UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO EM FACE DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

BRUNA APARECIDA CORRÊA DA SILVA

FLORIANÓPOLIS

2009

BRUNA APARECIDA CORRÊA DA SILVA

O CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO EM FACE DO PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: MSc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2009

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “O controle do ato administrativo em face do princípio da juridicidade”, elaborada pela acadêmica Bruna Aparecida Corrêa da Silva e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10.00 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 06 de julho de 2009.

_____

Profa. Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

_____

Prof. Ms. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Flávia Koerich Mafra

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, não só pela minha vida, mas pela força e apoio que sempre tive Nele.

A minha família, meus pais e irmãos, pelo amor, carinho e incentivo incondicional nas minhas conquistas.

A minha orientadora Leilane, pela paciência e dedicação ao decorrer deste trabalho, e que além de ser um exemplo de profissional, é um ser humano excepcional ao qual sempre buscarei me espelhar e fico eternamente feliz por ter tido a oportunidade de conhecer.

As minhas amigas Carla e Carol, pelo estímulo e apoio nas só na faculdade, mas em todos os momentos difíceis da minha vida. Assim como os inúmeros momentos felizes e inesquecíveis.

A Alice, que apesar de não estar mais presente fisicamente, sempre vai estar nos meus pensamentos e no meu coração, através das diversas lembranças boas.

A banca examinadora, que prontamente aceitou o convite para participar da minha defesa.

A paciência de todas as pessoas que me cercaram durante todo este trajeto e que de alguma forma contribuíram para a realização deste trabalho, e sem as quais esta conquista não seria possível, ou a menos, não seria tão gratificante.

E em especial para aqueles que chegaram de repente, e mesmo antes de nascerem se transformaram nas minhas maiores paixões, fazendo eu sentir um amor tão grande e incondicional que jamais havia sentido: meus sobrinhos Lukas e Davi.

RESUMO

O tema deste estudo monográfico, submetido à Universidade Federal de Santa Catarina para obtenção do título de Bacharel em Direito, consiste em analisar o controle do ato administrativo, principalmente o discricionário, pelo Poder Judiciário, em face do princípio da juridicidade. Para um melhor entendimento este trabalho foi dividido em três momentos. No primeiro foram apresentadas as noções gerais de Direito Administrativo, finalizando com a classificação dos atos de acordo com a margem de liberdade do administrador, em vinculados ou discricionários. Já no segundo, falou-se da importância dos princípios como forma de controle dos atos administrativos, discorrendo sobre os principais princípios administrativos com ênfase nos atos discricionários. Num terceiro momento, partindo do que já havia sido debatido, foi analisado o princípio da juridicidade como meio eficaz de controle dos atos administrativos, com entendimento doutrinário e análise jurisprudencial. Diante do estudado, pode-se afirmar que a atuação do Estado deve estar em perfeita harmonia com o Direito, afastando a noção de legalidade estrita (conformidade dos atos somente com as leis), passando a utilizar o princípio da juridicidade, que além desta conformidade, exige que a produção de atos não contrarie os princípios gerais de Direito previsto na Constituição.

Palavras-chave: Direito Administrativo, controle do ato administrativo, princípio da juridicidade.

SUMÁRIO

CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE---------- 57

INTRODUÇÃO

O ato administrativo, em diferentes períodos históricos, sempre esteve associado à idéia de Estado. Foi no Estado Democrático de Direito que apareceu como base, visto que neste período, o povo além de escolher seus representantes diretamente, começa a exercer uma certa fiscalização de seus atos, e a Administração passa a ter o interesse público como a finalidade, e qualquer desvio de conduta será penalizado.

Atualmente a participação e a fiscalização da sociedade ganham cada vez mais espaço na política, como forma de evitar abusos de poder, que outrora eram cometidos sem nenhuma preocupação, visto que não existiam formas de coibição.

É por meio da realização dos atos que a Administração promove a concretização das necessidades coletivas. Dada a importância destes atos na organização da sociedade moderna, esta pesquisa tem como finalidade analisar seu controle sob o ponto de vista do princípio da juridicidade.

Além da introdução e das considerações finais, o trabalho se estrutura em três capítulos.

No primeiro serão estudadas as noções gerais de Direito Administrativo. Parte-se do pressuposto de que os atos administrativos vinculados não dão nenhuma opção ao administrador de como agir, já que tudo está previsto na lei. Já os atos administrativos discricionários deixam uma certa margem de liberdade ao administrador, ao analisar o caso

concreto, cabendo a opção, dentre as inúmeras permitidas, e optará pela que melhor satisfaça o interesse comum.

É com relação aos atos administrativos discricionários que reside o problema de controle, visto que muitos confundem “certa margem de liberdade”, com liberdade plena, considerando que todo ato discricionário só é suscetível de controle pela própria Administração e jamais pelo Judiciário, alegando que se isto acontecer se estaria violando o princípio da separação de poderes.

Num segundo momento, é falado do controle principiológico dos atos administrativos, vistos que os princípios são a base de todo o ordenamento e por isso devem ser respeitados, e muitas vezes exercem uma função normativa para evitar abusos ou desvios de finalidades.

Já no terceiro capítulo será feita uma junção de tudo analisado anteriormente: O controle do ato administrativo em face do princípio da juridicidade. Discorrera-se como é importante exercer o controle sobre os atos administrativos discricionários e como o princípio da juridicidade se mostra eficaz como instrumento de controle.

Quanto à metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo e o procedimento de revisão bibliográfica.

CAPÍTULO I: NOÇÕES GERAIS DE DIREITO ADMINISTRATIVO

1.1.Histórico do Direito Administrativo

Atualmente é difícil imaginar o Estado sem o Direito Administrativo, mas tal fato ocorreu até quase o fim da Idade Média, em toda a Europa, já que o direito administrativo surgiu nos fins do século XVIII e início do século XIX. Mas isso não quer dizer que não existiam normas referentes a este ramo do direito, pois o Estado sempre necessitou de algum tipo de regulamentação.

Na Idade Média o Direito Administrativo pouco se desenvolveu devido ao poder sem limites do soberano nas monarquias, em que a vontade do monarca era a lei. Esses soberanos não exerciam de forma alguma o Direito Administrativo, pois este tem como principal objetivo alcançar o bem público, bem comum, e isso não ocorria visto que na época os súditos não tinham nenhum direito significativo.

O marco decisivo para a formação do Direito Administrativo se deu na França com a Teoria da Separação dos Poderes de Montesquieu, de 1748, que separou as funções do Estado em executivas, legislativas e judiciais. Até então o absolutismo reinante e a centralização de todos os poderes nas mãos do Soberano não permitiam o desenvolvimento de quaisquer teorias que viesse a reconhecer os direitos aos súditos, em oposição às ordens do Príncipe. A tripartição das funções do Estado trouxe a

especialização das atividades do governo e deu independência aos órgãos incumbidos de realiza-las. (MEIRELLES, 2004, p. 51).

A escola francesa ainda sustenta que o Direito Administrativo se detém no estudo do sistema de leis que regem a Administração Pública. (MEIRELLES, 2004, p. 38).

Já a escola italiana ou subjetivista só concede ao Direito Administrativo os estudos dos atos do Poder Executivo. (MEIRELLES, 2004, p. 39).

O Direito Administrativo teve início juntamente com outros ramos do Direito Público, como o Constitucional, por exemplo, a partir do momento que se começou a trabalhar o conceito de Estado de Direito, fundamentado no princípio da legalidade e no principio da separação dos poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais entre particulares e entre estes e o Estado.

Nas palavras de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

> "direito administrativo constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções". (1979, p. 52).

O Direito Administrativo francês não nasceu legislado, e sim por obra dos juízes para suprir as lacunas existentes na legislação. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do Direito Administrativo, até hoje vigentes em inúmeros sistemas, como o da alteração unilateral dos contratos administrativos e a teoria da nulidade dos atos administrativos. O Direito Administrativo se formou como disciplina normativa referida a Administração Pública. (DI PIETRO, 2002, p. 2).

Da mesma forma que o direito francês, o Direito Administrativo Brasileiro não nasceu autônomo, enquanto esteve sob o regime da monarquia absoluta. (DI PIETRO, 2002, p. 2).

De maneira simplificada pode-se dividir o Direito Administrativo Brasileiro em quatro períodos:

a) período colonial, sob o domínio da legislação portuguesa;

b) período imperial, já com o início da influência do direito francês, decorrente da criação do Conselho de Estado;

c) período republicano, até a Constituição de 1988, em que o Direito Administrativo foi como tido ramo autônomo;

d) período atual, posterior à Constituição de 1988, quando o Direito Administrativo modifica o seu perfil em decorrência da instauração do Estado Democrático de Direito, dos princípios informadores da Reforma do Estado e da globalização.

1.2.Conceito de Direito Administrativo

O conceito de Direito Administrativo varia conforme cada entendimento doutrinário, se utilizados critérios diferentes de definição.

Este ramo de direito pode ser definido como:

> “o conjunto de princípios jurídicos que regem a atividade administrativa, as entidades, os órgãos e os agentes públicos, objetivando o perfeito atendimento das necessidades da coletividade e dos fins desejados pelo Estado" ou então “o conjunto

> harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado".(MEIRELLES, 2004, p. 40).

Analisando os elementos deste conceito, tem-se:

Conjunto harmônico de princípios jurídicos...: A sistematização de normas doutrinárias de Direito, o que mostra o caráter científico da disciplina, sabido que não há ciência sem princípios teóricos próprios, ordenados e verificáveis na prática.

... que regem os órgãos, os agentes...: Que organiza a estrutura e o pessoal do serviço público.

... e as atividades públicas...: Os atos da Administração Pública, praticados nesta qualidade, e não quando atua, excepcionalmente, em condições de igualdade com o particular, sujeito às normas do Direito Privado.

... tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado: Isto que caracteriza e delimita o objeto do Direito Administrativo. Não é o Direito Administrativo que determina os fins desejados pelo Estado, e sim outras ciências. Cada Estado, ao se organizar, declara os fins por ele visados e institui os Poderes e órgãos necessários à sua consecução. O Direito Administrativo apenas disciplina as atividades e os órgãos estatais, para o eficiente funcionamento da Administração Pública. Percebe-se, pois, que o Direito Administrativo interessa-se pelo Estado, mas no seu aspecto dinâmico, funcional, relegando para o Direito Constitucional a parte estrutural, estática.

1.3.O Direito Administrativo Brasileiro

Quanto à natureza jurídica, o Direito Administrativo integra o Direito Público, que regula os interesses da coletividade, e se caracteriza pela desigualdade entre os pólos da relação jurídica, de forma a fazer prevalecer os interesses dos particulares, e se caracteriza pela igualdade entre os pólos da relação jurídica.

No Brasil, o Direito Administrativo surgiu em 1851 como matéria nos cursos jurídicos existentes. E em 1857 foi publicada a primeira obra a respeito “Elementos de Direito Administrativo Brasileiro”, de Vicente Pereira do Rego, professor da Academia de Direito de Recife. (MEIRELLES, 2004, p. 51).

Outras obras foram publicadas e o Direito Administrativo no Brasil se consolidou principalmente com influências francesa, italiana e alemã.

Vale ressaltar ainda que a Constituição Federal de 1988 e, principalmente a Emenda Constitucional nº 19/98, passaram a ser marcos na história do Direito Administrativo Brasileiro.

Desde a instauração da primeira República, em 1891, o Brasil adotou o sistema da jurisdição única, na qual a Administração é controlada pelo Judiciário. Não há hierarquia, apenas controle. A adoção de tal sistema no Brasil sofreu influências do Direito Público Norte-Americano, que forneceu o modelo para a primeira Constituição. Tal fato não afasta a autotutela do Estado, na qual este corrige os seus próprios erros. Mas a correção se dá através do Poder Judiciário. Para a correção judicial dos atos administrativos ou para remover a resistência dos particulares às atividades públicas a Administração e os administrados dispõem dos mesmos meios processuais admitidos pelo Direito Comum, e

recorrerão ao mesmo Poder Judiciário uno e único, que decide os litígios de Direito Público e de Direito Privado. Este é o sentido da *jurisdição única* adotada no Brasil.

1.4.O Ato Administrativo

O conceito de ato administrativo é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública. É ato administrativo todo aquele que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, sempre visando o interesse publico.

Para Diógenes Gasparini (1995, p. 62), ato administrativo é toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça às vezes, no exercício de suas prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.

Já para José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 95), ato administrativo é a exteriorização da vontade de agentes da Administração Pública ou de seus órgãos delegados, nesta condição, que, sob regime de Direito Público, vise à produção de efeitos jurídicos, com o fim de atender ao interesse público.

Ato administrativo também pode ser definido como a manifestação de vontade do Estado, que tem por finalidade, criar, modificar, declarar, resguardar, transferir ou extinguir direitos, sendo complementar a lei, que serve para satisfazer o interesse público, regido

pelo Direito Público e que pode ser submetido, inclusive, a controle da legalidade pelo Poder Judiciário.

Esse conceito é restrito ao ato administrativo unilateral, ou seja, àquele que se forma com a vontade única da Administração, que é o ato administrativo típico e será estudado neste trabalho. Os atos bilaterais constituem os contratos administrativos, mas não serão abordados por que não são pertinentes ao tema desta monografia.

O ato administrativo, via de regra é praticado pelo Poder Executivo, pelo fato da atividade administrativa ser função típica deste Poder. No entanto, quando excepcionalmente, o Poder Legislativo e o Judiciário administram, igualmente praticam atos administrativos.

Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nesta qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado[1]; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal.

Nota-se que o ato administrativo típico é sempre manifestação da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando a produzir algum efeito jurídico, o que distingue do fato administrativo, que, em si, é atividade pública material, desprovida de conteúdo de direito.

[1] Aqui a expressão ato jurídico será utilizada num sentido amplo, abrangendo tanto o ato quanto o negócio jurídico.

Um ato administrativo existe quando tiver motivo, conteúdo, finalidade, forma e for praticado por autoridade competente. O ato administrativo que entrou no plano da existência pode ser válido se obedecidas às condições formais e materiais de sua produção e conseqüente integração no sistema ou inválido (nulo ou anulável) em caso contrário. Contudo, o ato administrativo inválido sempre é existente e produz eficácia; ou seja, é qualidade do ato administrativo (que existe e é válido ou inválido) e que está apto a produzir efeitos jurídicos, isto é, incidir o fato ocorrido no mundo real.

A Lei 4.717 de 1965, que regula a Ação Popular, diz que qualquer cidadão é parte legítima para pleitear a anulação de condutas lesivas ao patrimônio público, o que se torna uma forma acessível e eficaz de controle do ato administrativo.

Para Hely Lopes Meirelles e Celso Antonio Bandeira de Mello, o Direito Administrativo tem um próprio sistema de invalidação que não se confunde com o do Direito Privado, pois os princípios e valores são diferentes. No Direito Privado, o ato nulo atinge a ordem pública e o anulável num primeiro momento, atinge os direitos das partes, já no Direito Administrativo nunca haverá um ato que atinja apenas as partes, pois todo vício atinge a ordem pública.

A Lei 9.784 de 1999 traz a fundamentação legal do sistema de invalidação dos atos administrativos, pois estabelece em seu artigo 53 que "*A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos*."

O ato nulo não pode ser convalidado, mas o anulável em tese pode ser convalidado, segundo a conveniência da Administração. Há ainda autores que trazem o ato inexistente, aquele que tem aparência de ato administrativo, mas não é. Exemplo: demissão de

funcionário morto. O inexistente é diferente do nulo, pois não gera qualquer conseqüência, enquanto o nulo gera, isto é, tem que respeitar o terceiro de boa-fé.

Entre as várias modalidades de extinção do ato administrativo, tem-se:

A extinção natural, que se dá por cumprimento de seus efeitos. Exemplo: a destruição de mercadoria nociva ao consumo público, neste caso, o ato cumpriu sues objetivos, extinguindo-se naturalmente.

No caso da extinção subjetiva ou objetiva, ocorre o desaparecimento do sujeito ou do objeto, respectivamente. Exemplo: a morte do permissionário extingue o ato de permissão por ausência do elemento subjetivo. Sendo o objeto um dos seus elementos essenciais do ato administrativo, se depois de praticado o ato desaparece o objeto ocorre a chamada extinção objetiva. Exemplo: interdição de estabelecimento, e após o estabelecimento é definitivamente desativado pelo proprietário.

A revogação, que trata do ato discricionário, em que o administrador extingue um ato válido por razões de conveniência e oportunidade. A revogação tem algumas características, como: não retroage, pois pressupõe um ato editado em conformidade com a lei; seus efeitos se produzem a partir da própria revogação (*ex nunc*); pressupõe ato que ainda esteja produzindo efeitos; não podem ser revogados atos que integram um procedimento, pois a cada novo ato ocorre a preclusão em relação ao ato anterior; não podem ser revogados atos que geram direitos adquiridos, conforme Súmula nº 473 do STF: *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitando os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial"*; só quem pratica o ato ou quem tenha poderes explícitos ou implícitos

para dele conhecer de ofício ou por via de recurso, pode revogá-lo, trata-se de competência intransferível a não ser por força de lei.

Há certos atos administrativos que são irrevogáveis, como os atos declarados irrevogáveis pela lei, os já extintos, os que geraram direitos adquiridos e os atos vinculados.

A invalidação (anulação), que é o desfazimento do ato por razões de ilegalidade. Pode atingir o ato em sua origem, e produzir efeitos retroativos à data em que foi emitido (*ex tunc*). Também pode ser feita pela própria Administração ou pelo Judiciário e deve sempre observar o princípio do contraditório quando afetar interesses de terceiros.

A convalidação, que é o processo de que se vale a Administração para aproveitar atos administrativos com vícios superáveis, de modo a confirmá-los no todo ou em parte. Convalida-se por ratificação ou reforma. Na ratificação, a autoridade suprime a ilegalidade que o vicia. Na reforma o novo ato suprime a parte inválida do anterior, mantendo sua parte válida.

Há casos em que o ato não pode ser convalidado, e sim anulado, como por exemplo, quando se dá a prescrição do prazo para anulação e quando se dá a impugnação do ato pela via judicial ou administrativa.

Ocorre a cassação quando o beneficiário de determinado ato descumpre condições que permitiam sua manutenção do ato e seus efeitos. Trata-se de ato vinculado, já que o agente só pode cassar o ato anterior nas hipóteses previamente fixadas em lei; é de natureza jurídica sancionatória, porquanto pune aquele que deixou de cumprir as condições para a subsistência do ato.

A caducidade é a perda de efeitos jurídicos em virtude de norma jurídica superior contrária àquela que respaldava a prática do ato.

Contraposição ou derrubada é a retirada do ato administrativo pela edição de outro ato jurídico expedido com base em competência diferente e com efeitos incompatíveis, inibindo assim a continuidade da sua eficácia.

Renúncia é a retirada do ato administrativo eficaz por seu beneficiário não mais desejar a continuidade dos seus efeitos. A renúncia só se destina aos atos que trazem privilégios.

Recusa é a retirada do ato administrativo ineficaz em decorrência do seu futuro beneficiário não desejar a produção de seus efeitos. O ato ainda não está gerando efeitos, pois dependem da concordância do seu beneficiário, mas este o recusa antes que possa gerar efeitos.

1.5.Requisitos do ato administrativo[2]

Os requisitos do ato administrativo são cinco: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Estes requisitos estão expressos no art. 2º da Lei 4.717 de 1965, a Lei da ação popular, cuja ausência provoca a invalidação do ato.

---

[2] Há uma divergência referente à nomeação destes adjetivos do ato administrativo, que podem ser encontrados como elementos, causas ou pressupostos. Neste trabalho será utilizada a terminologia de Hely Lopes Meirelles, requisitos, por entender mais didática.

Art. 2º: "*São nulos os atos lesivos ao patrimônio das entidades mencionadas no artigo, anterior, nos casos de:*

a) incompetência;

b) vício de forma;

c) ilegalidade do objeto;

d) inexistência dos motivos;

e) desvio de finalidade."

1.5.1.Competência

Di Pietro prefere falar do sujeito ao invés de falar de competência. Competência é o poder que a lei outorga ao agente público para desempenho de suas funções. Competência lembra a capacidade do direito privado. A competência pode vir fundada na lei (Artigos 61, § 1º, II e 84, VI, da Constituição Federal), ou de forma secundária, através de atos administrativos organizacionais. A Constituição Federal também pode ser fonte de competência, conforme os artigos 84 e 87 (competência do Presidente da República e dos Ministros de Estado no Executivo); artigos 48, 49, 51, inciso IV, e 52 (competência do Congresso Nacional, Câmara dos Deputados e Senado Federal).

Para a autora, competência é o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.

A competência administrativa por ser um requisito de ordem pública é intransferível e improrrogável pela vontade dos interessados. Na esfera administrativa a incompetência não é transmuda em competência, a não ser por alteração legal. Mas a competência pode ser delegada ou avocada de acordo com o artigo 11 da Lei 9.784 de 1999 (Lei de procedimento administrativo federal), *"a competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos".*

Para Di Pietro a regra é a possibilidade de delegação e avocação, já que a administração tem muitas funções, e a exceção é a impossibilidade destas, que só ocorre quando a competência é outorgada com exclusividade a um determinado órgão.

Já o autor José dos Santos Carvalho Filho considera que tanto a delegação quanto a avocação devem ser consideradas como figuras excepcionais, só justificáveis ante os pressupostos que a lei estabelecer.

O que é certo é que a competência para a prática do ato administrativo é a condição primeira de sua validade. Nenhum ato pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo.

A competência administrativa é o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e é por ela delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição: o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.

Há autores que falam em sujeito competente em vez de competência, já que a competência é sempre exercida por um sujeito de direito. Mas não é qualquer sujeito de direito e sim alguém no exercício da função pública, ou seja, um agente público.

A competência não se presume, é sempre dada em função da lei, uma vez que ao administrador só é dado fazer aquilo que a lei autoriza e determina.

São algumas características da competência:

Irrenunciabilidade, o administrador atua em nome e no interesse do povo, ou seja, exercendo a função, daí a indisponibilidade do interesse.

Exercício obrigatório, quando invocado o agente competente tem o dever de atuar, podendo inclusive se omisso, ser responsabilizado.

Intransferibilidade, com exceção da delegação, a competência jamais se transfere integralmente.

Imodificabilidade, a simples vontade do agente não a torna modificável nem transacionável, posto que ela decorre da lei.

Imprescritibilidade, ela não se extingue pelo seu não uso.

Delegação, diz-se da transferência de parcela das atribuições conferidas pela lei, de forma temporária, passível de revogação a qualquer tempo, de um órgão ou agente público para outro, subordinado ou não, desde que não haja vedação legal.

O artigo 13 da Lei 9.784 de 1999 elenca três vedações, a saber: 1) expedição de ato de caráter normativo; 2) decisão de recurso administrativo; e 3) matéria de competência exclusiva de um órgão ou agente.

Avocação é o ato pelo qual o superior hierárquico chama para si parcela das atribuições de um subordinado. Da mesma forma do que ocorre na delegação, somente é possível em caráter excepcional, em razão de motivos relevantes e devidamente justificados.

Consideram-se vícios do ato administrativo quando este não preenche alguns dos seus requisitos de validade, no caso dos vícios do sujeito ocorre quando este e incapaz; desrespeita a regra legal ou excede seu poder. O Código Penal, inclusive, trata como crime o fato de uma pessoa que não é investida em cargo, emprego ou função pública, e que por meio de usurpação, desempenha atividade administrativa. Tal ato é considerado, inexistente, posto que praticado por alguém que não é agente público. A irregularidade na investidura ou a prática de ato por alguém impedido para o exercício da atividade administrativa, denominadas pela doutrina de função de fato, conferem validade ao ato perante terceiro de boa-fé (Teoria da Aparência). Há vício ainda com relação ao sujeito quando diante de abuso de poder, na modalidade excesso de poder, uma vez que o abuso na modalidade desvio de poder configura desvio de finalidade.

1.5.2.Finalidade

A finalidade significa o resultado que a Administração quer alcançar com a prática do ato. Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato (aquisição, transformação ou extinção de direitos) a finalidade é o efeito mediato, ou seja, o interesse coletivo que deve o administrador perseguir. Como exemplo tem-se o caso de uma permissão de transporte

urbano o objeto é permitir a alguém o exercício de tal atividade e a finalidade é o interesse coletivo a ser atendido através deste serviço público.

Finalidade também quer dizer alcançar o interesse público. Assim sendo, a finalidade é elemento vinculado de todo ato administrativo, discricionário ou vinculado, porque não se admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Desde que a Administração só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos hão de se dirigir sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões colidentes com o interesse público.

A finalidade do ato administrativo é aquele que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou substituir a indicada no norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos.

A finalidade de um ato administrativo precisa ser conferida de acordo com a finalidade geral (interesse público) ou específica (estar conforme a tipicidade). Tipicidade é a denominação exata dada a aplicação específica que cada ato administrativo comporta. Por exemplo, a remoção de funcionário deve servir para adequar as necessidades do serviço enquanto que a demissão relaciona-se a punição, logo, se remover para punir, estar-se-á desviando a finalidade.

Alguns autores entendem que a supremacia do interesse público serve para afastar toda discussão e qualquer controle sobre o ato e defendem, portanto, sua retirada do mundo jurídico.

Por outro lado, há uma parte da doutrina que vislumbra que o problema não é o princípio da supremacia, mas sim sua aplicação fraudulenta, o mal uso dele.

Dito isto, importa saber que o interesse público é a convergência de vários interesses individuais, podendo aparecer tanto na maioria coordenada quanto na minoria que necessita proteção.

Sempre que o administrador agir diferente da finalidade, o ato decorrente estará viciado.

São considerados vícios na finalidade: 1) a não observância da finalidade geral ou 2) o não emprego da finalidade específica.

Pondera-se que a inexistência na finalidade usualmente faz verificar mentira também no motivo, posto que, normalmente, finalidade e motivo são atingidos juntos.

1.5.3.Forma

Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Se no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem de ser conferido com a lei e aferido, freqüentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

A forma pode ser entendida como o meio pelo qual se exterioza a vontade administrativa. Para ser válida, deve compatibilizar-se com o que expressamente dispõe a lei ou ato equivalente. O aspecto relativo à forma válida tem conexão com os procedimentos

administrativos. O ato administrativo é o ponto em que culmina a seqüência de atos prévios, há que ser observado um procedimento, até mesmo em respeito ao princípio do devido processo legal. Torna-se viciado o ato se o procedimento não foi rigorosamente observado. Exemplos: se a lei exige a forma escrita e o ato é praticado verbalmente, ele será nulo; se a lei exige processo disciplinar para demissão de um funcionário, a falta ou vício naquele procedimento invalida a demissão.

Como observado por José dos Santos Carvalho Filho (2004, p. 107), a forma e procedimento se distinguem, a forma indica apenas a exteriorização da vontade e o procedimento uma seqüência ordenada de atos e vontades, porém, a doutrina costuma caracterizar o defeito em ambos como vício de forma. Exemplo: portaria de demissão de servidor estável sem a observância do processo administrativo prévio (artigo 41, § 1º, II, da Constituição Federal); ou, contratação direta de empresa para realização de obra pública em hipótese na qual a lei exige licitação.

A forma é uma garantia jurídica para o administrado e para a Administração, é pelo respeito à forma que se possibilita o controle do ato administrativo, pelos seus destinatários, pela própria Administração e pelos demais poderes do Estado. Em regra a forma é escrita, porém as Leis 8.666 de 1983 e a 9.784 de 1999, consagram o informalismo do ato administrativo. Excepcionalmente, admitem-se ordens verbais, gestos, apitos (policial dirigindo o trânsito), sinais luminosos. Há ainda, casos excepcionais de cartazes e placas expressarem a vontade da Administração, como os que proíbem estacionar em ruas, vedam acesso de pessoas a determinados locais, proíbem fumar etc. Até mesmo o silêncio pode significar forma de manifestação de vontade, quando a lei fixa um prazo, findo o qual o silêncio da Administração significa concordância ou discordância.

O que convém fixar é que só se admite o ato administrativo não escrito em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração. Nas demais hipóteses o ato administrativo deve se escrito em forma legal, sem o quê se exporá à invalidade.

A revogação ou a modificação do ato administrativo deve obedecer à mesma forma do ato originário, uma vez que o elemento formal é vinculado tanto para sua formação quanto para seu desfazimento ou alteração.

Os vícios de forma podem decorrer da desobediência a forma específica ou da inobservância de procedimentos necessários.

Há manifestação do Supremo Tribunal Federal neste sentido, entendendo ser fundamental existir o processo administrativo prévio, posto que possibilita a legitimação e análise. Preferencialmente, tal processo deve ser nos moldes constitucionais contemplando contraditório e ampla defesa, podendo em algumas circunstâncias ser resumido (exemplo: demissão para cargo em comissão).

1.5.4.Motivo

O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. Também deve

ter materialidade e ser verdadeiro, sendo imprescindível a compatibilidade do que está previsto na lei, com o resultado do ato (proporcionalidade).

A motivação é a demonstração por escrito de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação se refere às formalidades do ato, que integram o próprio ato. Para Di Pietro a motivação é regra, necessária, tantos para os atos vinculados quanto para os discricionários já que constitui garantia da legalidade administrativa prevista no artigo 37, *caput,* da Constituição Federal. (COSTANZE, 2007, p. 1).

Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, o motivo do ato administrativo deve sempre ser compatível com a situação de fato que gerou a manifestação de vontade. Se o interessado comprovar que inexiste a realidade fática mencionada no ato como determinante da vontade, estará ele contaminado pelo vício da ilegalidade. Se por exemplo, a Administração revoga permissão de uso alegando que a mesma tornou-se incompatível com a destinação do bem público objeto da permissão, e logo a seguir permite o uso do mesmo bem a terceira pessoa, restará demonstrado que o ato de revogação foi ilegal por vício quanto ao motivo; servidor tem seu pedido de férias indeferido sob a alegação de que há falta de pessoal na repartição, poderia o agente público não ter declinado o motivo, já que o fez e em caso do servidor provar o contrário, o ato estará viciado uma vez que presente a incompatibilidade entre o motivo expresso no ato (motivo determinante) e a realidade fática.

Em síntese, pode-se falar que a Teoria dos Motivos Determinantes vincula o administrador aos motivos declarados, e estes têm que ser verdadeiros, legais e conectados aos resultados.

Não se confunde motivação com motivo. A motivação é a exposição das razões que levaram a Administração Pública a prática do ato, e que, como regra, é obrigatória, haja vista o disposto na Constituição Federal artigo 1°, inciso II e parágrafo único; artigo 5°, inciso XXXIII (garantia de informação) e artigo 93, inciso X, bem como no artigo 50 da Lei 9.784 de 1999.

Com relação aos vícios do motivo, diz-se que o motivo encontra-se viciado quando presente a incompatibilidade com a lei, ou com o resultado, ou com a verdade.

Os vícios de motivo não podem ser confundidos com os vícios de motivação, que são, a falta de motivação; ou a motivação falsa; ou ainda a motivação ser insuficiente.

1.5.5.Objeto

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação, comprovação, extinção ou declaração de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Nesse sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes.

O objeto também pode ser entendido como a alteração no mundo jurídico que o ato administrativo se propõe realizar, é identificado pela análise do que o ato enuncia, prescreve ou dispõe. Para melhor compreensão do objeto, deve-se fazer a seguinte pergunta: para que serve o ato? Usando o exemplo de uma licença para construção que

tem como objeto permitir que o interessado possa edificar de forma legítima; o objeto de uma multa é a punição do transgressor da norma jurídica administrativo; o objeto da nomeação é admitir o indivíduo como servidor público; na desapropriação o objeto do ato é o comportamento de desapropriar cujo conteúdo é o imóvel sobre a qual ela recai.

O objeto é o efeito imediato do ato administrativo, é que o ato faz em si mesmo, ou seja, é seu resultado prático.

O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo.

Para o ato administrativo ser válido, são necessários três requisitos:

- Licitude: objeto lícito para o ato administrativo é somente aquele autorizado e previsto em lei, diferindo do objeto no Direito Privado, ao qual basta não estar proibido;

- Possibilidade: ser possível tanto jurídica quanto faticamente;

- Determinação: o objeto deve ser determinado ou determinável com relação aos seus destinatários e aos seus efeitos.

O objeto encontra-se viciado quanto não atende um destes três requisitos, quer porque é ilícito, impossível ou indeterminado com relação a destinatários ou efeitos.

1.6.Atributos do Ato Administrativo

Os atos administrativos, por ser manifestação da vontade Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam características próprias e condições peculiares de atuação.

1.6.1.Presunção de Legitimidade e Veracidade

Os atos administrativos sempre nascem com presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Já a presunção de veracidade, inerente à de legitimidade, refere-se aos fatos alegados e afirmados pela Administração para a prática do ato, os quais são tidos como verdadeiros até prova em contrário. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração, que informa toda a atuação governamental; autoriza a imediata execução ou operatividade dos atos administrativos. Além disso, a presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos traz celeridade e segurança para as atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só depois dar-lhes execução.

A presunção, neste caso, é relativa, pois admite prova em contrário, mas há transferência do ônus da prova para quem a invoca.

O Judiciário poderá rever o ato administrativo (respeitado o seu mérito) e a interpretação dada pela Administração, somente para verificar a legalidade do ato. Mas este assunto será tratado com a devida importância mais a frente.

1.6.2.Imperatividade

A imperatividade do ato administrativo impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução, ainda que contrarie interesses privados, porque seu único alvo é o atendimento do interesse coletivo. Alguns atos dispensam este atributo, por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. Os atos, porém, que tem um provimento ou uma ordem administrativa nascem sempre com imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos auto-executórios) ou pelo Judiciário (atos não auto-executórios).

A imperatividade decorre da existência do ato administrativo, não dependendo da sua declaração de validade ou invalidade. Assim sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido enquanto não for retirado do mundo jurídico por revogação ou anulação, mesmo porque as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade.

Há certos atos administrativos de consentimento, que não são contratos, como por exemplo, as permissões (atos administrativos unilaterais discricionários e precários, pelo qual o Poder Público, faculta a alguém o uso de um bem público ou a responsabilidade pela prestação de um serviço público) e autorizações (atos administrativos unilaterais discricionários e precários, em que o Poder Público concede por um prazo certo, o direito

de um particular realizar uma obra pública e explorá-la), em que o seu o caráter coercitivo não fica claro, uma vez que ao lado do interesse coletivo há também o interesse privado, porém, ainda nestes casos a imperatividade se manifesta no que diz respeito à obrigação do beneficiário de se conduzir exatamente dentro dos limites que lhe foram traçados.

1.6.3.Auto-executoriedade

A auto-executoriedade consiste na admissão da execução de ofício das decisões administrativas sem intervenção do Poder Judiciário. Ao particular que se sentir ameaçado ou lesado pela execução do ato administrativo é que caberá pedir proteção judicial para defender seus interesses ou para haver os eventuais prejuízos que tenha injustamente suportado. Desta maneira, o ato administrativo vale como própria "sentença" do juiz", ainda que possa ser revista quando viciada por ilegalidade.

Não há auto-executoriedade sem lei que a preveja, e mesmo assim a auto-executoriedade só deverá ser aplicada quando não existir outra alternativa menos lesiva.

José dos Santos Carvalho Filho cita como exemplo do exercício da auto-executoriedade, a destruição de bens impróprios para o consumo público e a demolição de obra que apresenta risco iminente de desabamento. A vigente Constituição traça limites à executoriedade em seu artigo 5º, inciso LV, contudo mencionada restrição constitucional não suprime o atributo da auto-executoriedade do ato administrativo, até porque, sem ele, dificilmente poderia a Administração em certos momentos concluir seus projetos administrativos.

1.7.Classificação do Ato Administrativo[3]

Com relação à margem de liberdade permitida para o administrador, o ato administrativo pode ser vinculado ou discricionário. Esta classificação é muito importante no controle do ato administrativo como veremos mais adiante.

Celso Antônio Bandeira de Mello, em entendimento divergente da maioria da doutrina administrativa, diz que, na verdade, não é o ato que é vinculado ou discricionário, mas sim, seus elementos que ora são vinculados, ora são mais libertos. Para o autor, a apreciação do administrador sobre cada aspecto do ato administrativo é que torna o ato vinculado ou discricionário.

1.7.1.Atos Vinculados

O administrador não tem liberdade de escolha, a ele só cabe preencher os requisitos previstos na lei, ele está obrigado a praticar o ato, não cabendo juízo de valor, conveniência ou oportunidade. Exemplo: concessão de aposentadoria.

1.7.2.Atos Discricionários

[3] Há várias classificações referentes ao ato administrativo, mas só quanto à margem de liberdade da Administração será estudada neste trabalho, já que é a única pertinente ao tema.

Atos discricionários são os que a Administração possui uma certa margem de liberdade na escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. Há, portanto, juízo de valor, conveniência e oportunidade para o administrador.

A discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que considere mais convenientes ao interesse público.

O ato discricionário não quer dizer que o ato seja arbitrário. Discrição e arbítrio são conceitos completamente diferentes. Discrição é liberdade de ação dentro dos limites legais e em conformidade com o interesse publico; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, portanto, é quando permitido pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

A discricionariedade administrativa encontra fundamento na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar e para os quais a lei não poderia prever todas as soluções possíveis, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.

Por isso Fiorini diz que “a discricionariedade é a faculdade que adquire a Administração para assegurar em forma eficaz os meios realizadores do fim a que se propões o Poder Público” (1948, p. 48).

A discricionariedade é importante pelo fato de que a lei não consegue esgotar todas as hipóteses, tornando então, condição para uma eficiente Administração cumprir suas

finalidades. Devido a sua grande importância a discricionariedade será analisada no próximo capitulo.

CAPÍTULO II: CONTROLE PRINCIPIOLÓGICO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1.A Discricionariedade Administrativa

A discricionariedade administrativa tem como principal característica a separação dos poderes do Estado em Legislativo, Executivo e Judiciário.

Segundo Bandeira de Mello,

> “discricionariedade é à margem de “liberdade" que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente". (1994, p. 831).

O conceito de discricionariedade envolve uma margem de liberdade limitada, de autonomia de uma determinada autoridade. Logo, atuar discricionariamente significa exercer uma atividade, respeitando a razoabilidade e proporcionalidade, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o bem comum, diante de conceitos ambíguos trazidos pela norma posta.

Assim, pode-se entender a discricionariedade como uma escolha entre muitas possíveis, que visa atender ao interesse público próprio de sua atribuição e competência, com uma função finalística perante o fato real. A opção da melhor atitude a ser tomada pela autoridade dentre inúmeras, deve ser entendida diante de um aspecto de liberdade sempre relativa, limitada e contrastável pelo Judiciário, caso este venha a ser acionado diante de um caso de ilegalidade.

No Estado liberal, a discricionariedade administrativa era uma esfera de atuação livre de qualquer vinculação à lei, uma vez que ao administrador era permitido fazer tudo o que a lei expressamente não proibisse, numa espécie de vinculação negativa. A discricionariedade se constituía na regra geral da Administração, visto que representava a liberdade em todas as esferas não reguladas pela lei.

Com a estruturação do Estado social e a evolução do princípio da legalidade, a Administração Pública passou a sofrer uma vinculação positiva da lei, somente podendo fazer o que a lei permitisse. A discricionariedade passou a ser limitada pelo ordenamento jurídico, e somente aceita se conforme o princípio da legalidade.

A vinculação da Administração Pública à lei e a exigência de conformidade da discricionariedade administrativa ao princípio da legalidade, não indicam somente uma legalidade estrita, formal, nos moldes do positivismo. Deve-se entender o princípio da legalidade num sentido amplo, lei em sentido material, lei enquanto Direito como um todo.

A discricionariedade administrativa está vinculada aos princípios constitucionais e às máximas que regem o Estado democrático de direito, só se admitindo liberdade de atuação conforme o Direito. Assim, pode-se entender que o aspecto da legalidade formal abrange o da juridicidade, englobando as regras e os princípios jurídicos de todo o ordenamento.

O mérito administrativo que permite discriminar o cerne da discricionariedade administrativa, a situação pela qual o administrador, obedecendo ao ordenamento jurídico e por ele legitimado, pode, com certa margem de liberdade, decidir a extensão e a intensidade da medida a ser praticada, a fim de solucionar o caso concreto e alcançar o interesse público.

> O mérito é a margem de atuação do administrador público, no exercício de competências discricionárias, onde resta facultada a valoração subjetiva acerca da utilidade e necessidade do ato a ser praticado. Trata-se de uma esfera de apreciação acerca da conveniência e oportunidade da medida administrativa, mirando a satisfação da finalidade prevista no mandamento normativo. (CRISTOVAM, 2005, p. 1)

O administrador, antes de praticar o ato administrativo, ou abster-se de sua prática, deve refletir acerca da conveniência e oportunidade da atividade administrativa, ponderando sobre uma infinidade de aspectos que possam influenciar no acerto ou desacerto da medida escolhida. O julgamento do que se pode entender por conveniente e oportuno no mundo do ser, com certeza não reflete uma uniformidade plena, dada a indeterminação e vagueza do significado destas expressões.

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade como limitadores à atuação do Poder Público, no sentido de vedar restrições inadequadas a direitos subjetivos dos cidadãos, acabam aumentando a atuação do Poder Judiciário, a fim de proteger os cidadãos da atuação injusta e desproporcional do Estado.

Estes princípios, aliados aos demais princípios constitucionais, servem como parâmetros para o Judiciário analisar a legalidade e constitucionalidade da ação administrativa.

Há casos em que parece impossível saber, com segurança, qual dentre as medidas é a que alcançaria o melhor resultado, com o menor ônus à coletividade. Nestas situações, pela própria limitação da compreensão humana, fica muito difícil, asseverar qual das medidas é a mais oportuna, justa e conveniente.

O controle jurisdicional do mérito administrativo não serve para invalidar um ato administrativo porque existe outra mais razoável. Ao juiz é vedado invadir o mérito administrativo e anular o ato praticado, sob o fundamento de que, ao tempo da decisão administrativa, o administrador dispunha de outra medida mais adequada ao cumprimento do resultado pretendido.

Compete ao juiz apreciar o mérito do ato administrativo, no intento de apurar uma possível ilegalidade ou injustiça do meio empregado à solução do caso concreto. O Poder Judiciário tem o dever de analisar toda e qualquer lesão ou ameaça a direitos dos cidadãos. Ao Judiciário não é vedado o controle negativo do mérito administrativo, anulando os atos que a Administração Pública tenha praticado de modo injusto e inadequado.

O mérito não se confunde com a discricionariedade, ele é o juízo de valor subjetivo de que se utiliza o administrador no exercício da discricionariedade. Conforme Seabra Fagundes:

> “o mérito está no sentido político do ato administrativo. É o sentido dele em função das normas de boa administração, ou, noutras palavras, é o seu sentido como procedimento que atende ao interesse público e, ao mesmo tempo, o ajusta aos interesses privados, que toda medida administrativa tem de levar em conta.” E continua o autor, asseverando que mais do que mero juízo pessoal, deve ser o mérito um juízo comparativo, pelo que “compreende os aspectos, nem sempre de fácil percepção, atinentes ao acerto, à justiça, utilidade, eqüidade, razoabilidade, moralidade etc. de cada procedimento administrativo” (1984, p.127).

Os atos administrativos vinculados possuem todos os seus requisitos definidos em lei, por isso não há o que falar em mérito administrativo, logo, caberá ao Judiciário somente examinar sua conformidade com a lei, para decretar a sua nulidade ou não. Nos atos administrativos discricionários, o controle judicial também é possível, porém, terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que é assegurada à Administração Pública pela lei.

Ao magistrado não é permitido substituir os valores morais do administrador público pelos seus próprios valores, o que ele pode e deve invalidar são os atos que, visivelmente, atentar contra a moralidade e foram totalmente desproporcionais e inconvenientes.

O autor Carvalho Filho é contrário a ampliação do controle de apreciação do mérito administrativo pelo Judiciário, ao citar uma decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto da sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação dos poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou oportunidade dos atos admistrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado (ROMS nº 1288-91-SP, Min. Cesar Asfor Rocha, DJ-2-5-1994). Cita também o Supremo Tribunal Federal – em hipótese em que discutia a expulsão de estrangeiro, disse a Corte que se trata de ato discricionário de defesa do Estado, sendo de competência da Presidência da República a quem incumbe julgar a conveniência ou oportunidade da decretação da medida, e que ao Judiciário compete tão-somente a apreciação formal e a constatação da existência ou não de vícios de nulidade do ato expulsório, não o mérito da decisão presidencial. (2004, p. 121).

Na verdade o controle de mérito refere-se a análise da conveniência e oportunidade do ato administrativo. E quando estes são desrespeitados, o ato é ilegal.

Diferentemente do que acontece no controle da legalidade, somente a Administração pode realizar o controle de mérito, sendo que o Judiciário só pode intervir quando violada a razoabilidade, porque neste caso a legalidade também estaria sendo violada.

Um bom exemplo é quando o administrador decide o que fazer com uma certa quantia de dinheiro que tem em caixa. Esta é uma decisão sua, se decide construir uma quadra de esportes o Judiciário não pode considerar seu ato ilegal, ordenando que construa uma escola porque há crianças que não estão tendo aula devido à falta de vagas nos colégios.

Por se tratar de uma questão de política pública, e não contrariar o ordenamento jurídico como um todo, o Judiciário não pode intervir, pois a Administração é que sabe como gastar e investir suas verbas.

Há alguns requisitos que devem ser obrigatoriamente observados pelo administrador em seus atos como respeito à lei (a discricionariedade só pode ser usada se prevista na norma legal), aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e a finalidade da norma.

2.2.O Controle Principiológico dos Atos Administrativos

Os princípios de uma ciência são as proposições fundamentais, básicas, que condicionam todas as matérias subseqüentes. Eles são os alicerces da disciplina estudada.

Nas palavras de Bandeira de Mello:

> Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

> Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra; (1994, p. 747-748).

Existem certos princípios básicos da Administração Pública que devem ter observação permanente e obrigatória, como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses há outros, expressos ou implícitos na Constituição Federal, que servem para todo o Direito Administrativo e que constituem o chamado regime jurídico-administrativo. São, no dizer de Hely Lopes Meirelles, "os fundamentos da validade da ação administrativa ou os sustentáculos da atividade pública" (2004, p. 87). Desta forma, pode-se dizer que esses princípios são o fundamento do ordenamento jurídico. A inobservância de qualquer um deles tornará o ato ilegal.

2.2.1.Legalidade

O princípio da legalidade é a expressão maior do Estado Democrático de Direito, a garantia de que os cidadãos não dependem das vontades particulares, pessoais, daqueles que governam.

Segundo este princípio o administrador tem que seguir a lei durante a prática de todos seus atos na vida pública, estando sujeito a responsabilidade disciplinar, civil e criminal se não o fizer.

Está expresso no artigo 5º da Constituição: *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei,* e é um dos princípios fundamentais do direito administrativo.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

> a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercitar os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública não podem renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda ação administrativa. (2004, p. 88).

Cumprir literalmente o texto da lei não é o mesmo que a atender em seu espírito. Por isso a Administração deve ser orientada pelos princípios do Direito, para que ao legal se ajunte o mais conveniente aos interesses sociais.

O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. É o fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

É uma forma de controle contra os abusos dos administradores, já que só podem agir conforme a lei**.**

2.2.2.Juridicidade

Como já foi dito anteriormente a Administração não pode agir senão quando autorizado por lei. Mas atualmente o princípio da legalidade já não tem se mostrado tão eficaz visto que nem toda lei é justa. Não que o princípio da legalidade deva ser deixado de lado, pelo contrário, ele deve ser aplicado num sentido amplo, não somente de acordo com a lei, e sim com os princípios e com todo o ordenamento jurídico, buscando não somente cumprir a lei literalmente, e sim o espírito da lei, o que realmente a norma deseja. (LEITE, 2007, p. 1).

Desta forma o princípio da legalidade passa a integrar o chamado princípio da juridicidade. A Administração deve agora se submeter a legalidade formal e se ater a outros conceitos, normas e princípios, ou seja, é necessário a submissão dos atos da Administração a todo o ordenamento jurídico.

Por isso deve-se buscar solucionar o caso concreto respeitando o ordenamento jurídico pátrio como um todo, entendendo a legalidade num sentido amplo, como no princípio da juridicidade.

O princípio da juridicidade pode ser visto como uma evolução da interpretação do Direito Administrativo, que veio para superar o princípio da legalidade, dando maior amplitude para a manifestação dos atos administrativos.

Pois, conforme entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

> através do princípio da legalidade a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite, ou seja, todos os atos do administrador dependem da lei e a Administração Pública não pode, através de ato administrativo, “conceder direitos de qualquer espécie, criar obrigações ou impor vedações aos administrados”. Assim, “a vontade da Administração Pública é aquela que decorre da lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. pp. 67-68).

Tal controle pode ser realizado pela própria Administração como também pelo Poder Judiciário.

2.2.3.Moralidade

O ato administrativo não tem que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética, porque nem tudo que é legal é honesto. A conduta do administrador público tem que estar pautada na moral, na confiança, na boa-fé, na honradez e na probidade.

A moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade que legitimam toda a atividade pública.

A moralidade pode ser comparada com a boa-fé objetiva, que é entendida como um dever de lealdade, um exemplo de conduta social, que segue sempre os ditames da honestidade e da probidade.

O agente público, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve saber distinguir o bem do mal, o correto do errado, e principalmente o honesto do desonesto.

É possível zelar pela moralidade administrativa, por meio da correta utilização dos instrumentos para isso existentes no ordenamento jurídico, entre os quais se destaca o processo administrativo, pela ampla investigação que nele existe, chegando mesmo ao mérito do ato ou da decisão, ao questionamento de sua oportunidade e conveniência.

2.2.4.Impessoalidade ou Finalidade

Este princípio impõe ao administrador que só pratique o ato se conforme o fim que a lei busca. A lei é a única norma de Direito que indica expressa ou implicitamente o objetivo do ato, de forma impessoal.

A finalidade de todo ato administrativo tem sempre um objetivo certo: o interesse público. Todo ato que não atender este interesse sujeitar-se-á a invalidação por desvio de finalidade. A Lei da ação popular, Lei 4.717 de 1965, em seu art. 2º, parágrafo único, alínea "e", trouxe o desvio de finalidade como o "fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência" do agente.

Como o princípio da finalidade exige que o ato seja praticado sempre buscando a finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros.

Como foi explanado por Hely Lopes Meirelles:

> O que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade. (2004, p. 92).

Já Bandeira de Mello argumenta que:

> No princípio da impessoalidade se traduz a idéia de que a Administração tem que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou detrimentosas. Nem favoritismo nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. (1994, p. 68)

Além do princípio da finalidade ou impessoalidade atuar no sentido de que todo ato administrativo deve garantir o bem comum e não pode prejudicar nem beneficiar pessoas determinadas, também atua no sentido de que os atos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade da Administração Pública.

2.2.5.Razoabilidade e Proporcionalidade

A razoabilidade deve ser entendida segundo os valores do bom senso. Assim, não é conforme o ordenamento jurídico a conduta do administrador decorrente de seus critérios pessoais que, apesar de aparentar legalidade, acabe, por falta da razoabilidade, contrariando a finalidade, a moralidade ou a própria razão de ser da norma em que se baseou.

Pode-se entender também a razoabilidade como adequação entre os meios e os fins, sendo que tudo que a medida que extrapolar ao que for estritamente necessário para alcançar o interesse público pode vir a sofrer sanções, apesar de não transgredir nenhuma norma expressa.

Segundo este princípio a Administração tem que obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional. Por isso é muito importante que o administrador sempre dê os fundamentos de fato ou de direito que o levaram a decidir daquela maneira e empregue meios proporcionais para alcançar os fins desejados.

Este último ponto é o que chamamos de princípio da proporcionalidade, proporcionalidade entre os meios utilizados pela Administração e os fins que ela tem que alcançar. Apesar de existir um espaço para a discricionariedade na norma legal, em que o agente público pode agir segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade é reduzida no caso concreto, em que os fatos podem apontar para o administrador a melhor decisão, com menor ônus a coletividade.

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade servem como forma de controlar a Administração e evitar seus excessos, sendo, portanto, um dos mais importantes princípios regradores da Administração.

2.2.6.Publicidade

A publicidade é a ampla divulgação oficial de todo ato administrativo para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Por isso que certos atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade, ou seja, poderem ser cobrados perante as partes e terceiros.

Para Hely Lopes Meirelles:

> A publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo, os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exeqüibilidade, quando a lei ou o regulamento a exige. (2004, p. 93).

Em tese, todo ato administrativo deve ser público, porque a Administração tem este caráter. Este princípio atribui a Administração o dever de ser transparente em todos os seus atos e fornecer informações a particulares quando solicitada.

Só se admite sigilo nas hipóteses previstas no artigo 5º, inciso LX: "*a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem*"; e inciso XXXIII, da Constituição: "*todos têm direito a receber informações de seu interesse particular, ou de interesse público ou coletivo, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado*".

A publicidade também não é exigida nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da Lei 8.159 de 1991 e pelo Decreto 2.134 de 1997.

O princípio da publicidade, além de assegurar os efeitos externos do ato, propicia o seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral.

2.2.7.Eficiência

A eficiência é princípio administrativo moderno, pois não se restringe somente a legalidade do ato, visando bons resultados para a atividade pública, e sim exige que a atividade administrativa seja exercida para alcançar o máximo rendimento funcional possível, satisfazendo perfeitamente o atendimento das necessidades da sociedade.

Segundo Alexandre de Moraes:

> Assim, *princípio da eficiência* é o que impõe à administração pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, rimando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se maior rentabilidade social. (1999, p. 30).

O princípio da eficiência faz com que o juiz, quando provocado, poderá argumentar, diante de argumentos técnicos claros, se o comportamento administrativamente adotado, apesar de contido dentro das possibilidades admitidas pela lei, revelou-se, no caso concreto, a solução mais eficiente, como queria a norma legal.

> Assim, no uso de uma competência discricionária o gestor público não detém a prerrogativa de optar por uma solução que seja, no ponto de vista técnico, de eficácia duvidosa, ou comprovadamente menos eficiente diante de outras alternativas possíveis. Conduta contrária a esta diretriz viola o próprio princípio da legalidade e, por tabela, o novel princípio da eficiência, positivação agora explícita de uma exigência inerente àquele. (PESSOA, 1999, p. 1).

2.2.8.Segurança Jurídica

A segurança jurídica vista dar maior estabilidade as situações jurídicas, mesmo aquelas que apresentam vícios de ilegalidade em sua constituição. Este princípio é uma das bases do Estado do Direito.

Este princípio ocupa lugar de destaque no ordenamento jurídico atual, tanto que o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito são exemplos muito utilizados de seu cumprimento.[4]

Conforme ensina Luis Roberto Barroso:

> *a* segurança encerra valores e bens jurídicos que não se esgotam na mera preservação da integridade física do Estado e das pessoas: açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas. (2002, p.49).

Já Elody Nassar leciona que:

> Em nome da segurança jurídica, consolidaram-se institutos desenvolvidos historicamente, com destaque para a preservação dos direitos adquiridos e da coisa julgada". Agregando-se a esse conceito vem a força imperiosa da acomodação fática por via da consolidação dos direitos exercidos e não disputados que se origina no instituto da prescrição, vale dizer, a estabilização das situações jurídicas potencialmente litigiosas por força do decurso do tempo. (2004, p.18).

2.2.9.Motivação

Não se deve confundir motivo com motivação. Motivos são os fatos que levaram à prática do ato. A motivação é a fundamentação, a razão pela qual a autoridade administrativa deve praticar aquele ato.

Motivar significa que a Administração Pública deve justificar seus atos, indicando os fatos (pressupostos de fato) que ensejam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de

[4] A proteção legal ao ato jurídico perfeito, a coisa julgada e ao direito adquirido se encontra no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.

direito) que autorizam sua prática. Nos atos discricionários esta justificativa é dispensável, bastando apenas verificar a competência para o exercício desse poder e a conformidade do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa.

Celso Antonio Bandeira de Mello, nesse sentido observa que:

> *"*A motivação deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipótese de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente por estar implícita a motivação. Naquele outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apurada apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada*."* (1994. p. 82).

A motivação tem que demonstrar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda.

2.2.10.Ampla Defesa e Contraditório

A Constituição Federal de 1988 consagrou em seu artigo 5º, inciso LV, a ampla de defesa e o contraditório: "*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com meios e recursos a ela inerentes*."

A ampla defesa significa a liberdade inerente ao indivíduo em defesa de seus interesses, para alegar fatos e produzir provas. Este princípio se aplica a qualquer processo que envolve algum tipo de penalidade.

Já o princípio do contraditório implica em que todos os atos processuais, ou de natureza procedimental, devem dar oportunidade de todas as partes envolvidas poderem contrariar as alegações e provas produzidas.

Vicente Greco Filho define o contraditório da seguinte maneira:

> O contraditório se efetiva assegurando-se os seguintes elementos: a) o conhecimento da demanda por meio de ato formal de citação; b) a oportunidade, em prazo razoável, de se contrariar o pedido inicial; c) a oportunidade de produzir prova e se manifestar sobre a prova produzida pelo adversário; d) a oportunidade de estar presente a todos os atos processuais orais, fazendo consignar as observações que desejar; e) a oportunidade de recorrer da decisão desfavorável. (1996. p. 90).

2.2.11.Interesse Público

O princípio da supremacia do interesse público deve não só estar presente na execução de todos os atos pela Administração, mas sim no momento em que o legislador elabora a lei.

O interesse público é indisponível, isto quer dizer que se trata de interesses próprios da coletividade, e por isso não estão a disposição de qualquer pessoa. A Administração Pública também não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tutelar, mesmo porque o titular do interesse público é o Estado, que, por isso, somente mediante lei poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia de direitos.

Este princípio está ligado estritamente ao da finalidade. A supremacia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Deste modo, o interesse público deve ser

observado e respeitado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.

2.2.12.Autotutela

A autotutela significa o controle que a própria Administração exerce sobre seus atos, com a possibilidade de anular atos ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos.

A autotutela tem duas vantagens sobre o controle do ato administrativo pelo Judiciário. Uma porque possibilita a Administração reapreciar seus atos de ofício, sem necessidade de alguma provocação do particular. Diferentemente do Judiciário que segue o princípio da inércia e só pode agir se provocado. E segundo é com relação aos aspectos que podem ser revistos, a Administração pode reavaliá-los quanto à sua legalidade e quanto ao seu mérito, enquanto o Judiciário, em tese, só pode analisar os atos quanto a sua ilegalidade.

O princípio da autotutela já está contemplado na Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal: "*A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em qualquer caso, a apreciação judicial*".

2.2.13.Hierarquia

O princípio da hierarquia quer dizer que os órgãos da Administração Pública são estruturados de tal forma que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições definidas na lei. Desse princípio, decorre uma série de prerrogativas da Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições e a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência.

2.2.14.Continuidade do serviço público

A continuidade do serviço público é vital para a sociedade visto que é a maneira pelo qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade. E como as taxas, impostos e contribuições de melhorias não cessam, não há porque o serviço público cessar.

O princípio da continuidade do serviço público gera algumas conseqüências como a proibição de greve nos serviços públicos ditos como essenciais, como por exemplo, de hospitais; e a necessidade de institutos como a suplência, a vacância e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas.

Depois de debater sobre o controle principiológico do ato administrativo, cabe agora chegarmos no ponto chave deste trabalho, o controle do ato administrativo em face do princípio da juridicidade, que será tema do próximo capítulo.

CAPÍTULO III: O PRINCÍPIO DA JURIDICIDADE

3.1.O Controle do Ato Administrativo

Houve época em que os atos administrativos discricionários não sofriam nenhuma forma de controle a não ser a da própria Administração. Como visto, só com a configuração dos fundamentos do Estado Democrático de Direito como a soberania, a cidadania, e a dignidade da pessoa humana, que a Administração passou a sofrer controle externo de seus atos.[5]

A preocupação com o controle dos atos administrativos começou a ser mais debatida depois que a Constituição de 1988 trouxe novos valores e princípios, principalmente em seu artigo 37.

À medida que aumentam os poderes do Estado, também crescem as formas de controle de tais poderes, a fim de garantir que os interesses públicos sejam alcançados.

Todos que são responsáveis pela fiscalização da Administração devem sempre estar atentos para suas ações, e para um melhor resultado é necessário promover a integração das informações essenciais a esse controle, de modo a facilitar na medida do possível a fiscalização.

---

[5] Aqui é interessante diferenciar poder de função da Administração. Antes a Administração tinha poder, que era absoluto, visto que somente ela poderia rever e controlar seus próprios atos. Hoje se fala que a Administração tem uma função pública de sempre zelar pelo bem comum.

A Lei Complementar 101 de 2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal, foi exemplo de um valioso instrumento para a consecução desse objetivo.

Para Hely Lopes Meirelles (2004, p. 639) controle é a faculdade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade exerce sobre a conduta.

Todo ato administrativo deve observar os princípios constitucionais do artigo 37 da Constituição, que são legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, além de outros que regem o direito público e administrativo, como razoabilidade, proporcionalidade, segurança jurídica, motivação, ampla defesa, contraditório, supremacia do interesse público e continuidade do serviço público.

Os atos praticados sem a observância desses princípios são passíveis de invalidação seja pela própria Administração seja pelo Judiciário.

Com relação ao objeto o controle pode ser de legalidade (anulação do ato por alguma eventual ilegalidade) ou de mérito (de acordo com a oportunidade e conveniência da manutenção do ato já praticado).

O controle praticado pela própria Administração é o que se chama de Autotutela, na qual pode anular seus atos, quando eivados de nulidade, ou revogar ou alterar, por conveniência e oportunidade, sempre respeitando os direitos adquiridos, de acordo com a Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal.

Essa forma de controle é exercida pela fiscalização hierárquica, recursos administrativos e pela fiscalização financeira e orçamentária.

O controle Legislativo ou Parlamentar pode ser exercido pelo Congresso Nacional, Senado Federal, Câmara dos Deputados, Assembléias Legislativas, Câmaras Distrital e Câmara de Vereadores através de CPI's (Comissões Parlamentares de Inquérito) em que procedem pedidos de informação, convocam autoridades para esclarecimentos, exercem a fiscalização financeira, contábil, operacional e orçamentária sobre os atos dos demais Poderes, sempre com apoio consultivo do Tribunal de Contas (Rosa, 2007. p. 251).

Com relação ao Legislativo, o controle referido é o que está previsto na Constituição Federal e seria correto ocorrer, mas como se sabe nem sempre acontece da maneira honesta que deveria acontecer.

A Constituição de 1988 trouxe também o controle difuso, ou seja, o exercido pelo povo. Traz em seu artigo 1º, parágrafo único: "*Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição*." Esta forma de controle é feita principalmente através das prestações de contas.

Já o controle Judicial pode ser preventivo ou corretivo, através de ações constitucionais como *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública.

Apesar dessa forma de controle ser ampla, já que a inafastabilidade do controle jurisdicional é um fundamento do Estado de Direito, não é ilimitada. Deve estar conforme os princípios constitucionais e administrativos, não podendo intervir nas questões de mérito (oportunidade e conveniência).

Nas palavras de Dutra de Araújo:

> Errôneo e dizer-se, portanto, que ao juiz e "vedado o conhecimento" dos "atos discricionários". O conhecimento de todo e qualquer ato administrativo levado ao

> julgador e não só possível, mas necessário ao cumprimento das funções jurisdicionais. (2005, p. 134).

Depois de verificada a conformidade do ato com a lei, ao juiz cabe a manutenção do ato. Mas se o ato não for legal, será anulado. O Judiciário não poderá de maneira alguma substituir a Administração, ditando o que esta deve fazer, e sim, trará uma nova oportunidade para que pratique o ato, dentro dos limites impostos. Isso porque o princípio da separação dos poderes sempre deve ser respeitado.

Nesses casos é sempre muito importante a motivação dos atos, visto que desta maneira será mais fácil demonstrar que as escolhas feitas estão conformes a lei e a todo o ordenamento jurídico.

Através da motivação o administrador poderá deixar claro a sociedade porque entendeu ser aquele ato o melhor a ser realizado naquele momento. O que também facilita a fiscalização de conformidade com todo o Direito.

Como diz Dallari:

> ... exatamente a discricionariedade, longe de dar uma liberdade maior, obriga a um maior rigor. Exatamente porque eu posso decidir de diferentes maneiras e que eu preciso deixar bem claro por que estou decidindo desta determinada maneira, e não de outra. (1986, p. 57).

O fato de o administrador ter maior liberdade não quer dizer que esteja imune as formas de controle, principalmente a Judicial, visto que estamos em um Estado Democrático de Direito.

Quando se fala em controle do ato administrativo é preciso levar em conta a legalidade e o mérito. O primeiro diz respeito ao ato estar conforme as normas legais e o

segundo ao campo da oportunidade e conveniência de que dispõem o administrador na prática de tal ato.

É no mérito que reside a discricionariedade administrativa, e a polêmica se esta é ou não passível de controle externo.

3.2.Limites do Princípio da Juridicidade

Os princípios que no passado possuíam apenas caráter informativo, passaram a ter função normativa, visto que sempre devem ser respeitados e auxiliam nas lacunas deixadas pela lei. Sendo então erguidos no mais alto patamar do ordenamento jurídico, como forma de manutenção.

A partir da normalização dos princípios que surge o princípio da juridicidade, segundo o qual a atuação da Administração deve estar em perfeita harmonia com todo o Direito, afastando a noção de legalidade estrita, passando a abarcar regras e princípios. Este princípio vem ganhando tanta força nos debates doutrinários, que passou a ser visto como uma forma de controle dos atos administrativos.

O que realmente caracteriza o Direito Administrativo é a submissão ao Direito e não a lei em sentido estrito. O que deve predominar não é somente o texto da lei e sim a justiça. É preciso verificar se todo ato da Administração está coerente com todo o ordenamento jurídico, seus conceitos, normas e princípios.

Na verdade pode-se falar que o princípio da juridicidade é uma evolução do princípio da legalidade, já que só a falta de impedimento legal não basta como forma de controle do ato. Deve ater-se a outros conceitos, normas e princípios que norteiam todo o ordenamento jurídico.

Como esclarece Wallace Paiva Martins Júnior:

> "Verifica-se, portanto, que a expressão "legalidade" não significa nem se reduz, absolutamente, à lei em sentido formal (uma vez que concentrado o cabimento desta em matéria referente à intervenção estatal na esfera das liberdades e direitos fundamentais do administrado, concebendo-se conceitos de legalidade estrita e ampla) e que, concomitantemente, o princípio da legalidade foi evoluindo para um sentido que admite outras formas de expressão jurídica: princípio da juridicidade, abarcando Constituição, Leis, princípios jurídicos, regulamentos, decretos-leis, atos normativos inferiores, compatibilizados, tanto estes como aquelas, com as prescrições constitucionais de cada ordenamento jurídico.
>
> ....
>
> Essa depuração do princípio da legalidade permite, portanto, inferir uma profunda distinção entre a legalidade propriamente dita (reserva de lei, legalidade absoluta ou estrita), suas espécies, níveis e juridicidade – este, sim, um princípio de maior abrangência, contendo a legalidade, os princípios jurídicos (como a moralidade) e, mais do que isso, os princípios constitucionais e outras formas de expressão jurídica." (2001. p. 72 e 74).

Alguns doutrinadores, como será visto adiante, defendem que o princípio da juridicidade engloba o da legalidade, visto que esse consiste na conformidade das leis, decretos e atos normativos, e aquele abrange todos os princípios que estão contidos no ordenamento jurídico.

É dever da Administração, em respeito à Constituição, agir conforme os princípios explícitos e implícitos, como o da juridicidade.

Por isso que o princípio da juridicidade vem ganhando força e substituindo o da legalidade, já que os atos da Administração Pública não devem mais observar apenas as

leis e sim todo o ordenamento jurídico, sempre buscando a satisfação do interesse público e atingindo um ideal de justiça social.

3.2.1.Entendimento Doutrinário

A maioria da doutrina nesta pesquisa utilizada entende que não cabe o controle do mérito do ato administrativo, sustentando a prevalência da separação dos poderes prevista no artigo 2º da Constituição: "*São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*." Essa corrente doutrinária analisa a decisão administrativa como política.

Aqui serão expostas as idéias de alguns dos doutrinadores sobre a matéria.

João Roberto Santos Regnier, em sua obra Discricionariedade administrativa: Significação, efeitos e controle (1997, p. 36), ressalta que Seabra Fagundes, entende que ao Judiciário seria vedado apreciar o mérito dos atos administrativos, cabendo-lhe tão somente o exame sob o prisma da legalidade.

Para o referido autor o mérito constitui um "aspecto do procedimento da Administração, de tal modo relacionado com circunstâncias e apreciações só perceptíveis ao administrador, dado os processos de indagação de que dispõe e a índole da função por ele exercida, que é ao juiz vedado penetrar no seu conhecimento".

Hely Lopes Meirelles (2004, p. 679) diz que o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário “é um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por ser restrito a verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege”.

Para Caio Tácito (1959, p. 30) o poder discricionário não pode ser revisto no mérito pelo Judiciário, somente no que diz respeito à legalidade. Mas admite a exceção para o juiz adentrar na matéria de fato em busca da análise dos elementos de legalidade interna da conduta do administrador, desde que exista forte evidência do desvio de finalidade ou abuso de poder por parte deste.

Cavalcanti (1973, p. 114-115) entende o ato administrativo discricionário como sendo todo ato insuscetível de apreciação por outra esfera de poder que não seja a administrativa. Diz vir informado por critérios de justiça, conveniência e oportunidade, mais condizentes com o interesse do que com o Direito, razão pela qual se deva entendê-lo mais como ordem política do que jurídica. E continua dizendo que a conveniência e a oportunidade, o meio de realizar o ato encontram-se dentro da esfera discricionária, que não pode violar o limite fixado pela lei. Sendo assim, somente a ilegalidade do ato está sujeita a apreciação do poder Judiciário.

Para Bandeira de Mello (1994, p. 214-215) a discricionariedade não caracteriza atributo nem poder, e sim um “resíduo de liberdade, deferido ao administrador como um poder e um dever de integrar a vontade da lei, corporificando-a nas situações especificas em que tal interferência seja requerida pela própria norma a que se dá execução”.

Diógenes Gasparini (1995, p. 386) limita o controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário apenas nos casos de exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa, assim o mérito não pode ser objeto desse controle.

Os referidos autores acreditam não ser possível ao Judiciário analisar a conveniência e oportunidade do ato; somente o administrador, em contato com a realidade, poderá identificar casos de finalidade e utilidade públicas ou de bem comum, e escolher excelentemente qual opção atenderá melhor as suas perspectivas.

Porém, o ato administrativo discricionário pode sofrer controle judicial no que diz respeito ao interesse comum que todo ato administrativo deve atender.

Mas ao Judiciário não cabe substituir o administrador, definindo o mérito do ato, e sim somente definir o ato como o não mais apropriado para aquele caso, devendo a Administração refazer da maneira que entender mais correta, desde que respeitando o ordenamento jurídico posto.

Assim é o entendimento do autor Victor Nunes Leal (1960, p. 14 e 53) que se refere ao “conteúdo discricionário do ato administrativo” e ao “poder discricionário”, ao invés de “ato discricionário”, pois defende a idéia de que nenhum ato pode ser considerado totalmente discricionário, visto que a finalidade de todos os atos administrativos está sempre explícita ou implícita na lei. E a própria finalidade, que é sempre alcançar o interesse público, já constitui um aspecto vinculado do ato administrativo, e, portanto, suscetível de apreciação jurisdicional.

De igual entendimento é Cretella Júnior (1966, p. 359), que prevê a possibilidade de reexame do ato administrativo pelo Judiciário a partir da legalidade, adequação a lei, quanto do mérito, conveniência e oportunidade do ato.

3.2.2.Análise Jurisprudencial

Por se tratar de um tema relativamente recente, não há muitas decisões citando o princípio da juridicidade. É mais comum encontrar-se decisões se referindo ao principio da legalidade ampla.

Mas apesar de poucas, tem-se decisões que demonstram bem como o princípio da juridicidade vem sendo respeitado e aplicado.

Passa-se a análise de algumas destas decisões.

> **ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA VISANDO DESCONSTITUIÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FISCAL. PROCEDÊNCIA**. Valor da multa excessivo e ilegal. A atividade da Administração sujeita-se não só ao controle da legalidade mas também da juridicidade, regendo-se, portanto, pela legislação que lhe seja aplicável e, sobretudo, pelos princípios orientadores da atividade administrativa, notadamente os da proporcionalidade e da razoabilidade. (TRF4, APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.71.10.002454-5, 4ª Turma, Des. Federal VALDEMAR CAPELETTI, POR UNANIMIDADE, D.E. 17/07/2007).

Neste caso a decisão faz referência ao princípio da juridicidade, defendendo sua aplicação em todo e qualquer ato da Administração, visto que é impossível tratar um ato isolado do sistema jurídico vigente.

> **ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. REALIZAÇÃO DE PROVA EM DATA DIVERSA. MOTIVO DE FORÇA MAIOR.**

SITUAÇÃO DE FATO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.

1. Se a pretensão do autor envolve a legalidade ou, em acepção mais ampla, a juridicidade de disposição de edital de concurso público, não se deve cogitar a impossibilidade jurídica do pedido, por não se estar examinando questão afeta à discricionariedade da Administração.

2. Não há litisconsórcio passivo necessário quando a pretensão do autor não afeta diretamente esfera jurídica de interesse dos demais candidatos do certame.

3. Em princípio, não se admite que motivos de força maior, inclusive comprovado acometimento de doença por candidato, possibilitem a realização de etapa de concurso público em data diversa da que foi fixada no edital respectivo. Tal consideração, pela Administração, de inúmeras situações particulares que envolvam casos fortuitos e de força maior poderia levar à própria inviabilização da realização do concurso público.

4. No entanto, como o autor, amparado por medida liminar, realizou a avaliação psicológica em data diversa, tendo sido aprovado nesta e nas demais etapas do certame, inclusive no Curso de Formação, tendo ainda tomado posse no cargo, o qual ele exerce há quase três anos, torna-se imperativo, com fundamento nos princípios da razoabilidade e da segurança jurídica, o reconhecimento de situação de fato consolidada. Não se pode ignorar, na hipótese, o interesse

> público, em especial todo o investimento que foi realizado na capacitação e qualificação do profissional, já perfeitamente integrado aos quadros da Polícia Federal. Precedentes do STJ.
>
> 5. Apelo a que se nega provimento. (APELACAO CIVEL RS Nº 2004.71.00.048112-1, 4ª Turma, Relator: Valdemar Capeletti, D.E. 07/07/2008).

Já este acórdão foi favorável ao candidato que pretendia realizar a prova em data diferente da agendada devido a caso de força maior. A argumentação teve como fundamento os princípios da juridicidade e da razoabilidade.

O princípio da juridicidade foi para defender a pretensão do autor, que envolvia a legalidade numa concepção mais ampla, e segundo o relator, por este motivo não interferia na discricionariedade da Administração. Enquanto que o princípio da razoabilidade fundamentou a permanência do empregado no cargo visto que já havia sido aprovados em todas as etapas do concurso e estava exercendo o cargo há quase três anos.

Para finalizar e ilustrar bem a aplicação do princípio da juridicidade no controle dos atos administrativos, abaixo vem trechos de uma decisão em um Mandado de Segurança também do Rio Grande do Sul, que devido a tamanha importância é trazido para análise, e em anexo se encontra na íntegra.

> ...
>
> Anoto que, após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado "mérito" do ato administrativo, reservado à

área de oportunidade e conveniência, onde imperava a discricionariedade. Evidentemente, não se há que permitir ao julgador substituir-se ao administrador na tomada de decisões entre opções de natureza política. No entanto, hoje já se tem assente que mesmo as escolhas políticas não podem divergir das diretrizes constitucionais, às quais está o agente público sempre vinculado, sendo, pois, correta a assertiva de que ausente discricionariedade pura do administrador, facultando-se ao Judiciário o exame da motivação, à luz do interesse público e dos princípios fundamentais ínsitos na Lei Maior. A respeito, preleciona MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS in "A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário", no Boletim Jurídico, ano V, nº 220, Uberaba/MG27/03/2007, páginas 24/44, *verbis*: "Os princípios *sub oculis*, como conceituado por José dos Santos Carvalho Filho, são 'diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.' Funcionam, assim, os princípios, como normas fundamentais para boa gestão da coisa pública.

Com essa nova filosofia, onde os princípios constitucionais constituem-se como 'raízes' do direito administrativo, houve substancial alteração deste ramo do direito, que passou a ser totalmente vinculado a essa nova filosofia de conceitos.

> Com esta vinculação, os princípios constitucionais passaram a controlar a Administração Pública, em especial no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública quanto aos seus atos discricionários, permitindo uma identificação do ambiente decisório do administrador, em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração a serem seguidos.
>
> ...

Regis Fernandes de Oliveira (1992, p. 35) diz que num Estado de Direito nenhum ato pode ser excluído da apreciação do Judiciário, não "há mais atividade extrajurídica ou suprajurídica," visto que toda a atividade da Administração deve estar sujeita diretamente a Constituição, que traz em seu artigo 5º, inciso XXXV: *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*.

> ...
>
> Assim, o ato administrativo discricionário, em seu todo, fica vinculado aos critérios objetivos dos princípios constitucionais, não como uma forma de limitação, mas sim como um aperfeiçoamento da medida a ser adotada.
>
> É preciso que se dê um fim à idéia de que com a vinculação do ato administrativo discricionário aos princípios constitucionais, estar-se-ia impedindo a livre movimentação do administrador, pois esta nova filosofia do direito administrativo constitucional amadurece o ato público qualitativamente. Nada é mais nefasto do que atos

> discricionários ocultando interesses particulares, contrários à finalidade pública. Por esta razão, a vinculação aos princípios da Constituição na tomada de posição do administrador evita que fins alheios ao interesse público sejam os prevalentes.
>
> ...

Cabe aqui citar um trecho da tese de Doutoramento de Rubem Dário Peregrino Cunha: “A Juridicização da Discricionariedade Administrativa”:

> Se o poder detem o poder, e ao Poder Judiciário cabe a jurisdição, e lógico concluir-se que a doutrina de separação de poderes induz, como efeito, no seu próprio mecanismo, o controle dos atos da Administração, sem que se possa cogitar que o dito controle traduz ingerência indevida; para tanto e portanto e que os ordenamentos nacionais garantem a independência dos juízes, mesmo porque, nos ordenamentos onde existe o controle de constitucionalidade, perde sua força a invocação do princípio da separação de poderes, para limitar a fiscalização, pelo Poder Judiciário, da conduta administrativa. (2005, p. 84-85).
>
> ...
>
> Dessa forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório. (...) Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevalier, 'o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito.'
>
> ...

> Destarte, a vinculação do Estado à legalidade constitucional retira do administrador público a condição de promover uma escolha livre para a tomada do seu ato discricionário afastada dos princípios constitucionais, pois a sua liberdade não é total na atual fase do direito administrativo constitucional, ela é vinculada aos instrumentos contidos na Constituição.
>
> ...

Ricardo Emilio Medauar Ommati (2004, p. 63-64) defende a idéia de que “não se vive mais sob a ótica de que o mérito do ato administrativo é indevassável e impenetrável”, já que a própria Constituição diz o contrário em seu artigo 5º, inciso XXXV.

Muitas vezes o administrador, ao praticar seus atos, não se preocupa em verificar se este é útil e oportuno ao interesse público, e os pratica despidos de qualquer razão de interesse público relevante, praticam buscando interesses pessoais e favoritismo, ultrapassando sua área de atuação e cometendo abuso de poder ou desvio de finalidade.

Não é justo que perdure no mundo jurídico um ato que produza efeitos contrários ao interesse público, por isso, mesmo sendo um ato administrativo discricionário, mas contrário a ordem constitucional, pode ser levado a juízo para que seja discutido.

> ...
>
> Portanto, a livre escolha administrativa continua a existir, apenas ela é vinculada aos princípios da administração pública, para que a sociedade tenha a garantia de que os homens públicos atuarão em

> homenagem aos interesses de todos (públicos) e não que ocorram desvios de finalidade indesejados.
>
> ...

Sérgio Ferraz (1987, p. 145) afirma que a discricionariedade é uma categoria inadmissível, pois não vê alguma margem de liberdade tão ampla, tal como se tem descrito a discricionariedade, na atividade do administrador público, pois ela está necessariamente vinculada a certas balizas do interesse público.

> ...
>
> Assim, o critério de hermenêutica conforme a Constituição privilegia a interpretação extensiva da norma legal, e via de conseqüência, pode-se desnudar o ato administrativo discricionário para cotejá-lo com o estabelecido na Magna Carta.
>
> ...

Rita Tourinho (2006, p. 49) esclarece que o dogma, segundo o qual a liberdade discricionária prevista na lei reporta-se em toda a sua extensão para o caso concreto, impedindo assim a apreciação judicial quanto à procedência da medida adotada, deve ser expurgado. Da mesma forma que existe “um dever jurídico de boa administração” imposto a Administração Pública, existe para o administrado o direito a que a providência adotada seja ótima a satisfação do interesse público.

> ...

> Abstraindo-se da constatação de que tais propósitos não foram atingidos, o que por si só espancaria a validade da justificativa, não se pode olvidar a advertência de Pontes de Miranda, quanto ao risco de supressão das conquistas obtidas com o liberalismo, em nome da suposta efetivação de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões: 'Há de aproveitar-se o que já se alcançou; levar-se consigo o que se tem, ao ir-se buscar o que se não tem. Deixando-se o que se tem, ter-se-ão de percorrer outras estradas para readquirir o que se deixou no meio do caminho.' (Mandado de Segurança, Processo Nº 2008.04.00.005847-5, Corte Especial, Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 29/02/2008).

Carmen Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 25), ao referir-se aos princípios constitucionais afirma que “a norma que dita um princípio constitucional não se põe a contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; Põe-se a observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que a sua ordem se submetem e da qual participam.

Esta decisão demonstra com muita clareza o que este trabalho pretende, que todo ato administrativo, seja ele discricionário ou não, pode sofrer controle do Judiciário, visto que todo ato deve seguir o princípio da juridicidade, ou seja, estar conforme não só ao texto da lei, mas a todo o ordenamento jurídico, aos fundamentos e princípios de Direito, caso contrário, não estará cumprindo sua finalidade de atingir o interesse público e o bem comum, pois está ferindo a Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O controle do ato administrativo, principalmente pelo Judiciário, já vem ocorrendo há algum tempo, visto que aquela liberdade dos soberanos que ocorria na monarquia há muito tempo se extinguiu no Brasil, e no Estado Democrático de Direito que se vive, cada vez mais inovam os mecanismos de controle da Administração, para evitar ao máximo as arbitrariedades outrora tão comuns.

Os atos administrativos discricionários não podem mais ser um resquício do poder ilimitado do Governo. O fato de o administrador ter uma certa liberdade de escolha de qual das opções disponíveis entende melhor cumprir a função social no caso concreto, não é fundamento para se considerar essa liberdade sem limites e uma vez feita essa escolha, ninguém poderá intervir, a não ser a própria Administração.

Os que assim entendem alegam que se o Judiciário anular os atos da Administração, estará interferindo no Poder Executivo, e assim, violando o princípio da separação dos poderes,

Mas tal fato não se demonstra real, pois quando o Judiciário anula algum ato da Administração, não o refaz como bem entende, ou ordena que a Administração assim o faça, e sim disponibiliza nova oportunidade para que ela refaça seu ato como entender melhor, desde que conforme o disposto no ordenamento jurídico.

Muitas vezes a discricionariedade serve para acobertar certos abusos ou desvios de finalidades, visto que muitos administradores utilizam essa margem de liberdade para

favorecer seus interesses pessoais, deixando de investir ou melhorar os serviços essenciais da sociedade.

Não se pode mais falar em discricionariedade plena, visto que todo ato da Administração deve seguir a Constituição, e isto por si só, já o torna de certa maneira vinculado, pois caso contrarie algum dispositivo da Carta Magna seus ato poderá ser revogado ou até anulado.

Cabe ao Judiciário sim anular os atos da Administração que não somente contrariem o princípio da legalidade, mas sim o da juridicidade, que é muito mais amplo, e abarca outros conceitos, normas e princípios existentes e fundamentais para a manutenção do ordenamento jurídico como um todo.

O princípio da juridicidade se baseia na idéia de que todo o ordenamento em que se insere a norma legal ou o ato administrativo, deve ser analisado na escolha pela melhor decisão possível.

Desta forma, o princípio da juridicidade se mostra como um meio mais eficaz no controle dos atos administrativos discricionários, já que respeita todas as normas e princípios do Direito, se preocupando com todo o ordenamento jurídico, para que cada vez mais as justiças sociais sejam realizadas e diminuam os casos de desvios e abusos de poder tão comuns atualmente.

REFERÊNCIAS

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

BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT, Eurico Neto. **Improbidade administrativa e violação de princípios**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **Discricionariedade Administrativa no Estado Constitucional de Direito**. 2ª ed. Juruá, 2007.

CARVALHO Filho, Jose dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Teoria dos Atos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

COSTANZE, BUENO ADVOGADOS. **Ato Administrativo**. Bueno e Costanze Advogados. Guarulhos, 2007. Disponível em: http://(endereço eletrônico). Acesso em: 05 mar 2009.

CRETELLA Júnior, José. **Controle jurisdicional do ato administrativo**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. **Tratado de Direito Administrativo**. V. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

CRISTOVAM, José Sérgio da Silva. **Algumas considerações acerca do controle jurisdicional do mérito administrativo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 802, 13 set 2005. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7258 .Acesso em: 16 mai 2009.

CUNHA, Rubem Dário Peregrino. **A juridização da discricionariedade administrativa**. 1ª ed. Salvador: Vercia, 2005.

DALLARI, Adilson de Abreu. **A Autoridade Coatora**. *In*: ARAUJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e Controle do Ato Administrativo**.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_10/DIALOGO-JURIDICO-10-JANEIRO-2002-MARIA-S-ZANELLA-DI-PIETRO.pdf. Acesso em: 03 mar 2009.

FAGUNDES, M. Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

FARIA, Edimur Ferreira. **Motivação do mérito do ato administrativo perante o Judiciário**. Belo Horizonte, 2001.

FERRAZ, Sergio. **Regime Jurídico das Empresas Estatais**. Revista de Direito Publico. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 83, 1987.

FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Brasileiro**. Tomo II, Rio de Janeiro/São Paulo: Livraria Freitas Bastos S/A, 1952; e Tomo I, São Paulo: Saraiva, 1962.

FIORINI, Bartolomé A. **La Discrecionalidud en la Adminlitracion Publica**. Buenos Aires, 1948.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação judicial da discricionariedade administrativa**. Forense, 2000.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o Direito fundamental a boa administração**. Malheiros, 2007.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 3ª ed. Malheiros, 1999.

_____. **Os Atos Administrativos de Discricionariedade Vinculada a Princípios**. *In*: Estudos de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO Filho, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. V. 2. 11ª ed atualizada. São Paulo: Saraiva, 1996.

LEAL, Victor Nunes. **Poder Discricionário e Ação Arbitrária da Administração**. RDA V.14. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

LEITE, Evaldo Jorge. **Princípio da Juridicidade no Direito Administrativo**. 2007. Disponívelem:http://www.r2learning.com.br/_site/artigos/curso_oab_concurso_artigo_638_Principio_da_Juridicidade_no_Direito_Administrativ. Acesso em: 14 jun 2009.

LIMA, Ruy Cirne. **Princípios do Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Ética e administração pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARTINS Junior, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Legalidade – Discricionariedade – Seus Limites e Controle**. Revista de Direito Público. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 152, 1983.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Forense, 1979.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29ª ed. Malheiros, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Reforma Administrativa: Emenda Constitucional n 19/98**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

NASSAR, Elody. **Prescrição na Administração Publica**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. **Limites à razoabilidade nos atos administrativos**. 1ª ed. Atlas, 2006.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Ato administrativo**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2004.

PESSOA, Robertônio Santos.**Princípio da Eficiência e controle dos atos discricionários**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 35, out. 1999. Disponível em: http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=342. Acesso em: 14 jun 2009.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade administrativa: significação, efeitos e controle**. 1ª ed. Malheiros, 1997.

RHODEN, Ilson Augusto**. O Princípio da Juridicidade**. Disponível em: http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=917. Acesso em: 21 jun 2009.

RIBAS, José Antonio Joaquim. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: F. L. Pinto & C., Livreiros Editores, 1866.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROSA, Márcio Fernando Elias. **Direito administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade Administrativa: conceitos indeterminados e aplicação**. Juruá, 2006.

SILVA, Cristiane Paula da. **Ato Administrativo**. Revista Jus Vigilantibus, Terça-feira, 21 de agosto de 2007. Disponível em: http://jusvi.com/artigos/27726/1. Acesso em: 05 mar 2009.

TÁCITO, Caio. **O Abuso de Poder Administrativo no Brasil (Conceito e Remédios)**, DIN – Serviço de Documentação do DASP, Rio de Janeiro, 1959.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade administrativa: ação de improbidade e controle principiológico**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2006.

VASCONCELOS, Telmo da Silva. **O princípio constitucional da legalidade e as formas originárias e derivadas de admissão. O controle interno, externo e judicial**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 66, jun. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4100>. Acesso em: 20 jun 2009.

ANEXO I

Decisão Monocrática. Classe: MS – Mandado de Segurança.

Processo: 2008.04.00.005847-5. UF: RS.

Data da decisão: 27/02/2008. Órgão Julgador: Corte Especial.

Fonte: D.E. 29/02/2008. Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz.

Decisão.Vistos, etc.

Entendo configurados os pressupostos para a concessão da medida liminar, eis que o impetrante demonstrou em sua peça vestibular a natureza controvertida da questão, referindo, inclusive, precedente recente do Des. Federal Castro Lugon no AI nº 2007.04.00.041874-8/RS, nos seguintes termos, verbis: "Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação ordinária, indeferiu a antecipação da tutela requerida com o fito de assegurar a participação da autora nas demais etapas de Concurso Público para provimento de vagas no cargo de Procurador da Fazenda Nacional, enquanto não declarada a ilegalidade em que teria incidido a banca examinadora ao corrigir a prova objetiva da 1ª fase do certame. Sustenta a recorrente que ocorreu erro grosseiro no gabarito das questões nº 60 e n° 80 da prova objetiva do concurso e que a computação da pontuação de apenas uma delas seria suficiente para garantir sua permanência no certame.

Decido.

Anoto que, após a Constituição de 1988, o Direito Administrativo trilhou novos rumos, flexibilizando-se a antiga lição que vedava ao juiz imiscuir-se no chamado "mérito" do ato administrativo, reservado à área de oportunidade e conveniência, onde imperava a discricionariedade. Evidentemente, não se há que permitir ao julgador substituir-se ao administrador na tomada de decisões entre opções de natureza política. No entanto, hoje já se tem assente que mesmo as escolhas políticas não podem divergir das diretrizes constitucionais, às quais está o agente público sempre vinculado, sendo, pois, correta a assertiva de que ausente discricionariedade pura do administrador, facultando-se ao Judiciário o exame da motivação, à luz do interesse público e dos princípios fundamentais ínsitos na Lei Maior. A respeito, preleciona MAURO ROBERTO GOMES DE MATTOS in "A constitucionalização do Direito Administrativo e o controle de mérito (oportunidade e conveniência) do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário", no Boletim Jurídico, ano V, nº 220, Uberaba/MG27/03/2007, páginas 24/44, *verbis*: "Os princípios *sub oculis*, como conceituado por José dos Santos Carvalho Filho, são 'diretrizes fundamentais da Administração, de modo que só poderá considerar válida a conduta administrativa se estiver compatível com eles.' Funcionam, assim, os princípios, como normas fundamentais para boa gestão da coisa pública.

Com essa nova filosofia, onde os princípios constitucionais constituem-se como 'raízes' do direito administrativo, houve substancial alteração deste ramo do direito, que passou a ser totalmente vinculado a essa nova filosofia de conceitos. Com esta vinculação, os princípios constitucionais passaram a controlar a Administração Pública, em especial no aperfeiçoamento do controle da Administração Pública quanto aos seus atos discricionários, permitindo uma identificação do ambiente decisório do

administrador, em virtude da imposição de parâmetros objetivos de valoração a serem seguidos.

Assim, a oportunidade, a conveniência e o próprio mérito do ato administrativo discricionário não poderão ser desprezados pelos princípios da Constituição, que funcionando como critério objetivo de toda a Administração Pública, devem estar presentes na liberdade de escolha do administrador público. Estes limites de ordem constitucional demarcam o espaço de atuação do administrador, como infere Luís Roberto Barroso: 'O poder discricionário, portanto, encontra limites, como já referido, na finalidade legal da norma que o instituiu, mas também, e primordialmente, nas normas constitucionais. No normal das circunstâncias, como no caso examinado neste estudo, a finalidade legal do ato a ser praticado e as normas constitucionais são limites que convivem harmoniosamente para demarcar o espaço de atuação do administrador, mas é importante registrar que, em caso de conflito insuperável entre esses dois elementos, a supremacia será sempre das normas constitucionais, admitindo-se até mesmo que o administrador deixe de dar cumprimento à lei em reverência à Constituição.'

Funcionam os princípios como os vetores a guiar todo ato público, inclusive o administrativo discricionário.

Assim, o ato administrativo discricionário, em seu todo, fica vinculado aos critérios objetivos dos princípios constitucionais, não como uma forma de limitação, mas sim como um aperfeiçoamento da medida a ser adotada.
É preciso que se dê um fim à idéia de que com a vinculação do ato administrativo discricionário aos princípios constitucionais, estar-se-ia impedindo a livre movimentação do administrador, pois esta nova filosofia do direito administrativo constitucional amadurece o

ato público qualitativamente. Nada é mais nefasto do que atos discricionários ocultando interesses particulares, contrários à finalidade pública. Por esta razão, a vinculação aos princípios da Constituição na tomada de posição do administrador evita que fins alheios ao interesse público sejam os prevalentes.

Nesse sentido, precisas foram as colocações de Alexandre de Mores: 'O mérito do ato administrativo, que somente existe nos atos administrativos discricionários, deve ser entendido como juízo de conveniência e oportunidade do administrador, que poderá, entre as hipóteses legal e moralmente admissíveis, escolher aquela que entenda como a melhor para o interesse público.
Mérito, portanto, do ato administrativo é o juízo de conveniência e oportunidade, dentro da legalidade e moralidade, existente nos atos discricionários.
Dessa forma, enquanto o ato administrativo vinculado somente será analisado sob o amplo aspecto de legalidade, o ato administrativo discricionário também deverá ser analisado por seu aspecto meritório. (...) Assim, mesmo o ato administrativo discricionário está vinculado ao império constitucional e legal, pois, como muito bem ressaltado por Chevalier, 'o objetivo do Estado de Direito é limitar o poder do Estado pelo Direito.'

Portanto, a verificação dos princípios constitucionais no ato administrativo discricionário não inviabiliza o critério de oportunidade e de conveniência, visto que estes comandos maiores não impedem a tomada de atos, apenas criam condições que evitam a arbitrariedade e o abuso de poder.
Nessa situação é que o controle jurisdicional é imperioso para o equilíbrio de forças, pois o administrado possui nos princípios constitucionais a garantia de que não será oprimido pela envergadura do poder público.

Assim, como conseqüência do Estado de Direito, não há mais espaço para a criação do ato administrativo discricionário desvinculado dos princípios e das normas constitucionais.

Destarte, a vinculação do Estado à legalidade constitucional retira do administrador público a condição de promover uma escolha livre para a tomada do seu ato discricionário afastada dos princípios constitucionais, pois a sua liberdade não é total na atual fase do direito administrativo constitucional, ela é vinculada aos instrumentos contidos na Constituição.

Não é retirado, por esta ótica, o exercício de competência de um poder-dever funcional, relativamente livre, mas é ressaltado que ele será sempre subordinado à realização de objetivos harmonicamente impostos em um Estado de Direito, desde logo fixados pelos princípios constitucionais.

Portanto, a livre escolha administrativa continua a existir, apenas ela é vinculada aos princípios da administração pública, para que a sociedade tenha a garantia de que os homens públicos atuarão em homenagem aos interesses de todos (públicos) e não que ocorram desvios de finalidade indesejados.

Em alentado estudo, M. Francisca Portocarrero, assim averba sobre 'discricionariedade pura' no novo quadro constitucional: 'Assim, ao utilizar-se a expressão 'discricionariedade pura' não poderá deixar de se ter presente o novo quadro constitucional e legal da discricionariedade, nas modernas Administrações de Estados de Direito. (...) Bem como pensamos que não se pode caracterizar, sem mais, aquela escolha discricionária, entre soluções jurídicas, como verdadeiramente livre, uma vez que ela é condicionada pelos pressupostos fixados pela norma, sendo sempre função deles; e é, ainda, função da

aplicação dos princípios jurídicos gerais da atividade administrativa, sempre reguladores do exercício da discricionariedade, máxime os da imparcialidade e da proporcionalidade.'

Em um Estado de Direito, as atividades das autoridades administrativas são vinculadas sempre aos princípios e preceitos da Constituição, não existindo uma zona de atuação 'completamente livre', pois a liberdade consiste em conformar a necessidade do ato aos comandos eleitos para a sua boa e eficaz validade. Com isto, não se retira a competência discricionária do agente público, apenas ela é vinculada aos princípios constitucionais para melhor servir ao interesse coletivo. Não se deve esquecer que os princípios ao serem embutidos no Texto Maior já foram ponderados pelo constituinte, de forma que fosse balizada a atuação da Administração Pública.

Não vigora mais a idéia da discricionariedade clássica, onde a oportunidade e a conveniência eram impenetráveis ao controle judicial, pois os princípios constitucionais foram instituídos para disciplinar uma unidade em todos os atos públicos, podendo haver análise de mérito do ato administrativo.

Deturpa-se, por outro lado, o controle do ato administrativo discricionário pelo Poder Judiciário, como se ele fosse o intruso aleatoriamente, descartando-se que a sua missão é combater o excesso de poder de órgão público, quando confrontados seus atos com os princípios e as normas legais. Ou, como deixamos expresso em outra oportunidade: 'A constitucionalização das regras da Administração Pública permite ao Poder Judiciário um controle mais efetivo sobre os atos administrativos. (...)Mesmo o ato administrativo discricionário não poderá ser caracterizado em colisão com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.'

A vinculação da Administração à realidade constitucional faz com que seus atos sejam vigiados, não como uma forma de intervenção em sua conveniência e nem na respectiva oportunidade, e sim para mantê-la condicionada aos seus instrumentos condicionantes. É o mesmo fenômeno que ocorre quando o Poder Legislativo edita uma lei inconstitucional. Ou seja, quando o Poder Judiciário interpreta a norma e aplica a eficácia da Constituição, na prática ele não extrapola a sua função para transformar-se em legislador.

Tem-se, portanto, que, com a função da constitucionalização das normas e dos princípios da Administração Pública, o Poder Judiciário amplia o seu leque de controle sobre os atos do Estado.

.....

Confirmando o que foi dito, a Ministra Eliana Calmon, em magistral julgado[104] ressaltou a nova visão do Superior Tribunal de Justiça, quanto ao controle judicial do ato administrativo discricionário:
'Administrativo e Processo Civil - Ação Civil Pública - Ato Administrativo Discricionário: nova Visão.

1 - Na realidade, o império da lei e o seu controle, a cargo do Judiciário, autoriza que se examinem, inclusive, as razões de conveniência e oportunidade do administrador (...)'

Assim, o critério de hermenêutica conforme a Constituição privilegia a interpretação extensiva da norma legal, e via de conseqüência, pode-se desnudar o ato administrativo discricionário para cotejá-lo com o estabelecido na Magna Carta.

A justificativa oficial para a ilimitada ampliação da abrangência da atuação administrativa, pauta-se em aventada mudança no perfil do Estado, que teria deixado de ser 'liberal' passando a assumir posturas 'sociais', com vista a assegurar os direitos à saúde, assistência, educação etc.

Abstraindo-se da constatação de que tais propósitos não foram atingidos, o que por si só espancaria a validade da justificativa, não se pode olvidar a advertência de Pontes de Miranda, quanto ao risco de supressão das conquistas obtidas com o liberalismo, em nome da suposta efetivação de direitos fundamentais de segunda e terceira dimensões: 'Há de aproveitar-se o que já se alcançou; levar-se consigo o que se tem, ao ir-se buscar o que se não tem. Deixando-se o que se tem, ter-se-ão de percorrer outras estradas para readquirir o que se deixou no meio do caminho.'

Assim, a liberdade na aferição da oportunidade e conveniência da atuação administrativa, impõe balizamento não só na lei, como nos princípios constitucionais, não se autorizando, ao intérprete e operador do direito, sopesá-los à sua conveniência invocando a preponderância de interesses ditos 'sociais', já ponderados pelo constituinte originário.

.....

Com enfoque constitucional, onde é relatado o progressivo controle na base dos princípios da Magna Carta no Brasil, que vem adotando a teoria germânica dos "vícios de discricionariedade" segue o notável posicionamento de Andreas J. Krell: 'Não há mais dúvidas, no Brasil, de que todo e qualquer ato administrativo, inclusive o ato discricionário e também aquele decorrente da valoração administrativa dos conceitos indeterminados de prognose, é suscetível de um controle jurisdicional mínimo, baseado nos princípios

constitucionais e nos princípios gerais de Direito. Na atual fase 'pós-positivista', que foi instaurada com a ampla positivação dos princípios gerais de Direitos nos novos textos constitucionais, os atos administrativos discricionários não devem ser controlados somente por sua legalidade, mas por sua juridicidade. Essa 'principialização' do Direito brasileiro (proibição da arbitrariedade, razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, proteção da confiança legítima etc.) aumentou a margem da vinculação dos atos discricionários.

Nesse controle, ganham fundamental importância os princípios da Administração Pública, consagrados no art. 37 da Carta Federal: a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência delimitam a margem de interpretação de todo o sistema jurídico e estabelecem os limites da juridicidade de qualquer ato estatal. Uma posição destacada nesse rol ocupa o princípio da moralidade, visto que sua inserção no texto da Carta Magna provocou um reencontro dos conceitos do Direito Moral, cuja estrita separação tem sido, durante muito tempo, um verdadeiro dogma juspositivista, que teve um efeito extremamente pernicioso, inclusive na gestão da coisa pública no Brasil.'

.....

Para Paulo Otero, 'o conteúdo das próprias normas das leis revela uma progressiva substituição de regras por princípios, originando uma normatividade 'principialista que provoca uma diluição do conteúdo material da legalidade, fazendo surgir um 'Direito Administrativo de Princípios'.

Karl Larenz, perfilha-se aos eminentes juristas declinados, quando aduz: 'Aliás, esta margem de discricionariedade conferida à Administração é, nos termos da concepção actual, sempre limitada, seja lá pela própria lei que confere o poder discricionário, seja pelas

limitações a ter permanentemente em conta, que decorrem da Constituição e de princípios gerais do Direito, como o da proporcionalidade.'

Por sua vez, Luis Garcia del Rio, aduna que: 'El control judicial de los actos de la Administración Pública no sólo nos sitúa ante una de las cualidades que definen al Estado como Estado de Derecho, sino que atañe directamente a la estructura misma de aquél; no en vano, sólo cabe concluir en la existencia de un verdadero controle de legalidad de los actos de las Administraciones Públicas, partiendo del principio de la separación de los poderes del Estado y de la propia independencia del poder judicial.' " (www.boletimjuridico.com.br.doutrina/texto).

Cumpre, ainda, referir que, quanto à possibilidade de o Poder Judiciário rever questões de concurso ou provas quando verificada a impropriedade na sua formulação, a Lei Maior, no seu art. 5º, XXXV, dispõe que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".
No caso em epígrafe, a autora, na ação principal, pretende assegurar sua participação na segunda e demais etapas do Concurso Público para provimento de vagas no cargo de Procurador da Fazenda Nacional, alegando erro grosseiro no gabarito das questões nº 60 e n° 80 da prova objetiva do concurso, e que a computação da pontuação de apenas uma delas seria suficiente para garantir sua permanência no certame.

Compulsando os autos verifico que a questão de n° 60 é, de fato, passível de anulação. Reza a questão: "60. A recuperação judicial das sociedades empresárias tem por finalidade:

a) substituir a concordata preventiva;

b) facilitar a reorganização da atividade empresarial;

c) dar maior segurança aos trabalhadores com a preservação de postos de trabalho;

d) facilitar a continuidade da empresa."

O gabarito aponta como correta a assertiva "b". Ocorre que a Lei 11.101/2005, que disciplina a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, em seu art. 47, dispõe que: "Art. 47. A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica."

Pela leitura do dispositivo legal, percebe-se que as alternativas "b" e "c" também estão corretas. Contendo a questão mais de uma resposta correta, padece de vício, e, portanto, é de ser anulada, somando-se sua pontuação ao escore obtido pela agravante. In casu, com a soma da pontuação atribuída à questão perfaz-se a nota mínima necessária para prosseguimento no certame.
Ante o exposto, defiro a antecipação da tutela recursal, para que, em tempo hábil, seja admitido o pedido de inscrição definitiva da recorrente, com o recebimento dos documentos por ela encaminhados, fazendo constar seu nome na relação a ser publicada nos termos do item 9.2.6 do edital disciplinador do concurso (ESAF n° 35/2007), possibilitando-lhe a participação na prova discursiva do certame.

Comunique-se.

Intime-se para resposta.

Publique-se."

Dessa forma, in casu, legítima a intervenção judicial, nos termos de precedente do Eg. STJ, verbis: "Concurso público (juízes). Banca examinadora (questões/critério). Erro invencível (caso). Ilegalidade (existência). Judiciário (intervenção).

1.Efetivamente - é da jurisprudência -, não cabe ao Judiciário, quanto a critério de banca examinadora (formulação de questões), meter mãos à obra, isto é, a banca é insubstituível.

2.Isso, entretanto, não é absoluto. Se se cuida de questão mal formulada - caso de erro invencível -, é lícita, então, a intervenção judicial. É que, em casos tais, há ilegalidade; corrigível, portanto, por meio de mandado de segurança (Constituição, art. 5º, LXIX).

3. Havendo erro na formulação, daí a ilegalidade, a Turma, para anular a questão, deu provimento ao recurso ordinário a fim de conceder a segurança. Maioria de votos." (STJ, RMS 19062/RS, Rel. Ministro Nilson Naves, DJ 03.12.2007)

Por esses motivos, defiro a liminar requerida à fl. 10 devendo o impetrante figurar na lista dos habilitados à próxima fase do concurso.
Oficie-se solicitando-se as informações.

Após, dê-se vista ao douto MPF.

Intime-se o impetrante para que, em 48 horas, atenda à certidão de fl. 48. Intime-se. Dil. Legais.