, de supremacia em relação ao particular, sempre em observância ao interesse público e a legalidade do ato.

Os atos podem ser vinculados ou discricionários, estes por sua vez, conferem ao administrador certa liberdade de decisão, na qual o administrador valora a oportunidade a conveniência para a prática, sempre observando os limites conferidos pela lei, sob pena de sair da esfera da discricionariedade e adentrar na da arbitrariedade. Não é livre a escolha do agente administrativo, não é colocado a

ele o poder de optar livremente, deve, portanto, se sujeitar indispensavelmente a lei, essa liberdade não significa uma eleição subjetiva do agente, pois se assim agir, o ato será considerado arbitrário.

Há um entendimento pacífico quanto à atuação do controle jurisdicional dos atos administrativos o entendimento é pacífico, porém há divergência no que tange ao limite da ação do judiciário no controle dos atos administrativos. Uma corrente defende um total controle jurisdicional com base não só no princípio da inafastabilidade da jurisdição exercida pelo judiciário (art. 5º XXXV, CF/88), denominada de sistema de jurisdição una, como também a sujeição da administração aos princípios constitucionais. A outra corrente afirma que atuação do Poder Judiciário, deve se restringir apenas quanto à legalidade pelo fato dos atos discricionários estarem relacionados ao mérito administrativo, cuja subjetividade permite que a Administração pondere conforme a oportunidade e conveniência. A doutrina atual procura deixar claro que o controle jurisdicional terá abrangência ao mérito do ato administrativo quando este for praticado em desacordo a lei e os princípios constitucionais, atingindo assim, negativamente o administrado.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo & PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 15. ed. São Paulo: Impetus, 2010.

ARISTÓTELES. Política. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

AZAMBUJA . Dacy. **Teoria Geral do Estado**. 36. ed. São Paulo: Globo,1996.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em: 22/08/2011.

\_\_\_\_\_. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> Acesso em: 08/10/2011.

\_\_\_\_\_. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)> Acesso em: 15/10/2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. STF. **RE 131661 / ES**, Rel. Min. Marco Aurélio 2ª Turma. Data do julgamento: 10/11/1995 Publicação: DJ 17/11/1995 PP-39209 Ement Vol-01809-06 PP-01393) Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 15/09/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. STF. **RMS 24699 / DF**, Rel. Min. EROS GRAU Primeira Turma. Data do julgamento: 15/11/2004 Publicação: 01-07-2005 PP-00056 Ement VOL-02198-02 PP-00222) Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 05/09/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **ADPF 45**, Rel. Min. Celso de Mello, Turma Data do Julgamento: 27/04/2004 Publicação: DJ 04/05/04 Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)> Acesso em: 10/08/2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. STJ. **Recurso Especial 429570/GO**, Relatora Ministra Eliana Calmon 2ª Turma. Data do julgamento: 11/11/2003. Publicação: DJ 22/03/2004 p. 277. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)> Acesso em: 10/08/2011.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 764.249/DF**, Relatora Ministra LAURITA VA 5ª Turma. Data do julgamento: 24/03/2009. Publicação: DJe 20/04/2009. Disponível em: <[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br)> Acesso em: 05/09/2011.

CADEMARTORI, Luiz H. U. **Discricionariedade Administrativa**: no Estado constitucional de direito. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COELHO. Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LIMA. Ruy Cirne. **Princípios de Direito Administrativo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

LOCKE, John. Segundo tratado sobre o governo. In: **Os Pensadores**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MADAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MELLO, Celso A. Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat, Barão de. **Do Espírito das Leis**; tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo : Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2007.

PIÇARRA, Nuno. **A Separação dos Poderes como doutrina e Princípio Constitucional**: Um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão Nº 70021811302**. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, 2ª Câmara Cível, 12 de março de 2008. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/>> Acesso em: 22/10/2011.

SÃO PAULO. Constituição do estado de São Paulo, 5 de outubro de 1989 e atualizado até a Emenda Constitucional nº 32, de 9 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/70452>> Acesso em: 22/10/2011.

VASCONCELOS, Edson Aguiar de. **Direito Administrativo Brasileiro**: origem evolução e perspectiva. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.