



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**Ester Eloisa Addison**

**OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SUA  
CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

**FLORIANÓPOLIS  
Setembro/2009**

**ESTER ELOISA ADDISON**

**OS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: SUA  
CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL**

**Trabalho de conclusão de curso apresentado  
ao Curso de Graduação em Direito do Centro  
de Ciências Jurídicas da Universidade Federal  
de Santa Catarina como requisito para  
obtenção do título de Bacharel em Direito.**

**Orientador: Prof. Dr. Luis Carlos Cancelier de Olivo.**

**FLORIANÓPOLIS  
Setembro/2009**

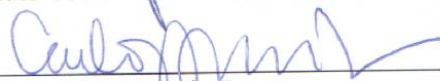
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

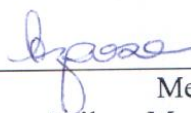
ATA DE SESSÃO DE AVALIAÇÃO  
DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

A monografia final intitulada "**Os princípios que regem a Administração Pública: sua construção doutrinária e jurisprudencial**", elaborada por **Ester Eloisa Addison**, matrícula nº 0522283-4, foi apresentada e defendida em sessão pública de argüição e avaliação, em 02 de Outubro de 2009, às 09 horas e 00 minutos, na Sala 109 do CCJ, perante a banca examinadora formada pelos membros abaixo assinados, tendo obtido aprovação com nota 10,0 e sido julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no artigo 9. da Portaria n. 1886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 2 de outubro de 2009

\_\_\_\_\_  
Professor(a) Orientador(a)  
Luis Carlos Cancellier de Olivo

  
\_\_\_\_\_  
Membro de Banca  
Carlos Alberto da Costa Dias

  
\_\_\_\_\_  
Membro de Banca  
Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

Ao meu marido Walcir e a minha filha Raquel,  
pelo incentivo e apoio incondicionais aos meus  
projetos e sonhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao professor Luis Carlos Cancelier de Olivo, meu orientador, pelos ensinamentos, apoio, colaboração e pela oportunidade ao permitir-me realizar o trabalho que desejei.

Ao professor Carlos Alberto da Costa Dias, pelos ensinamentos, apoio e sugestões para a realização deste trabalho.

À professora Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa, pelos ensinamentos, apoio e sugestões para a realização deste trabalho.

À Universidade Federal de Santa Catarina, em especial aos demais professores e servidores técnico-administrativos do Centro de Ciências Jurídicas.

A todos os colegas de estudo, os quais, muitos se constituíram em grandes amizades, o que nos uniu na defesa do Estado Democrático de Direito.

Trata de saborear a vida; e fica sabendo, que a pior filosofia é a do choramingas que se deita à margem do rio para o fim de lastimar o curso incessante das águas. O ofício delas é não parar nunca; acomoda-te com a lei, e trata de aproveitá-la. (Trecho do livro "Memórias Póstumas de Brás Cubas" de Machado de Assis).

É contrário ao direito, isto é, opõe-se ao dever. Ora, com isso podemos perceber que essa segunda passagem confirma a intenção da primeira, ou seja, confirma que aquilo que é direito é justo, já que ser oposto ao direito é, ao mesmo tempo, ser oposto ao dever. (Kant)

Liberdade é, fundamentalmente, a liberdade de quem discorda de nós. (Rosa Luxemburgo)

## RESUMO

A Constituição brasileira estabelece à Administração Pública um regime jurídico fundado em princípios explícitos como o da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, dispostos em seu art. 37.

Ademais, decorrentes desses princípios extraem-se os princípios implícitos e, por sua vez, toda a legislação infraconstitucional que rege a Administração Pública.

Todavia, desde o Iluminismo, concretizaram-se os supraprincípios da supremacia e o da indisponibilidade do interesse público. Sendo assim, todo o agir da Administração Pública deve estar adstrito a esses princípios e demais legislação pertinente.

Por meio da construção doutrinária e jurisprudencial acerca dos princípios que regem a Administração Pública, buscou-se demonstrar sua aplicação e o quanto são imprescindíveis à atividade administrativa para a consolidação de um Estado Democrático de Direito.

A presente pesquisa objetivou identificar a aplicação dos princípios que regem a Administração Pública pelos tribunais superiores brasileiros tal como expressos no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Administração Pública, princípios, processo administrativo.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>I - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	11
1.1 Conceito de Administração Pública .....	11
1.2 Distinção entre regras e princípios .....	13
1.3 Limites à atividade discricionária da Administração Pública .....	23
1.4 Os supraprincípios que regem a Administração Pública .....	28
1.4.1 O supraprincípio da supremacia do interesse público .....	28
1.4.2 O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público .....	35
<b>II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS</b> .....	38
<b>2.1 Princípios constitucionais explícitos</b> .....	40
2.1.1 O princípio da legalidade .....	40
2.1.2 O princípio da impessoalidade .....	41
2.1.3 O princípio da moralidade .....	44
2.1.4 O princípio da publicidade .....	45
2.1.5 O princípio da eficiência .....	46
<b>2.2 Princípios constitucionais implícitos</b> .....	48
2.2.1 O princípio da finalidade .....	48
2.2.2 O princípio da igualdade ou isonomia .....	53
2.2.3 O princípio da razoabilidade .....	57
2.2.4 O princípio da proporcionalidade .....	59
2.2.5 O princípio da segurança jurídica .....	61
2.2.6 O princípio do devido processo legal .....	64
2.2.7 O princípio da motivação .....	67
2.2.8 O princípio da ampla defesa e do contraditório .....	70
2.2.9 O Princípio da lealdade e boa-fé administrativa .....	72
2.2.10 O princípio da continuidade do serviço público .....	75
2.2.11 O princípio do controle ou da tutela .....	78
2.2.12 O princípio da autotutela .....	79
2.2.13 O princípio da autonomia gerencial .....	81
2.2.14 O princípio da autoexecutoriedade .....	82
2.2.15 O princípio da responsabilidade objetiva .....	85
2.2.16 O princípio da especialidade .....	87
2.2.17 O princípio da participação .....	89
2.2.18 O princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos .....	95
2.2.19 O princípio do controle judicial dos atos administrativos .....	96
2.2.20 O princípio da presunção de legitimidade ou de veracidade .....	98
<b>III - PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS</b> .....	102
<b>3.1 Diferenciação entre processo e procedimento administrativo</b> .....	102
<b>3.2 Os princípios que regem o processo administrativo</b> .....	103
3.2.1 O princípio da hierarquia .....	105
3.2.2 O princípio da informalidade ou do formalismo moderado .....	105
3.2.3 O princípio da oficialidade .....	108
3.2.4 O princípio da verdade material .....	110
3.2.5 O princípio da revisibilidade ou da pluralidade das instâncias .....	112
3.2.6 O princípio da gratuidade .....	115
3.2.7 O princípio da vinculação ao instrumento convocatório .....	117
3.2.8 O princípio da atipicidade .....	119



3.2.9 O princípio da economia processual .....	120
<b>3.3 Os princípios que regem o processo administrativo fiscal .....</b>	<b>121</b>
3.3.1 O princípio do repúdio às provas obtidas por meios ilícitos .....	123
<b>3.4 Os princípios que regem o procedimento de licitação e de contratação de parceria público-privada .....</b>	<b>125</b>
3.4.1 O princípio do julgamento objetivo .....	128
3.4.2 O princípio da impessoalidade <i>versus</i> a preferencialidade .....	129
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>131</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>133</b>

## INTRODUÇÃO

Os princípios constitucionais e infraconstitucionais que regem a Administração Pública devem ser os vetores basilares de toda a atividade administrativa brasileira de qualquer dos poderes federativos, impondo-lhes obediência de forma irrestrita.

Nesse sentido, ver-se-á que os princípios, os quais delineiam a atividade administrativa, são os mandamentos nucleares do sistema jurídico a que a Administração Pública se submete, ou seja, o alicerce que serve de critério para a exata compreensão das normas, estando toda a Administração Pública submetida a um arcabouço normativo próprio, denominado regime jurídico-administrativo.

Assim, a linha de pesquisa deste trabalho, o qual se utilizou do método dedutivo, está alicerçada no direito constitucional administrativo, na sua construção doutrinária e jurisprudencial e terá como objetivo identificar a aplicação dos princípios que regem a Administração Pública pelos tribunais superiores brasileiros tal como expressos no ordenamento jurídico brasileiro.

Para o alcance desse objetivo, que tem como técnica de pesquisa a utilização de documentação indireta, por meio de fontes primárias e secundárias, a presente monografia divide-se em três capítulos.

No primeiro, o tema abordado é concernente ao conceito de Administração Pública, uma breve distinção entre regras e princípios, análise dos limites à atividade discricionária da Administração Pública, chegando à apreciação dos seus supraprincípios.

No segundo, abordam-se os princípios constitucionais explícitos e implícitos da Administração Pública, seus conceitos e sua construção doutrinária e jurisprudencial.

O terceiro capítulo tratará dos princípios infraconstitucionais que regem as três principais modalidades de processo administrativo da Administração Pública, quais sejam, o processo administrativo regulamentado pela Lei nº 9.784/99, o processo administrativo fiscal regido pelo Decreto nº 70235/72 e o procedimento de licitação regulamentado pela Lei nº 8666/93.

## I - A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 1.1 Conceito de Administração Pública

A Administração Pública é um dos objetos do Direito Administrativo, que, por sua vez, é sub-ramo do Direito Público.

Com a finalidade de uma referência objetiva, será grafada em minúsculas ‘administração pública’ quando indicar atividade administrativa ou função administrativa e, grafada com maiúsculas ‘Administração Pública’ quando significar Estado, tal como usado por Hely Lopes Meirelles<sup>1</sup> e por Diogenes Gasparini<sup>2</sup>.

Antes de adentrar no conceito de Administração Pública, é importante que sejam dados conceitos de alguns importantes institutos, quais sejam: Estado e Governo.

O Estado, sinteticamente, é o ente que necessariamente é composto por três elementos essenciais: povo, território e governo soberano. Para que o Estado exerça suas funções, esse se manifesta por meio dos poderes do Estado (ou funções do Estado), que são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si, conforme assevera a Constituição brasileira, em seu art. 2º. A função principal do Poder Legislativo é a elaboração de leis (função legislativa); a função principal do Poder Executivo é a execução das leis (função administrativa); enquanto a função principal do Poder Judiciário é a aplicação das leis aos casos concretos (função judicial).

É importante salientar que cada um dos três Poderes desempenha cada uma dessas funções de maneira precípua, mas todos eles desempenham todas as funções, ou seja, o Poder Executivo, também legisla e julga; o Poder Legislativo, também executa e julga e o Poder Judiciário, também executa e legisla, mas em todos esses casos de forma secundária.

Governo, conforme ensina o autor Hely Lopes Meirelles<sup>3</sup>, "é a expressão política de comando, de iniciativa, de fixação de objetivos, do Estado e da manutenção da ordem jurídica vigente".

E acrescenta o autor:

Não se pode conceber o estudo da Administração Pública bem como sua estrutura e suas atividades, sem partir do conceito de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.

---

<sup>1</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60.

<sup>2</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 44.

<sup>3</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*. p. 65.

Nesse sentido, compreender-se-á o conceito de Administração Pública como instrumento do Estado Democrático de Direito, isto é, o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis.

Conforme conceitua Hely Lopes Meireles<sup>4</sup>:

Em sentido formal, Administração Pública é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade.

A Administração Pública ainda pode ser classificada como: direta e indireta. A Direta é aquela exercida pela Administração por meio dos seus órgãos internos (presidência e ministros). A Indireta é a atividade estatal entregue a outra pessoa jurídica (autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista, fundações), as quais foram surgindo, no decorrer dos últimos anos, haja vista a necessidade de aumento da atuação do Estado.

Dessa forma, a Administração Pública é a atividade que deverá realizar os objetivos do Estado, que, por sua vez, existe para cumprir o principal artigo da Constituição brasileira, qual seja, o 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;  
II - garantir o desenvolvimento nacional;  
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;  
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Tomando o conceito de Administração Pública em seu sentido orgânico ou formal, isto é, como um conjunto de órgãos e pessoas destinados ao exercício da totalidade da ação executiva do Estado, a Constituição brasileira positivou os princípios gerais norteadores da totalidade de suas funções, considerando todos os entes que integram a Federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Ressalta-se que, a partir da promulgação da Constituição de 1988, a Democracia se consolida no Brasil como o melhor regime político, tanto do ponto de vista da legitimidade quanto do desenvolvimento econômico e da estabilidade social, proporcionando uma revalorização da força e da autonomia da sociedade.

Dessa forma, a Administração Pública deve ser vista como principal instrumento do Estado, o qual deve privilegiar, tanto quanto possível essa autonomia, uma vez que todo o poder emana do povo.

---

<sup>4</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 60.

Nesse sentido, uma eficiente Administração Pública depende – a par de instrumentos institucionais efetivos –, de uma boa articulação com a sociedade com o objetivo de obter credibilidade e legitimidade a fim de implementar as políticas públicas necessárias ao cumprimento do art. 3º da Constituição brasileira.

Assim, tal legitimidade, imprescindível a um Estado Democrático de Direito, só será possível com o cumprimento absoluto aos princípios e às regras constitucionais pela Administração Pública.

Isso posto, importante ressaltar que a Constituição brasileira impõe à Administração Pública um rol de princípios os quais lhe proporcionam o suporte necessário para o seu agir num Estado Democrático de Direito, conforme análise a ser feita nos capítulos II e III desta monografia.

## **1.2 Distinção entre regras e princípios**

Para o doutrinador Celso Bandeira de Mello<sup>5</sup> “o Direito é um conjunto de normas — princípios e regras — dotadas de coercibilidade, as quais disciplinam a vida social”.

Sendo assim, os princípios são imprescindíveis ao ordenamento jurídico brasileiro, pois constituem o sustentáculo de todo o sistema, os quais devem ser aplicados por todos que compõem tal estrutura jurídica.

Dessa forma, sendo o Direito Administrativo um ramo do Direito Público, o estudo aprofundado dos princípios constitucionais com suas premissas, peculiaridades, bem como a identificação de qual princípio aplicável a determinado caso concreto, irá direcionar e resguardar o desenvolvimento da Administração Pública a qual, por meio da função administrativa, deve visar unicamente ao interesse público.

Contudo, uma análise dos princípios constitucionais estruturantes da Administração Pública se justifica não somente pelo fato das bases de o Direito Administrativo encontrar subsídios no Direito Constitucional, mas, também pelo fato de que o perfeito entendimento da importância, fundamentos e enunciados de ditos princípios são o verdadeiro suporte no qual se assentam as estruturas do Direito Administrativo.

Partindo de tal premissa, propõe-se no presente trabalho estudar as noções gerais dos princípios que regem a Administração Pública, examinando seu conceito, função,

---

<sup>5</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

característica, natureza, caráter e importância, separando-os em princípios constitucionais explícitos e implícitos no texto da Constituição brasileira, para, ao final, identificar a sua aplicação pelos tribunais superiores brasileiros.

Primeiramente, cabe uma breve reflexão acerca de quais sejam os ‘princípios gerais de direito’, presentes e extraídos do próprio direito positivo e qual sua diferença essencial com outros tipos de normas (mormente entre princípios e regras), se é que essa diferença existe, quando se trata de princípios constitucionais.

Conforme Gustavo Pedrollo<sup>6</sup> inúmeros são os critérios utilizados para a tentativa de delimitação do conceito de princípios jurídicos, cabendo mencionar: a) o grau de abstração, bastante mais elevado nos princípios; b) o grau de determinabilidade na aplicação ao caso concreto (os princípios são mais vagos, precisam de mediação concretizadora do intérprete, e as regras têm aplicação imediata); c) o caráter de fundamentalidade, em relação ao sistema de fontes do direito (os princípios têm uma importância maior hierarquicamente, fundam o sistema, são sua base, sua estrutura, seus pilares); d) a proximidade da ideia de direito (os princípios radicam na ideia atemporal de justiça); e) e, por fim, a natureza normo-genética, ou seja, os princípios são razões para normas, antecedem-nas, criam-nas, nas palavras de Canotilho<sup>7</sup>.

Três teses podem ser sustentadas com relação à distinção entre regras e princípios: **a primeira** diz que é impossível fazer uma distinção, porque os diferentes critérios acerca da distinção entre regras e princípios podem ser combinados de diferentes maneiras, e acabam por unir normas de diferentes tipos; **a segunda** diz que somente é possível uma distinção de grau entre regras e princípios (é o caso do critério de generalidade); **a terceira** diz ser possível uma distinção qualitativa entre regras e princípios, criando um critério que permita distingui-los com precisão.

Exemplo de negação da diferença é a posição expressa por Kelsen<sup>8</sup> em sua obra póstuma Teoria Geral das Normas, em que critica a distinção entre regras e princípios levada a cabo pelo jurista alemão Joseph Esser<sup>9</sup>. Segundo Kelsen<sup>10</sup>, tal distinção é causada pelo problema da produção das normas jurídicas gerais, quando o conteúdo de tais normas corresponde a princípios da moral, política ou costumes, sendo tal semelhança identificável pela Ciência do Direito por meio de uma análise e comparação das normas jurídicas positivas.

---

<sup>6</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais: metodologia na decisão de casos concretos.** Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p. 10.

<sup>7</sup> CANOTILHO, *apud* PEDROLLO. *Idem*, p. 10.

<sup>8</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>9</sup> *Idem*, p. 11.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 11.

Muitas vezes, diz ele, tais princípios são contemplados não por via legislativa, mas por decisões judiciais (normas individuais) nas quais o determinante da decisão não é a aplicação de uma norma jurídica geral, mas essa é influenciada e fundamentada em princípios da moral.

Dessa forma, não existem, para Kelsen<sup>11</sup>, princípios do Direito, mas apenas princípios de Direito Natural, como da Moral, da Política, dos mais diversos, sendo impossível determinar-lhes o conteúdo - são apenas motivos para normas jurídicas, podendo assumir, no ordenamento jurídico positivo, qualquer conteúdo.

Kelsen<sup>12</sup> vê na diferença entre princípios e regras uma ideologização e fuga da atividade de conhecimento objetivo do Direito:

(...) Esses princípios não têm, portanto, o caráter de normas jurídicas. Não se tem separado, claramente, o conceito de norma de Direito do conceito de princípio de Direito. O limite do Direito Positivo e o de Moral, Política e Costume é sempre confundido. Isto pode ser desejado apenas por tais representantes da Ciência do Direito, que consideram sua missão não tanto conhecer o Direito positivo, e objetivamente descrevê-lo, senão muito mais justificar sua validade político-moral, ou questionar essa problemática. E, assim, sob a bandeira de objetivo conhecimento do Direito procedem a uma avaliação extremamente subjetiva do Direito.

Para Kelsen<sup>13</sup>, há uma desvirtuação na propositura de tal distinção, pois, ou se faz ver princípios ‘de Direito’ onde há apenas normas, ou se transforma princípios da moral em princípios ‘de Direito’.

Já para Bobbio<sup>14</sup> a diferenciação é débil ou de grau, entre regras e princípios. Para o jusfilósofo italiano, princípios são normas jurídicas, e não de Direito Natural, morais ou políticas.

São (...) normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. São extraídos do próprio ordenamento positivo, por intermédio de um procedimento de generalização sucessiva, e, portanto, só podem ser normas de direito positivo: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas.

Os princípios, assevera Bobbio<sup>15</sup>, podem ser expressos ou não-expressos.

Princípios expressos encontram-se tanto na Constituição quanto nos códigos, como normas generalíssimas, das quais são exemplos o princípio da igualdade, da separação de poderes, entre outros. Princípios não-expressos são (...) aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios, ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo que comumente se chama o espírito do sistema.

---

<sup>11</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais**: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p. 10.

<sup>12</sup> Idem, p. 10.

<sup>13</sup> Idem, p. 10.

<sup>14</sup> Idem, p. 11.

<sup>15</sup> Idem, p. 11.

Portanto, Bobbio<sup>16</sup> atribui ao intérprete e, pode-se dizer, à dogmática jurídica, nesse ponto, precisamente o papel que lhe foi negado por Kelsen<sup>17</sup>: o de buscar a *ratio legis*, os fundamentos últimos do sistema jurídico, em seus critérios mais gerais de justiça.

A argumentação de Bobbio<sup>18</sup>, contudo, não chega a diferenciar com extrema precisão princípios e regras. Ademais, refere-se aos princípios gerais de direito, presentes, tanto no ordenamento italiano quanto no brasileiro, para o preenchimento de lacunas<sup>19</sup>. Segundo ele, a expressão nesse caso é referente aos princípios não-expressos, já que os princípios expressos não se aplicam em um caso de lacuna do sistema, mas são normas a serem aplicadas ao caso como hipótese de fato, ainda que mais geral, abrangendo um maior número de casos — não diferenciados, portanto, das regras.

Convém frisar que Maria Helena Diniz<sup>20</sup> apresenta critério semelhante. Para ela, tanto princípios (embora utilize o termo normas) quanto regras têm caráter prescritivo, sendo os últimos derivados das ideias políticas, sociais e jurídicas vigentes. Mas são elementos componentes do direito, estando implícitas no sistema. Os órgãos judicantes, diz a civilista, devem buscar na estrutura positiva do direito princípios que permitam solucionar os casos para os quais o sistema não prevê diretamente uma solução. Da mesma forma que Bobbio<sup>21</sup>, a autora não define com exatidão, dentre as normas expressas no sistema, quais têm o caráter de princípio e quais têm o caráter de regra.

Exemplo de distinção débil entre regras e princípios, sem o vício positivista das posições citadas há pouco, é a de Perez-Luño<sup>22</sup>. Para ele, distinguem-se valores, princípios e normas. Os valores são ideias diretivas gerais, que fundamentam, orientam e limitam a orientação e aplicação de todas as normas do sistema jurídico, constituindo o contexto histórico-espiritual dele (o sistema jurídico). Para o referido autor:

Los principios “(...) entrañan un grado mayor de concreción y especificación que los valores respecto a las situaciones a que pueden ser aplicados y a las consecuencias jurídicas de su aplicación, pero sin ser todavía normas analíticas.

Os valores, para o juspublicista espanhol, funcionam como ‘metanormas’ em relação aos princípios. Já as regras ou disposições específicas, como as chama também, são casuísticas, seus pressupostos de aplicação e suas consequências jurídicas acham-se

---

<sup>16</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais**: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p.10.

<sup>17</sup> Idem, p. 10.

<sup>18</sup> Idem, p. 11.

<sup>19</sup> Ver Lei de Introdução ao Código Civil, art. 60.

<sup>20</sup> Idem, p. 12.

<sup>21</sup> Idem, p. 11.

<sup>22</sup> Idem, p. 12.



especificadas em termos de maior precisão, ou seja, a hipótese de fato para sua incidência vem bem delimitada.

Para Canotilho<sup>23</sup>, há diferenciação estrita, qualitativa, afirmando que as regras e os princípios são duas espécies de normas, na esteira da argumentação do jurista alemão Robert Alexy<sup>24</sup>.

Por diferenciação qualitativa entendem-se as posições afirmando que uma norma jurídica ou bem é uma regra ou é um princípio. O jurista alemão Josef Esser<sup>25</sup>, já em 1961, é exemplo de defensor da distinção qualitativa. Segundo ele, “lo que en nuestro sistema distingue el principio de la norma, no es la abstracción o el carácter general, sino la posibilidad de precisar los casos de aplicación, que es lo que caracteriza al precepto”. Ou seja, o preceito, a regra, precisa de seus casos de aplicação; somente pode ser aplicada ou não. Já os princípios são razões para normas (no sentido de regras), escritos ou não; são condição imanente do ser e do funcionar das disposições singulares.

Acrescenta Esser<sup>26</sup>, “para que obtenham validade, portanto, devem os princípios se fundarem em formas concretas do ordenamento”.

Atualmente, o mais notório doutrinador partidário da distinção forte, ou qualitativa, é o jusfilósofo alemão Robert Alexy<sup>27</sup>, cujas ideias darão o norte a esta pesquisa, para quem regras e princípios são subespécies de normas. Ambos são normas, porque dizem o que deve ser (estão num plano deontológico e podem ter a imputação de ordem, permissão ou proibição). Assim, a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre dois tipos de normas.

Para Letícia Balsamão Amorim<sup>28</sup>, resumidamente, pode-se apontar as principais contribuições dessa nova corrente, na qual a teoria de Alexy<sup>29</sup> está incluída:

I. Dá aos princípios valor normativo. Com isso derruba as teorias positivistas que relegavam os princípios a um plano secundário, subsidiário. “Tanto as regras como os princípios também são normas, porquanto, ambos se formulam por intermédio de expressões deonticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”. II. Reabilitação da razão prática: buscam-se procedimentos (regras de argumentação) que possam dar respostas racionais aos *hard cases* (colisão de princípios), repelindo, assim, as teorias decisionistas do direito e a discricionariedade postulada pelo positivismo jurídico; e, ainda, enfatiza a importância da pretensão de correção no raciocínio jurídico; III. Aproxima a teoria moral à teoria do direito – reabilitação da axiologia dos Direitos Fundamentais. “A teoria dos princípios oferece um ponto de partida adequado para atacar as teses positivistas de separação entre Direito e

<sup>23</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais**: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p. 13.

<sup>24</sup> Idem, p. 13.

<sup>25</sup> Idem, p. 13.

<sup>26</sup> Idem, p. 13.

<sup>27</sup> Idem, p. 14.

<sup>28</sup> AMORIM, Letícia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy**. Esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/l/pdf/pdf\\_165/r165-11.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ri/l/pdf/pdf_165/r165-11.pdf)>. Acesso em: 13 mai. 2009.

<sup>29</sup> Idem, p. 8.

moral” e “a positivação dos direitos fundamentais constituem uma abertura do sistema jurídico frente ao sistema da moral, abertura que é razoável e que pode ser atingida por meios racionais” IV. Dá relevância crucial à dimensão argumentativa na compreensão do funcionamento do direito.

Dessa forma, segundo a teoria de Alexy<sup>30</sup>, tanto os princípios como as regras, quando aplicados, podem conflitar, pois um princípio pode levar a um juízo concreto de dever ser contrário ao de outro princípio, o que vale também para as regras. Por conseguinte, quando houver colisão de princípios, um deve ceder a outro, sem ser declarado inválido, uma vez que sempre deve-se buscar a harmonização das normas constitucionais, em respeito aos seus princípios da unidade e da concordância prática, conforme formulação de Konrad Hesse.

Tomando a teoria de Hesse<sup>31</sup> também como base desta pesquisa, para quem:

O princípio da unidade da Constituição ordena que as normas constitucionais sejam interpretadas não de forma isolada, mas sim em relação ao conjunto em que estão situadas. Já o princípio da concordância prática afirma que os bens jurídicos protegidos devem ser coordenados de tal modo, na solução do problema (caso concreto), que todos conservem sua identidade, ou seja, deve-se buscar uma otimização de ambos os bens (princípios) em conjunto.

Sendo assim, deduz-se da teoria de Alexy<sup>32</sup> que os princípios, tomados em si mesmos, estabelecem somente direitos *prima facie*, enquanto as regras apresentam razões definitivas, quando delimitam por completo o fático e juridicamente possível.

Baseada na teoria de Alexy<sup>33</sup>, a jusfilósofa italiana Letizia Gianformaggio<sup>34</sup> diz que “a diferença entre regras e princípios se torna visível apenas no momento de interpretação-aplicação da norma jurídica”. Ou seja, aplica uma norma o juiz que, na sentença, anula um processo licitatório, o qual ocorreu sem a devida publicidade, por força do art. 37 da Constituição brasileira.

E acrescenta a doutrinadora: “aplicar uma norma implica uma espécie de raciocínio. Nesse caso, a norma é aplicada a partir de um silogismo prático - o raciocínio, o processo de tomada da decisão é justificado de forma lógico-dedutiva”.

Assim sendo, a estrutura da argumentação é um silogismo. Entretanto, nem sempre a aplicação de uma norma tem a estrutura argumentativa lógico-dedutiva. As normas cuja aplicação não assume tal raciocínio, diz Gianformaggio<sup>35</sup>, são os princípios.

<sup>30</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais**: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p. 15.

<sup>31</sup> HESSE, *apud* PEDROLLO. Op.cit. p. 14.

<sup>32</sup> Idem, p. 15.

<sup>33</sup> Idem, p. 15.

<sup>34</sup> Idem, p. 16.

<sup>35</sup> Idem, p. 16.

Segundo Gustavo Zagrebelsky<sup>36</sup>, sintetizando, a distinção essencial parece ser a seguinte:

Las reglas nos proporcionan el criterio de nuestras acciones, nos dicen cómo debemos, no debemos, podemos actuar en determinadas situaciones específicas previstas por las reglas mismas; los principios, directamente, no nos dicen nada a este respecto, pero nos proporcionan criterios para tomar posición ante situaciones concretas pero que *a priori* aparecen indeterminadas. Los principios generan actitudes favorables o contrarias, de adhesión y apoyo o de disenso y repulsa hacia todo lo que puede estar implicado en su salvaguarda en cada caso concreto. Puesto que carecen de ‘supuesto de hecho’, a los principios, a diferencia de lo que se sucede con las reglas, sólo se les puede dar algún significado operativo haciéndoles – reaccionar - ante algún caso concreto. Su significado no puede determinarse en abstracto, sino sólo en los casos concretos, y sólo en los casos concretos se puede entender su alcance.

Para Pedrollo<sup>37</sup>:

Em relação às normas constitucionais, em especial àquelas aplicáveis à Administração Pública, se pensá-las apenas como princípios é correr o risco de retirar-lhes eficácia, é preciso admitir, por outro lado, que muitas vezes a argumentação na aplicação de tais normas não conduz a uma estrutura de simples subsunção.

A aplicação de um princípio, afirma Gianformaggio<sup>38</sup>, é diversa da aplicação de uma regra por implicar, sempre, a aplicação de um outro princípio (ou mais) entendido como concorrente e relevante para a decisão judicial. Segundo ela, deve-se falar de aplicação de um princípio quando, ao término da argumentação da decisão judicial, é dada precedência a esse princípio em relação a outro, a partir de uma relação de ponderação.

Na diferenciação aqui entendida como correta, tem-se então que princípios são uma espécie do gênero norma jurídica, os quais ordenam que algo seja realizado, na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes; são mandatos de otimização, podendo ser cumpridos em diferentes graus segundo as possibilidades jurídicas (relativas ao sistema jurídico, v. g., a relação com outros princípios a ele opostos) e reais (empíricas, fáticas) existentes, e cujo raciocínio jurídico que caracteriza a aplicação não é a subsunção, mas uma relação de ponderação com outro princípio. Já as regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, determinando por completo o fático e juridicamente possível, e sendo válidas, devem ser aplicadas, na forma de um raciocínio lógico-dedutivo.

Cabe dizer, destarte, ser possível trazer argumentos em favor da compreensão de uma norma constitucional como regra ou como princípio, algo que somente pode ser determinado em face de um caso concreto.

<sup>36</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Madri: Trotta. 1999. p. 110.

<sup>37</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. *Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais*: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p. 18.

<sup>38</sup> Idem, p. 16.

Pedrollo<sup>39</sup> apresenta um caso ilustrativo, com relação à forma de raciocínio, em um julgamento no Superior Tribunal de Justiça, em sede de Mandado de Segurança, analisando decisão administrativa que havia desclassificado um licitante pelo fato de sua proposta de preços descumprir o edital. Ressalta-se que a proposta não trazia o preço escrito por extenso, como exigia o edital, mas apenas em algarismos. Com isso, restaria descumprido o art 3º da Lei de Licitações, no que diz respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, e, com base nisso, foi desclassificada a empresa.

A decisão do Supremo Tribunal de Justiça - STJ considerou que o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, e que seu excessivo rigor poderia prejudicar o interesse público e a busca da melhor proposta pela Administração Pública. Não obstante a argumentação do STJ para justificar sua decisão não tenha a clareza necessária em alguns momentos, trata-se de um típico caso de ponderação de princípios. Se de um lado a norma da vinculação ao edital poderia ser interpretada como uma regra, e, pois, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, chegar-se-ia, inevitavelmente, à desclassificação da empresa; de outro, poderia ser considerado (como efetivamente o é) um princípio, a ser ponderado com relação a outro princípio igualmente aplicável ao caso concreto, e também presente no artigo 3º da Lei de Licitações: o da 'vantajosidade' do interesse público, ou da seleção da proposta mais vantajosa.

Marçal Justen Filho<sup>40</sup> cita o julgado do STJ como exemplar na questão da ponderação entre princípios e deixa claro:

A enumeração do art. 3º vincula-se diretamente ao art. 37 da CF (que estabelece princípios gerais regulares de todas as modalidades da atividade administrativa do Estado) e indiretamente a inúmeros outros dispositivos constitucionais (que estabelecem direitos e garantias individuais, etc.). A enumeração não possui cunho exaustivo e cada princípio está diretamente referido aos demais. Tais princípios não podem ser examinados isoladamente, aplicando-se a regra hermenêutica da implicabilidade dos princípios. Indica o inter-relacionamento entre princípios, de molde que não se interpreta e aplica um único princípio, isoladamente. Devem considerar-se os princípios conjugadamente e evitar que a aplicação de um produza a ineficácia de outros.

Feitas as delimitações conceituais acima, visualiza-se o quanto se impõe à Administração Pública ter clareza acerca das conseqüências da distinção entre princípios e regras, mormente no que tange ao raciocínio jurídico levado a cabo quando se tomam decisões.

---

<sup>39</sup> Idem, p. 18.

<sup>40</sup> PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais**: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005, p. 19.

A considerar que é a própria estrutura do ordenamento jurídico que revela a existência de regras e princípios, bem como a necessidade de princípios orientadores das decisões no âmbito da Administração Pública, as quais transcendam à mera subsunção dos fatos à norma, tais como o princípio da proporcionalidade ou o princípio da interpretação conforme a Constituição.

Ressalta-se que, num Estado Democrático de Direito, a Constituição é o instrumento normativo máximo para todos os setores de uma sociedade, ou seja, para o próprio Estado, até porque este existe para cumprir aquela.

De fato, a Constituição brasileira é um conjunto de normas supremas que devem ser interpretadas como tal e não como meros enunciados, já que prescrevem normas as quais proporcionam suporte e consistência a todo ordenamento, traduzindo os fundamentos ideológicos e políticos do organismo social brasileiro, sendo suas diretrizes alcançadas por meio de processo de interpretação e construção, em que deve ser sempre observada em sua integralidade por todos os componentes do Estado.

Como já visto, no ordenamento jurídico, os princípios são considerados de extrema relevância, pois fixam a estrutura e positivam os valores que nortearão a conjugação e aplicação dos comandos normativos. Representam sustentáculos, diretrizes do sistema, sem nenhuma precedência, cumprindo fundamental dever disciplinador do sistema jurídico.

Por ser a base do sistema, sua eventual violação possui grau prejudicial altíssimo, bem mais do que singular violação à norma infraconstitucional, vez que corresponderá ameaça à estrutura do próprio sistema e à ordem constitucional.

A gravidade de tal eventual violação é asseverada por Celso Bandeira de Mello<sup>41</sup>:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. 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, Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

CARRAZA<sup>42</sup> trouxe sua contribuição ao manifestar-se sobre a validade dos princípios: “Nenhuma interpretação poderá ser havida por boa (e, portanto, por jurídica) se, direta ou indiretamente, vier a afrontar um princípio jurídico-constitucional”.

---

<sup>41</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 903.

<sup>42</sup> CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p.30.

E acrescenta o autor:

Princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam.

Na mesma linha, Carvalho Filho<sup>43</sup> define princípios “como linhas diretivas que informam e iluminam a compreensão de segmentos normativos, imprimindo-lhe um caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.

Para Carrazza<sup>44</sup> “os princípios possuem acentuado grau de abstração, traçando, destarte, as diretrizes do ordenamento jurídico. Enunciam uma razão para decidir em determinado sentido”.

Aliomar Baleeiro<sup>45</sup>, com precisão, observa que princípios “são diretrizes, requisitos ou critérios de validade formal ou material à criação de normas jurídicas, cuja observância leva ao exercício adequado da competência tributária”.

Nesse sentido, merece a transcrição dos ensinamentos de Celso Bandeira de Mello<sup>46</sup>:

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 pó nome sistema jurídico positivo.

Assim, segundo Cassagne<sup>47</sup>, citado por Luiz Henrique Cademartori:

Na esfera do Direito Público, certos princípios assumem a missão de não somente compensar a desigualdade que deriva da posição jurídica do particular frente ao Estado, mas também são formas de proteção tendentes a impedir as arbitrariedades dos poderes públicos que ocorrem com uma certa frequência.

Sendo assim, conforme expressa a Constituição brasileira, em seu art. 3º, o ‘bem de todos’, leia-se interesse público, é objetivo fundamental da República brasileira, e, em decorrência disso, uma finalidade axiológico-jurídica impõe-se para o agir de toda a Administração Pública, vista como instrumento do Estado brasileiro com a finalidade de cumprir o referido artigo.

<sup>43</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p.128.

<sup>44</sup> CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p.30., p.30.

<sup>45</sup> BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. atualiz. por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.34.

<sup>46</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 902 e 903.

<sup>47</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 115.

Como se observará ao longo deste trabalho, a Administração Pública é regida principalmente por princípios, os quais norteiam não somente a legislação infraconstitucional a ela inerente, mas toda a sua atividade e possuem eficácia jurídica direta e imediata, como comprovarão os julgados que serão analisadas.

Dessa forma, observar-se-á que os princípios que regem a Administração Pública, em sua maioria princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, exercem a função de diretrizes superiores do sistema, vinculando a atuação de toda a função pública, diminuindo as graves distorções entre administrados e a própria Administração, que acabam por impedir o efetivo exercício da cidadania e por descumprir o art. 3º da Constituição brasileira.

### **1.3 Limites à atividade discricionária da Administração Pública**

Segundo a lição de Celso Bandeira de Mello<sup>48</sup>:

Discricionariiedade 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.

A noção de discricionariiedade ou ‘atribuição discricionária’ envolve um aspecto liberal, de autonomia em face de uma determinada autoridade. Logo, atuar discricionariamente significa proceder no exercício de uma atividade, sob aspectos racionais e proporcionais, dentro do âmbito estabelecido pelo ordenamento jurídico, optando pelo melhor procedimento que irá satisfazer o interesse público, diante de conceitos ambíguos trazidos pela norma posta.

Nesse diapasão, discricionariiedade implica uma escolha entre muitas possíveis, e, para a Administração Pública, sempre visando ao interesse público próprio de sua atribuição e competência, com uma função finalística perante o fato real. Seria, pois, a determinação do sentido de uma noção deixada na norma. 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 esse venha a ser acionado.

Cabe aqui lembrar o conceito de ato administrativo dado por Hely Lopes Meirelles<sup>49</sup>:

---

<sup>48</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 916.

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir; resguardar; transferir; modificar; extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.

Sem se adentrar na análise de seus elementos constitutivos, verifica-se que dentro da esfera dos atos administrativos, a doutrina, dentre outras classificações, agrupa-os em atos ‘vinculados’ e ‘discricionários’. Os primeiros possuem uma prévia tipificação legal. Já para os discricionários, a Administração, utilizando-se de certa liberdade atribuída pela norma, decide sobre a conveniência ou oportunidade de sua prática.

Nos atos vinculados, o legislador, ao criar a norma antecipa qual a possível conduta a ser posta em exercício pelo administrador, restringindo ao máximo, portanto, a extensão de liberdade no atuar da Administração.

Assim, o ato vinculado encontra-se intimamente ligado aos preceitos de uma norma, ou seja, essa determina, desde seu nascedouro, a situação fática e o seu conteúdo, não permitindo à Administração Pública conduta diversa.

De outro lado, nos atos praticados no desempenho das prerrogativas discricionárias pelo administrador público, a lei põe à disposição dele uma margem de liberdade, a fim de decidir qual a melhor forma de se atingir o interesse público por ela previsto diante de um fato determinado.

Importante ressaltar que o atuar do administrador público com certa margem de liberdade só existirá se a própria regra de Direito assim o conferir, ou seja, a prerrogativa discricionária é, necessariamente, prevista pela lei ou pela Constituição. Do contrário, não haverá discricionariedade na Administração Pública. Isto tudo se dá porque a atividade administrativa deve se basear unicamente na lei.

Vale lembrar que é impossível que a regra legal traga em seu cerne a previsão de todos os possíveis fatos e problemas pelos quais poderão passar os administrados. Leis específicas poderiam causar consequências danosas aos membros de uma sociedade, pois estariam em jogo as garantias individuais previstas pela Constituição brasileira.

Portanto, na prática, há situações em que a norma jurídica deixa espaços para que se decida a melhor alternativa diante do caso concreto, ou seja, ela concede à autoridade pública a possibilidade de construir um juízo de valor diante do caso concreto, porém limitado pelo alcance da própria norma.

---

<sup>49</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, 152.



Todavia, o fato de haver uma norma atribuindo certa liberdade na prática de determinado ato, não o caracteriza como sendo necessariamente um ato discricionário. É preciso que se analise caso a caso. Assim sendo, essa liberdade deve ser vista como limitada até certo ponto, uma vez que, o uso dela é atribuído pela norma para ser realizado de forma prática, racional, proporcional e, antes de tudo, moral, pois o objetivo maior é atingir o interesse público, finalidade precípua da Administração Pública.

Se a existência tanto de atos administrativos vinculados quanto de atos praticados no exercício de atribuições discricionárias tem uma razão de ser, qual seja, servir ao interesse público, a discricionariedade de certos atos, concedida pela norma positiva aos administradores públicos, não deve ser utilizada de forma arbitrária, sem limites, nem controle.

Ressalta-se que a norma jurídica não estabelece poderes, mas sim prerrogativas, como claramente aduz Celso Bandeira de Mello<sup>50</sup>:

Tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração está adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade.

Esse mesmo doutrinador chama a atenção sobre a seguinte questão<sup>51</sup>:

Embora seja comum falar-se em “ato discricionário”, a expressão deve ser recebida apenas como uma maneira elíptica de dizer ‘ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou compõem.

Quando se trata de limites à atividade discricionária da Administração, é necessário ter em mente que o administrador público, no exercício de suas funções, deve, necessariamente, atuar de acordo não só com a norma jurídica posta, mas com todo o ordenamento jurídico. Por isso, a discricionariedade não deve ser relativa. O já citado Celso Bandeira de Mello<sup>52</sup> preleciona que:

[...] não há como conceber nem como apreender racionalmente a noção de Discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema legal como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro [...].

<sup>50</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 131.

<sup>51</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2001, p. 18.

<sup>52</sup> Idem, p. 21.

Com efeito, os princípios da Administração Pública estabelecem limites à sua atividade, a qual se utiliza de prerrogativas discricionárias na edição de determinados atos de sua competência estabelecida por lei.

Sublinha-se que estes princípios são antes de tudo constitucionais e regem toda a atividade administrativa.

Sendo assim, o exercício da atividade discricionária, previamente estabelecido pela norma jurídica, está circunscrito por vários limites e, quando não observados, conduzem à arbitrariedade.

Dessa forma, a atividade discricionária deve buscar um único fim: o interesse público, mesmo que os conceitos existentes na norma sejam imprecisos, vagos. Todavia, ainda que na presença desses, tal atividade jamais deverá desvirtuar-se da essência contida na intenção dos mesmos, ou seja, importante que ela seja sempre fulcrada em princípios da maior relevância para o atuar da Administração, como os que serão vistos ao longo desta pesquisa.

Destaca-se que o princípio da legalidade, mola mestra de um Estado Democrático de Direito, serve de alicerce para que certos atos administrativos não extrapolem as fronteiras do razoável, ou melhor, não sejam praticados de forma irrestrita. Portanto, acompanha esse raciocínio o fato de que todo ato administrativo editado no exercício de prerrogativas discricionárias encontra-se, em todo caso, adstrito pela vinculação. Logo, o administrador público tem seus atos sempre vinculados aos mais diversos princípios limitadores de sua atividade discricionária.

Sendo assim, o agir da Administração Pública deve refletir não somente todos os princípios constitucionais que a regem, mas também os construídos ao longo do processo civilizatório, pois não há outra forma para que possa atingir sua finalidade, qual seja, atender à coletividade.

A ideia predominante de que a discricionariedade traduz-se em poder atribuído pelo Direito à Administração Pública, deve ser interpretada à luz do art. 1º, § único, da Constituição brasileira o qual aduz: “Todo o poder emana do povo que o exerce por meio de seus representantes [...]”.

Dessa forma, a Administração Pública não é detentora de poderes arbitrários, nem muito menos proprietária da *res publica*. Por isso, seus atos, necessariamente, são limitados e devem visar sempre ao interesse público, conforme obrigação de um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, uma questão relevante que se impõe atualmente é sobre a possibilidade de controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Mesmo não sendo objeto deste trabalho, é possível observar, pelos recentes julgados do Supremo Tribunal Federal – STF<sup>53</sup>, que os limites impostos pelos princípios constitucionais à Administração Pública vêm proporcionando um sensível aumento no controle judicial em detrimento da discricionariedade administrativa.

Tal conclusão emerge da comparação entre os julgados mais recentes, nos quais se observa a predominância de aplicação dos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e dos demais princípios constitucionais na justificação do controle, enquanto outrora a revisão era fundamentada exclusivamente no princípio da legalidade.

Assim leciona Luiz Henrique Cademartori<sup>54</sup>:

Torna-se necessária uma nova leitura ao interpretar-se o princípio constitucional-administrativo da legalidade. A interpretação tradicional deste princípio, de caráter reducionista, ao vincular, em caráter exclusivo, a atuação da Administração Pública ao que estava previamente disposto em lei, em sentido estrito, consequentemente entendia que a forma de proteção dos administrados frente ao Poder Público também se daria, basicamente, em função dela.

Como poderão ser observados pelos julgados apresentados na análise de cada princípio constitucional ao longo desta pesquisa, pode-se antecipar a aplicação dos seguintes princípios no controle judicial dos atos discricionários da Administração Pública, pelo STF: 1) a aplicação de todos os princípios constitucionais explícitos e implícitos à Administração Pública, considerando o caso concreto, subsidiados pelos supraprincípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público; 3) a utilização dos princípios da legalidade e moralidade em seu sentido amplo, sendo subsidiados pelos da finalidade e da impessoalidade; 4) quando da aplicação da legalidade em sentido amplo, há o imperativo do dever de obediência da Administração às decisões judiciais.

Aparece também, como instrumento para o controle da competência discricionária dos atos administrativos, a utilização do princípio da moralidade administrativa explícito na edição da Súmula Vinculante nº13, do STF, em que o nepotismo foi reconhecido como violação à Constituição brasileira, independentemente de existência de lei que o coíba expressamente, mesmo existindo precedente expresso no art. 72, da Lei 5.010/66, o qual proíbe contratação de auxiliares até 2º grau para juizes federais no foro em que este atua.

Na contramão do que é largamente afirmado na doutrina, o próprio STF declarou que vai à análise do mérito do ato administrativo, sem, todavia, com a intenção de substituí-lo, principalmente quando trata-se de resguardar direitos e garantias fundamentais<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> SANTANA, Marina de Souza. **A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II, IPI na jurisprudência do STF**. São Paulo: 2007.

<sup>54</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 113.

Ademais, a própria utilização dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade torna impossível à Corte decidir sobre um ato administrativo discricionário sem analisar seu mérito. Assim, o exame da adequação, da necessidade e da razoabilidade muito se aproxima da análise de conveniência e oportunidade do ato administrativo discricionário.

Para responder sobre a constância dos instrumentos e argumentação empregados pelo STF no controle dos atos administrativos discricionários, de grande valia é a monografia de Marina de Souza Santana<sup>56</sup>.

A análise da referida autora lhe permitiu concluir, praticamente, pela inexistência da competência do STF para revisar questões de mérito de todo e qualquer ato discricionário do Poder Executivo, fundado em juízo de conveniência e oportunidade. Em prol da governabilidade e do implemento das políticas fiscais, sociais e econômicas, o STF se considerou impossibilitado para analisar o mérito dos atos discricionários em matéria de impostos, em suma, os atos que estiverem imbuídos de alguma função política, e, por isso, fundamentados em juízo de conveniência.

## **1.4 Os supraprincípios que regem a Administração Pública**

### **1.4.1 O supraprincípio da supremacia do interesse público**

*“Digno, de ser amado também por um único indivíduo, porém mais belo e mais divino quando referente a povos e cidades”. (Aristóteles)*

O sistema de Direito Administrativo Brasileiro se constrói sobre os princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público sobre o privado.

Então, esse é um dos supraprincípios basilares da Administração Pública, em que se sobrepõe o interesse da coletividade sobre o interesse do particular, o que não significa que os direitos desse não devam ser respeitados. Contudo, sempre que houver confronto entre ambos, há de prevalecer o coletivo.

Celso Bandeira de Mello<sup>57</sup> pondera que:

---

<sup>55</sup> SANTANA, Marina de Souza. **A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II, IPI na jurisprudência do STF**. São Paulo: 2007.

<sup>56</sup> SANTANA, Marina de Souza. **A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II, IPI na jurisprudência do STF**. São Paulo: 2007.

<sup>57</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.49.

Interesse público é o interesse do todo, do próprio corpo social, ou seja, nada mais é do que uma forma específica, uma função qualificada do interesse das partes, um aspecto, de sua manifestação. Não pode haver um interesse público que se choque com o interesse de cada um dos membros da sociedade. Esta simples e intuitiva percepção basta para exibir a existência de uma relação íntima, indissolúvel, entre o chamado interesse público e os interesses ditos individuais. Sendo assim, o interesse público, do conjunto social, nada mais é que a dimensão pública dos interesses individuais, como partícipes da sociedade.

A ideia de que os indivíduos devem servir ao Estado se encontra, há muito, superada, pois a concepção num Estado Democrático de Direito é de que o Estado deve atender e servir aos interesses da coletividade, sendo essa a sua própria razão de ser. O doutrinador acima ainda faz o seguinte questionamento<sup>58</sup>: "Poderá haver um interesse público que seja discordante do interesse de cada um dos membros da sociedade? Evidentemente que não", responde ele.

Atualmente, é inquestionável que o interesse público nada mais é que a decorrência da promoção dos direitos fundamentais, portanto, interesse público não pode ser confundido com interesse da maioria, uma vez que uma Democracia pressupõe o resguardo dos direitos da minoria também.

Nesse sentido, interesse público é uma relação de adequação de um bem para satisfação de uma necessidade de um sujeito.

Dessa forma, o interesse público, como uma dimensão dos direitos individuais, visto sob um prisma coletivo, é exemplificado por Celso Bandeira de Mello<sup>59</sup>:

Um indivíduo poderá ter interesse em não ser desapropriado, mas não poderá, individualmente, ter interesse em que não haja o instituto da desapropriação, conquanto este, eventualmente, venha a ser utilizado em seu desfavor.

Para o autor, a importância dessa definição reside em um duplo aspecto: a) desmascara o mito de que os particulares são estranhos a tais interesses; isto é: o errôneo entendimento de que as normas que os contemplam foram editadas em atenção a interesses coletivos, que não lhes dariam respeito, por irrelatos a interesses individuais; b) mitiga um equívoco ainda pior: supor que sendo os interesses públicos os interesses do Estado, todo e qualquer interesse do Estado seria interesse público.

Ao se falar em regime jurídico-administrativo fica subentendido que a ciência da Administração Pública, ou seja, a relação entre o administrador público e seus administrados reclama um tratamento próprio e particular, diferente, portanto, das relações que os particulares travam entre si.

---

<sup>58</sup> Mello, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

<sup>59</sup> Idem, p. 50.

Nesse sentido, se “o conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração Pública e que não se encontram nas relações entre os particulares constitui o regime jurídico administrativo”, como leciona Sylvia Zanella Di Pietro<sup>60</sup>, e, como acrescenta Lúcia Valle Figueiredo<sup>61</sup> que “o regime jurídico-administrativo, na verdade, corresponde a regras próprias que, por força da diferença das situações tuteladas, hão de ter aspectos inteiramente diversos do Direito Privado”, evidente ser a supremacia do interesse público o alicerce das estruturas democráticas como também pilar do regime jurídico-administrativo.

Nessa construção teórica, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado tem uma função muito especial, guardando uma dupla dimensão. Primeiramente, remete às prerrogativas do Estado, e em especial ao atributo da imperatividade, justificando a possibilidade de a Administração Pública constituir obrigações para os administrados por meio de ato unilateral; modificar relações já estabelecidas, como preleciona Celso Bandeira de Mello<sup>62</sup>. Em um segundo sentido, vincula a atuação administrativa à exigência de legitimidade, pois as prerrogativas atribuídas pelo sistema jurídico para a Administração Pública condicionam-se à realização do interesse público.

Como sustenta Hely Lopes Meirelles<sup>63</sup>, “A finalidade da Administração Pública terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público”.

É justamente esse escopo que deve pautar todas as ações da Administração Pública, qual seja, a finalidade pública, premissa fundamental da gestão de um Estado Republicano.

Dessa forma, resta caracterizada a autonomia do direito administrativo, consubstanciada no regime jurídico-administrativo, do qual emergem princípios essenciais, dentre os quais os supraprincípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, devendo pautar a essência de todo agir da Administração Pública.

Dessa forma, Alexy<sup>64</sup> afirma que “interesse público é o resultado do procedimento de determinação da medida administrativa que melhor atenda à realização dos direitos fundamentais levando-se em consideração o caso concreto”.

Embora não haja referência específica no artigo 37 da Constituição brasileira, quanto aos supraprincípios acima referidos, resta óbvio que sua adoção encontra implícita

---

<sup>60</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 67.

<sup>61</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.

<sup>62</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

<sup>63</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

<sup>64</sup> CARVALHO, Iuri Mattos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução**. Revista Diálogo Jurídico. n. 16, Bahia, 2007. Disponível no site: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 26 abril 2009.

recepção no ordenamento jurídico brasileiro, assumindo, de igual parte, *status* constitucional e supraconstitucional, haja vista que todas as ações adotadas pelo administrador público devem ter como motivação de fundo a obediência ao interesse da coletividade.

Como preleciona Sylvia Zanella Di Pietro<sup>65</sup>:

Esse princípio, também chamado de princípio da finalidade pública, está presente tanto no momento da elaboração da lei como no momento de sua execução em concreto pela Administração Pública. Ele inspira o legislador e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação.

A Administração Pública, na prática de seus atos, deve sempre respeitar a lei e zelar para que o interesse público seja alcançado. Natural, assim, que sempre que constate que um ato administrativo fora expedido em desconformidade com a lei ou que se encontra em rota de colisão com o interesse público, tenham os agentes públicos a prerrogativa administrativa de revê-los, como uma natural decorrência do próprio princípio da legalidade.

Dessa maneira, discorrem Luiz Araújo e Vidal Serrano<sup>66</sup>:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, coloca os interesses da Administração Pública em sobreposição aos interesses particulares que com os dela venham eventualmente colidir. Com fundamento nesse princípio é que estabelece, por exemplo, a autotutela administrativa, vale dizer, o poder da administração de anular os atos praticados em desrespeito à lei, bem como a prerrogativa administrativa de revogação de atos administrativos com base em juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

É evidente que, na maioria das vezes, a Administração Pública, visando ao interesse público, necessita colocar-se em um patamar de superioridade em relação aos particulares, numa relação de verticalidade, e para isso se utiliza de tal princípio, conjugado ao da indisponibilidade, pois, tecnicamente, tal prerrogativa é irrenunciável, por não haver faculdade de atuação ou não do Poder Público, mas sim “dever” de atuação.

Assim, preleciona Sylvia Zanella Di Pietro<sup>67</sup>: “O princípio da supremacia do interesse público serve de fundamento para todo o direito público e vincula a Administração em todas as suas decisões”.

Continua a autora: “O Direito deixou de ser apenas um instrumento de garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo”.

Apesar de o princípio da supremacia do interesse público não estar expresso na Constituição brasileira, veio expresso no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9784/99:

<sup>65</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68.

<sup>66</sup>ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.76.

<sup>67</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 69.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

E especificado no parágrafo único, incisos II e III do mesmo artigo:

- II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;
- III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

Assim, a partir da emissão da referida lei, restou evidente a indisponibilidade do interesse público pela Administração Pública.

Daí vem a lição de Celso Bandeira de Mello<sup>68</sup>:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI). Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social. Para o Direito Administrativo interessam apenas os aspectos de sua expressão na esfera administrativa.

Sendo assim, a supremacia do interesse público firma-se como um supraprincípio, um dos principais fios condutores da conduta administrativa. Pois a própria existência do Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o interesse da coletividade.

Exemplo de supremacia do interesse público sobre o privado é o instituto da desapropriação por utilidade pública. Se, determinado imóvel deve ser disponibilizado para a construção de um equipamento público, naturalmente, o interesse do proprietário se conflita com o da coletividade que necessita desse equipamento. Seguindo esse princípio e a lei, haverá sim a desapropriação, com a consequente indenização justa ao particular, conforme previsto no art. 5º, XXIV, da Constituição brasileira.

Outro caso exemplar é o da requisição administrativa, prevista no art. 5º, inciso XXV, da Constituição brasileira. Esse princípio deve ser seguido, tanto no momento da elaboração da lei, quanto no momento da sua execução, num caso concreto, sempre vinculando a autoridade administrativa. Havendo atuação que não atenda ao interesse público, haverá o vício de desvio de poder ou desvio de finalidade, ensejando o ato nulo.

---

<sup>68</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 85.



Longe de justificar posturas autoritárias da Administração, o princípio aponta uma exigência de legitimidade da atuação administrativa e serve como fundamento para o controle do exercício das competências discricionárias.

Na lição de Diogenes Gasparini<sup>69</sup> tem-se que:

A aplicabilidade deste princípio, por certo, não significa o total desrespeito ao interesse privado, já que a Administração deve obediência ao direito adquirido, à coisa julgada e ao ato jurídico perfeito, consoante prescreve a Constituição em seu art. 5º, XXXVI. De sorte que os interesses patrimoniais afetados pela prevalência do interesse público devem ser indenizados cabalmente.

Para Odete Medauar<sup>70</sup>:

Este princípio vem sendo matizado pela idéia de que à Administração cabe realizar a ponderação dos interesses presentes numa determinada circunstância, para que não ocorra sacrifício *a priori* a nenhum interesse, visando à minimização de sacrifícios, ou seja, a Administração deve buscar a providência menos gravosa na obtenção de um resultado.

Contudo, afirmar que somente ao interesse público cabe a supremacia é apontar para um Direito Administrativo mais democrático, pressuposto de um Estado Democrático de Direito. Com isso, a noção de interesse público apresenta uma importância central, figurando-se como condição de validade dos atos administrativos. Ou nas palavras de Marçal Justen Filho<sup>71</sup>:

Afirmar sua supremacia corresponde a reconhecer natureza instrumental aos poderes titularizados pelo Estado e agentes públicos. O exercício das competências públicas se orienta necessariamente à realização do referido interesse público. Isso significa que a interpretação de todas as normas atributivas de poder funda-se em diretriz hermenêutica fundamental, afetando todas as relações jurídicas contidas no âmbito do Direito Administrativo. A construção doutrinária que privilegia o interesse público representa uma evolução marcante em direção à democratização do poder político.

Há que se ressaltar que nem sempre a Administração Pública atua em estrita obediência à finalidade pública e, conseqüentemente, em não o fazendo, desatende ao interesse público. Embora goze de presunção de legitimidade, o simples fato de determinado ato administrativo ser concebido por um ente estatal não quer dizer que, inexoravelmente, irá realizar o interesse da coletividade.

Assim, existe uma subdivisão importante a ser considerada, ou seja, há os interesses primários e secundários da Administração, cujo exame, agora, mostra-se oportuno.

Os interesses primários englobam a Administração Pública no real e genuíno exercício do seu ofício, como ente imparcial, enquanto que os interesses secundários são

<sup>69</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

<sup>70</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

<sup>71</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p.

decorrência do desempenho das suas atividades de gestão, desta feita, com certa parcialidade, não objetivando fins tão nobres, mas, a própria sobrevivência ou higidez dos cofres públicos, ainda que isso potencialize afronta à lei.

Para tanto, cabe ressaltar que foi o jurista italiano Renato Alessi quem expôs, em conhecida tese, a distinção entre interesse público primário (interesse da coletividade) e interesse público secundário (do Estado ou fazendário), citado na obra de Celso Bandeira de Mello<sup>72</sup>, o qual acrescenta: “Sob pena de a Administração Pública trair sua missão própria razão de existir”.

Continuando a lição de Celso Bandeira de Mello<sup>73</sup>:

Superada a questão de considerar o interesse público como um interesse exclusivo do Estado, evita-se a errônea identificação do interesse público como sendo aquele externado pela entidade que representa o Estado, consistente em qualquer das pessoas jurídicas de direito público interno, na medida em que é imperioso reconhecer que, tal qual acontece com os cidadãos, existem meras individualidades que encarnam no Estado como pessoa e, portanto, assemelham-se aos interesses de qualquer outro sujeito - com a diferença fundamental que, enquanto o particular pode fazer seu interesse individual, o Estado só poderá promover a defesa dos seus interesses particulares (interesse secundário), quando estes não conflitarem com o interesse público propriamente dito (interesse primário).

Dessa forma, o interesse primário está mais para a Administração Pública, assim como o interesse secundário está mais para o Governo, guardadas as devidas proporções. Enquanto aquela visa a atender às necessidades coletivas propriamente consideradas, este assume cunho político e, de certa forma, visa a atender aos interesses relacionados à gestão do próprio ente estatal.

O exposto acima reflete-se na decisão do STF, em sede de Mandado de Injunção o qual julgou a ausência de lei para regulamentar o direito de greve dos servidores públicos:

MI 670 / ES - ESPÍRITO SANTO  
 Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA  
 Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES  
 Julgamento: 25/10/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008  
 EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. GARANTIA FUNDAMENTAL (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF).  
**[...] A adequação e a necessidade da definição dessas questões de organização e procedimento dizem respeito a elementos de fixação de competência constitucional de modo a assegurar, a um só tempo, a possibilidade e, sobretudo, os limites ao exercício do direito constitucional de greve dos servidores públicos, e a continuidade na prestação dos serviços públicos. Ao adotar essa medida, este Tribunal passa a assegurar o direito de greve constitucionalmente garantido no art. 37, VII, da Constituição Federal, sem**

<sup>72</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.61.

<sup>73</sup> Idem, p. 55.

**desconsiderar a garantia da continuidade de prestação de serviços públicos - um elemento fundamental para a preservação do interesse público em áreas que são extremamente demandadas pela sociedade [...].** (grifo da autora)

#### 1.4.2 O supraprincípio da indisponibilidade do interesse público

O princípio da indisponibilidade do interesse público também não encontra previsão expressa na Constituição brasileira, o que não o impede de ser, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público um supraprincípio para a Administração Pública.

Segundo Diogenes Gasparini<sup>74</sup>:

Não se acham, segundo esse princípio, os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aos agentes públicos, por força desse princípio, é vedada a renúncia, parcial ou total, de poderes ou competências, salvo autorização legal. Não pode a Administração Pública deixar de usar os meios judiciais e extrajudiciais para repelir a turbação, o esbulho e a indevida utilização de áreas públicas.

Acrescentando a lição de Celso Bandeira de Mello<sup>75</sup>, o princípio da indisponibilidade do interesse público é:

[...] um verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o do particular, como condição, até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.

Ou seja: o princípio em tela constitui uma garantia em benefício não só da coletividade como também da Administração Pública.

Convém observar que o princípio da legalidade surge como um desdobramento do princípio da indisponibilidade do interesse público. Segundo tal, o administrador não pode fazer o que bem entender na busca do interesse público, isto é, deve agir segundo a lei, só podendo fazer aquilo que a lei expressamente o autoriza e, no silêncio da lei, estará proibido de agir. Sendo assim, há uma relação de subordinação total à lei.

Vale lembrar a lição de Hugo Nigro Mazilli<sup>76</sup>:

A indisponibilidade dos interesses públicos significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio

<sup>74</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 18.

<sup>75</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.63.

<sup>76</sup> Mazzilli, Hugo Nigro. **Regime jurídico do ministério público**. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 21.

órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los – o que é também um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Diversas são as hipóteses em que se verifica a presença desse sacramental princípio. Um dos exemplos é a fiscalização de renda de um Município, a qual não pode deixar de efetuar um lançamento tributário, independentemente da razão, se houver a ocorrência do fato gerador do tributo. Ou seja: o fiscal está obrigado a lançar, a constituir o crédito tributário, pois esse dinheiro que deixou de ser recolhido em razão da benevolência do agente público não lhe pertencia, razão pela qual dele não poderia dispor. Assim já decidiu o STF:

RE 100925 / SP - SÃO PAULO  
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. CARLOS MADEIRA  
 Julgamento: 28/02/1986 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA  
 Publicação DJ 04-04-1986 PP-04757 EMENT VOL-01413-02 PP-00386  
**DÉBITO TRIBUTÁRIO. PARCELAMENTO. NÃO PREVENDO O CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL O PAGAMENTO PARCELADO DO DÉBITO TRIBUTÁRIO, ADMITE-SE A ADMINISTRAÇÃO COMO PROCEDIMENTO DE INICIATIVA DO CONTRIBUINTE. NA SUA CONCESSÃO, NÃO PODE A ADMINISTRAÇÃO RETIRAR NENHUM DOS ENCARGOS QUE RECAEM SOBRE A DÍVIDA, VISTO QUE, NA HIPÓTESE, É APLICÁVEL O PRINCÍPIO DE INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO, CONSUBSTANCIADO NO INTERESSE DA FAZENDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.** (grifo da autora)

Ademais, trata-se de verba a ser incorporada ao erário público e que, posteriormente, haverá de ser investida em benefício da coletividade.

Outro exemplo em que se destaca a indisponibilidade do interesse público pode ser encontrado na obrigatoriedade do procedimento licitatório para a aquisição de bens e serviços, conforme expresso no art. 37 da Constituição brasileira e Lei 8.666/83. Isso porque, é por meio desse procedimento formal e objetivo que a Administração Pública selecionará a proposta mais vantajosa para um contrato de seu interesse, qual seja, de interesse da sociedade, pois não obstante o manuseio da máquina estatal pelos agentes públicos, esses sempre buscam atingir o interesse da coletividade, por isso a imprescindibilidade de aplicação, dentre outros, dos princípios da legalidade e da impessoalidade.

Acrescenta ainda Odete Medauar<sup>77</sup>:

Segundo tal princípio, é vedado à autoridade administrativa deixar de tomar providências ou retardar providências que são relevantes ao atendimento do

<sup>77</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

interesse público, em virtude de qualquer outro motivo, como por exemplo, deixar de apurar responsabilidade por irregularidade de que tenha ciência.

As lições transcritas permitem a conclusão de que não há alternativa à Administração Pública que não seja agir sem atender ao interesse público por possuir caráter meramente instrumental e por vontade estatal consagrada em lei.

## II – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Como já explanado, a denominada função administrativa do Estado submete-se a um especial regime jurídico. Trata-se do denominado regime de direito público ou regime jurídico-administrativo. Sua característica essencial reside, de um lado, na admissibilidade da ideia de que a execução da lei por agentes públicos exige o deferimento de necessárias prerrogativas de autoridade, que façam com que o interesse público juridicamente predomine sobre o interesse privado; e de outro, na formulação de que o interesse público não pode ser livremente disposto por aqueles que, em nome da coletividade, recebem o dever-poder de realizá-los. Consiste, na verdade, no regime jurídico decorrente da conjugação de dois supraprincípios básicos: o supraprincípio da supremacia e o da indisponibilidade dos interesses públicos, como já visto nos itens 1.4.1 e 1.4.2.

A Constituição brasileira, em seu art. 37, trata dos princípios inerentes à Administração Pública:

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

Tomando o conceito de Administração Pública em seu sentido orgânico, isto é, no sentido de conjunto de órgãos e pessoas destinados ao exercício da totalidade da ação executiva do Estado, a Constituição brasileira positivou os princípios gerais norteadores da totalidade de suas funções, considerando todos os entes que integram a Federação brasileira (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

É evidente que a Constituição de 1988 inovou ao fazer expressa menção a alguns princípios a que se submete a Administração Pública, mas vale ressaltar que a Constituição do Estado de São Paulo<sup>78</sup>, em seu art. 111, foi mais além, acrescentou ao seu texto os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Assim como há os princípios expressos no art. 37, da Constituição brasileira, há outros positivados de forma implícita.

Contudo, como destaca Celso Bandeira de Mello<sup>79</sup>, muitos dos princípios constitucionais implícitos estão hoje afirmados explicitamente em nível legal por intermédio da Lei nº 9.784/99, cujo art. 2º arrola:

---

<sup>78</sup> SÃO PAULO. Constituição estadual de 1988. Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>. Acesso em: 20 fev. 2009.

<sup>79</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.84.

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Seguindo a lição de Cretella Júnior<sup>80</sup>, o qual ensina que: “Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios neste sentido são os alicerces da ciência”.

Além dos princípios expressos no art. 37 da Constituição brasileira e na Lei 9.784/99, há uma série de outras leis esparsas as quais fazem expressa referência a princípios específicos de determinados processos para a Administração Pública, tal como ocorre com as seguintes: 1) Lei nº 8.666/93 (Licitações e Contratos da Administração Pública); 2) Lei nº 8.987/95 (Concessão e Permissão do Serviço Público); 3) Decreto-Lei nº 201/67 (Dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores); 4) Lei nº 1.079/50 (Define os crimes de responsabilidade do Presidente da República, Ministros de Estado, Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República); 5) Lei nº 8.137/90 (Define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); 6) Lei nº 8.429/92 (Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional).

Em recente decisão do STF, destacam-se princípios do Direito Administrativo como pressupostos do princípio republicano:

ADI 3853 / MS - MATO GROSSO DO SUL  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA  
Julgamento: 12/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação DJe-131 DIVULG 25-10-2007 PUBLIC 26-10-2007  
EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 35, DE 20 DE DEZEMBRO DE 2006, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. ACRÉSCIMO DO ART. 29-A, CAPUT e §§ 1º, 2º E 3º, DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS GERAIS E TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO SUL-MATO-GROSSENSE. INSTITUIÇÃO DE SUBSÍDIO MENSAL E VITALÍCIO AOS EX-GOVERNADORES DAQUELE ESTADO, DE NATUREZA IDÊNTICA AO PERCEBIDO PELO ATUAL CHEFE DO PODER EXECUTIVO ESTADUAL. GARANTIA DE PENSÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE, NA METADE DO VALOR PERCEBIDO EM VIDA PELO TITULAR. 1. Segundo a nova redação acrescentada ao Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição de Mato Grosso do Sul, introduzida pela Emenda Constitucional n. 35/2006, os ex-Governadores sul-mato-grossenses que exerceram mandato integral, em 'caráter permanente', receberiam subsídio mensal e vitalício, igual ao percebido pelo Governador do Estado. Previsão de que esse benefício seria transferido ao cônjuge supérstite, reduzido à metade do valor devido ao titular. 2. No vigente ordenamento republicano e democrático brasileiro, os cargos políticos de

<sup>80</sup> CRETELLA JR, José. *Revista de Informação Legislativa*. v. 97.7.

chefia do Poder Executivo não são exercidos nem ocupados 'em caráter permanente', por serem os mandatos temporários e seus ocupantes, transitórios. 3. *Conquanto a norma faça menção ao termo 'benefício', não se tem configurado esse instituto de direito administrativo e previdenciário, que requer atual e presente desempenho de cargo público.* 4. *Afronta o equilíbrio federativo e os princípios da igualdade, da impessoalidade, da moralidade pública e da responsabilidade dos gastos públicos (arts. 1º, 5º, caput, 25, § 1º, 37, caput e inc. XIII, 169, § 1º, inc. I e II, e 195, § 5º, da Constituição da República).* 5. Precedentes. 6. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 29-A e seus parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais Gerais e Transitórias da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul. (grifo da autora)

A seguir, serão analisados cada um dos precitados princípios constitucionais da Administração Pública, os quais serão divididos em princípios constitucionais explícitos e implícitos.

## 2.1 Princípios constitucionais explícitos

### 2.1.1 Princípio da legalidade

Referido como um dos sustentáculos da concepção de Estado Democrático de Direito e do próprio regime jurídico-administrativo, o princípio da legalidade vem definido no art. 5º, inciso II da Constituição Federal quando nele se faz declarar: "Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

Da mesma forma, a afirmação de que a Administração Pública deve atender à legalidade em suas atividades implica a imposição à atividade administrativa de que seja desenvolvida em nível imediatamente infralegal, dando cumprimento às disposições da lei.

Celso Bandeira de Mello<sup>81</sup> sintetiza a análise acima:

Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. 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.

Ou seja, toda a atividade do Estado deve sempre ser norteada por comandos legais, devendo sua atuação ser justamente a concretização dessa legislação. Uma das finalidades de tal princípio é a de proteger o administrado de arbitrariedades praticadas pelo Poder Público na execução de seus atos.

<sup>81</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.89.



Em outras palavras, a função dos atos da Administração Pública é a realização das disposições legais, não lhe sendo possível, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, mas tão-só a concretização de presságios genéricos e abstratos anteriormente firmados pelo exercente da função legislativa. Sobre o tema, vale sempre trazer as lições de Celso Bandeira de Mello<sup>82</sup>:

Para avaliar corretamente o princípio da legalidade e captar-lhe o sentido profundo cumpre atentar para o fato de que ele é a tradução jurídica de um propósito político: o de submeter os exercentes do poder em concreto – administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições ou desmandos. Pretende-se através da norma geral, abstrata e impessoal, a lei, editada pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social – garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização da vontade geral.

Destaca-se também que o princípio da legalidade não incide somente sobre a atividade administrativa, mas também sobre todas as atividades do Estado, como à função legislativa e judiciária, ou seja, ninguém, nem o próprio Estado poderão estar acima da lei. A propósito, há recente decisão do STF:

AI-AgR 634215 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
 Relator(a): Min. EROS GRAU  
 Julgamento: 22/05/2007 Órgão Julgador: Segunda Turma  
 Publicação DJe-037 DIVULG 14-06-2007 PUBLIC 15-06-2007  
 DJ 15-06-2007 PP-00039 EMENT VOL-02280-07 PP-01311  
 EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEIS NS. 3.765/60 E 9.787/99. MORTE FICTA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. **OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. Controvérsia decidida à luz de normas infraconstitucionais. Ofensa indireta à Constituição. Inviabilidade do extraordinário. 2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida". 3. **A Administração Pública somente poderia anular o ato, sem a instauração de procedimento administrativo, caso essa alteração não repercutisse no campo de interesses individuais.** Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo da autora)

## 2.1.2 Princípio da impessoalidade

O princípio da impessoalidade determina que toda a atividade administrativa deva ser destinada a todos os administrados, ou seja, à coletividade, sem determinação de pessoa ou discriminação de qualquer natureza; agrega em si o princípio da finalidade, pois impõe à

<sup>82</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 89.

Administração Pública que seus atos sejam praticados sempre com um fim legal, que, por sua vez, vise ao interesse público.

Dessa forma, o mérito dos atos pertence à Administração Pública e não às autoridades ou agentes que os executam.

Para Celso Bandeira de Mello<sup>83</sup>:

O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. Além disso, assim como “todos são iguais perante a lei” (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração. Há ainda, no texto constitucional, outras referências a aplicações concretas deste princípio, como o previsto no inciso II, do art. 37 (exigência de concurso público para ingresso no serviço público) e os incisos XXI do mesmo artigo e art. 175 (exigência de licitação para os contratos, permissões e concessões com a Administração Pública).

Sylvia Zanella Di Pietro salienta<sup>84</sup>:

No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a ‘finalidade pública’ que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. Como exemplo, no art. 100 da Constituição, referente aos precatórios judiciais; o dispositivo proíbe a designação de pessoas ou de casos nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para esse fim.

E acrescenta:

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (1989:562), baseado na lição de Gordilli que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato.

Na mesma linha, Hely Lopes Meirelles<sup>85</sup>:

O princípio da impessoalidade nada mais é que o clássico princípio da ‘finalidade’, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu ‘fim legal’. E o ‘fim legal’ é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de ‘forma impessoal’.

Na Lei nº 9.784/99 esse princípio está implícito no art. 2º, parágrafo único, inciso III, nos dois sentidos abordados acima:

III - objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades;

Na mesma lei, nos artigos 18 a 21, há normas de impedimento e suspeição, decorrentes do princípio da impessoalidade, tal como nas ações judiciais:

<sup>83</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.102.

<sup>84</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 71.

<sup>85</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 88.

Art. 18. É impedido de atuar em processo administrativo o servidor ou autoridade que:

I - tenha interesse direto ou indireto na matéria;

II - tenha participado ou venha a participar como perito, testemunha ou representante, ou se tais situações ocorrem quanto ao cônjuge, companheiro ou parente e afins até o terceiro grau;

III - esteja litigando judicial ou administrativamente com o interessado ou respectivo cônjuge ou companheiro.

Art. 19. A autoridade ou servidor que incorrer em impedimento deve comunicar o fato à autoridade competente, abstendo-se de atuar.

Parágrafo único. A omissão do dever de comunicar o impedimento constitui falta grave, para efeitos disciplinares.

Art. 20. Pode ser argüida a suspeição de autoridade ou servidor que tenha amizade íntima ou inimizade notória com algum dos interessados ou com os respectivos cônjuges, companheiros, parentes e afins até o terceiro grau.

Art. 21. O indeferimento de alegação de suspeição poderá ser objeto de recurso, sem efeito suspensivo.

Para Marcio Pestana<sup>86</sup>:

Este princípio possui 'textura aberta', passível de ser saturada sob diversas acepções, como de identidade com o princípio da igualdade, atrelado ao princípio da finalidade. A Administração Pública, ao exercer as funções que são de sua competência, o faz por meio de atos administrativos, quer vinculados, quer discricionários. Os vinculados têm a característica marcante de se encontrarem traçados e previstos em lei, competindo ao administrador tão-somente concretizar a determinação legislativa. A nosso ver, esse princípio direciona-se certeira para os atos administrativos da espécie discricionária, conferindo um vetor axiológico no sentido de determinar, ao agente público, que a decisão que se encontra prestes a ser tomada deverá sê-lo em obséquio ao interesse público, e não em favor deste ou daquele interesse ou preferência pessoal.

Nesse sentido, vem a recente decisão do STF:

HC 95009 / SP - SÃO PAULO

HABEAS CORPUS

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 06/11/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008

[...] A imparcialidade é expressão da atitude do juiz em face de influências provenientes das partes nos processos judiciais a ele submetidos. Significa julgar com ausência absoluta de prevenção a favor ou contra alguma das partes. ***Aqui nos colocamos sob a abrangência do princípio da impessoalidade, que a impõe.*** AFRONTA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS CONSAGRADAS NO ARTIGO 5º, INCISOS XI, XII E XLV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. De que vale declarar, a Constituição, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo" (art. 5º, XI) se moradias são invadidas por policiais munidos de mandados que consubstanciem verdadeiras cartas brancas, mandados com poderes de a tudo devassar, só por que o habitante é suspeito de um crime? [...]. (grifo da autora)

<sup>86</sup> PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

### 2.1.3 Princípio da moralidade

O princípio da moralidade possui *status* constitucional, daí, que para a Administração Pública, não pode ser senão o da moralidade administrativa. Dessa forma, constitui-se como pressuposto de todos os seus atos.

Hely Lopes Meirelles<sup>87</sup> cita Henri Welter o qual destaca a importância de se diferenciar a moralidade administrativa da moralidade comum, que se resume a distinguir o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de que a Administração Pública é composta por regras da boa administração.

No entender do autor referido, o ato administrativo não terá de obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto.

Nesse sentido, depreende-se que a moralidade administrativa e o interesse coletivo integram a legalidade de qualquer ato administrativo.

Assim, lembra Sylvia Zanella Di Pietro,<sup>88</sup> citando Maurice Hauriou, a quem é creditado ser o primeiro a cuidar desse tema:

Não se trata da moral comum, mas sim de uma moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração; implica distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também o honesto do desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta.

Acrescenta a autora que:

A imoralidade administrativa surgiu e se desenvolveu ligada à ideia de ‘desvio de poder’, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública se utiliza de meios lícitos pra atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agente.

Importante salientar que o tema ‘desvio de poder’ será melhor abordado na subseção 2.2.1 a qual tratará do princípio da finalidade.

Para Diogenes Gasparini,<sup>89</sup> “O ato e a atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei, mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos”.

<sup>87</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

<sup>88</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 77-78.

<sup>89</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.10.

Em recentemente decisão do STF, emergiu o entendimento de que não há necessidade de previsão legal para obstar atos de agentes públicos os quais não sejam condizentes com a moralidade administrativa. Tal questão será melhor analisada no Capítulo 4 deste trabalho.

#### 2.1.4 Princípio da publicidade

*Deve-se suspeitar como injusto tudo aquilo que não possa, de algum modo, tornar-se público. (Kant)*

Em princípio, todo o ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, resguardados os casos em que o sigilo é protegido pela Constituição brasileira.

Como frisa Marcio Pestana<sup>90</sup>, “O princípio da publicidade é insito ao Estado Democrático de Direito”.

Sendo assim, o princípio da publicidade requer que a Administração Pública divulgue seus atos para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Como preceitua Hely Lopes Meirelles<sup>91</sup>:

*Daí por que as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros.*

Apesar de não ser elemento formativo do ato, é requisito de eficácia e moralidade. Assim, os atos irregulares não poderão ser convalidados com a sua publicação, tampouco os regulares dispensam sua exequibilidade.

Nota-se que se a Constituição brasileira expressa, em seu art. 1º, parágrafo único, que: “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Sendo assim, imprescindível o respeito ao princípio da publicidade por parte da Administração, uma vez que seus administrados, o povo, têm o direito de participar e, dessa forma, poder controlar o seu agir. Daí que esse deva ser executado com a maior transparência

---

<sup>90</sup> PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

<sup>91</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95.

possível, a fim de que o povo tenha conhecimento de como os administradores estão tratando a *res publica*.

Então, impraticável a conduta pública que oculta do povo, em nome do qual esse mesmo poder é exercido, informações e atos relativos à gestão da *res publica*.

Além de expresso na Constituição brasileira, em seu art. 37, o princípio da publicidade vem implícito também, no art. 5º, incisos XIV (assegura a todos o acesso à informação) e XXXIII (direito de receber informações particulares ou de interesse coletivo dos órgãos públicos). Para esse último direito, há o remédio constitucional do *habeas data*, nos termos do inciso LXXII, do mesmo art. 5º.

Assim já decidiu o STF:

HC 84367 / RJ - RIO DE JANEIRO  
 HABEAS CORPUS  
 Relator(a): Min. CARLOS BRITTO  
 Julgamento: 09/11/2004 Órgão Julgador: Primeira Turma  
 Publicação DJ 18-02-2005 PP-00029 EMENT VOL-02180-04 PP-00877  
 EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADA POR OMITIR DADO TÉCNICO INDISPENSÁVEL À PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA (ART. 10 DA LEI Nº 7.347/85). ALEGADA NULIDADE DA AÇÃO PENAL, QUE TERIA ORIGEM EM PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL EM CAUSA COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Caso em que os fatos que basearam a inicial acusatória emergiram durante o Inquérito Civil, não caracterizando investigação criminal, como quer sustentar a impetração. A validade da denúncia nesses casos -- proveniente de elementos colhidos em Inquérito civil -- se impõe, até porque jamais se discutiu a competência investigativa do Ministério Público diante da cristalina previsão constitucional (art. 129, II, da CF). Na espécie, não está em debate a inviolabilidade da vida privada e da intimidade de qualquer pessoa. **A questão apresentada é outra. Consiste na obediência aos princípios regentes da Administração Pública, especialmente a igualdade, a moralidade, a publicidade e a eficiência, que estariam sendo afrontados se de fato ocorrentes as irregularidades apontadas no inquérito civil.** Daí porque essencial a apresentação das informações negadas, que não são dados pessoais da paciente, mas dados técnicos da Companhia de Limpeza de Niterói, cabendo ao Ministério Público zelar por aqueles princípios, como custos iuris, no alto da competência constitucional prevista no art. 127, caput. Habeas corpus indeferido. (grifo nosso)

### 2.1.5 Princípio da eficiência

Segundo Hely Lopes Meirelles<sup>92</sup>, “o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional”. Complementa o doutrinador:

É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço

<sup>92</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 98.

público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

O autor ainda acrescenta que o dever de eficiência corresponde ao “dever de boa administração” adotado na doutrina italiana.

Vale lembrar que, visando a obedecer ao princípio da eficiência, entre outros, surgiu a Lei 9.784/99, a fim de regular o processo administrativo, racionalizando e buscando eficiência no âmbito da Administração Pública Federal.

Observa-se também que com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, esse princípio passou a ser um direito constitucional, pois, no Título II – Dos Direitos e Garantias Constitucionais, inseriu no art. 5º o inciso LXXVIII, que “assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Assim, com um desempenho rápido, perfeito e rentável, é possível que a Administração Pública atinja um maior número de beneficiados, pois, dessa forma, maximizam-se os seus resultados, considerando a relação custo-benefício que deve permear todas as ações públicas.

Em decisão no STF, tem-se:

AC-QO 200 / SP - SÃO PAULO  
QUESTÃO DE ORDEM EM AÇÃO CAUTELAR  
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO  
Julgamento: 12/05/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação DJ 04-06-2004 PP-00028 EMENT VOL-02154-01 PP-00001  
EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM. AÇÃO CAUTELAR. MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO EXTRAORDINÁRIO EM QUE SE DISCUTE SE O PROCESSO SELETIVO PÚBLICO, A QUE SE REFERE O ART. 4º DA LEI MUNICIPAL Nº 3.939/92, SATISFAZ A EXIGÊNCIA CONTIDA NO ART. 37, INCISO II, DA MAGNA CARTA. ALEGAÇÃO DE QUE A EXONERAÇÃO IMEDIATA DA MAIORIA DOS SERVIDORES **COMPROMETERÁ A CONTINUIDADE E A EFICIÊNCIA DO SERVIÇO PÚBLICO**. Alegação que se acolhe até o julgamento definitivo do apelo extremo, ante a constatação de que a permanência dos servidores, mesmo na hipótese de desprovemento do recurso, será menos danosa à Administração Pública do que a exoneração e posterior reintegração deles, no caso de provimento do apelo do Município. Importa considerar ainda que matéria semelhante, alusiva ao art. 243 da Lei nº 8112/90, pende de julgamento do Supremo Tribunal Federal (ADI 2.968, Relator Ministro Cezar Peluso). Pedido cautelar deferido. (grifo da autora)

## 2.2 Princípios constitucionais implícitos

### 2.2.1 O princípio da finalidade

Para Diogenes Gasparini<sup>93</sup>, o princípio da finalidade:

Impõe à Administração Pública a prática, e tão-somente essa, de atos voltados para o interesse público. O afastamento da Administração Pública da finalidade de interesse público denomina-se desvio de finalidade.

Já segundo Hely Lopes Meirelles<sup>94</sup>, “esse princípio nada mais é que o da impessoalidade, uma vez que impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. Daí ser ele decorrente do princípio da legalidade”.

Para Celso Bandeira de Mello<sup>95</sup>, o princípio da finalidade não é decorrente do princípio da legalidade, e sim é uma inerência a ele, estando nele contido “pois corresponde à aplicação da lei tal qual é; ou seja, na conformidade de sua razão de ser, do objetivo em vista do qual foi editada”.

Assim já decidiu o STF:

RE 403205 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Julgamento: 28/03/2006 Órgão Julgador: Segunda Turma  
 Publicação DJ 19-05-2006 PP-00043  
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. ADMINISTRATIVO. ICMS. CONCESSÃO DE CRÉDITO PRESUMIDO. PROTOCOLO INDIVIDUAL. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA PUBLICIDADE NÃO CONFIGURADA. 1. Falta aos incisos XIII e LVII do art. 5º da Constituição Federal o devido prequestionamento (Súmulas STF nºs 282 e 356). 2. O Poder Público detém a faculdade de instituir benefícios fiscais, desde que observados determinados requisitos ou condições já definidos no texto constitucional e em legislação complementar. Precedentes do STF. 3. **É dever da Administração Pública perseguir a satisfação da finalidade legal. O pleno cumprimento da norma jurídica constitui o núcleo do ato administrativo.** 4. Concessão de benefício fiscal mediante ajuste entre Administração Pública e administrado. "Protocolo individual". Instrumento de intervenção econômica que impõe direitos e obrigações recíprocas. **Dever jurídico da Administração Pública de atingir, da maneira mais eficaz possível, o interesse público identificado na norma.** 5. Princípio da razoabilidade. Hipótese que carece de congruência lógica exigir-se o comprometimento da Administração Estadual em conceder benefício fiscal presumido, quando a requerente encontra-se inadimplente com suas obrigações tributárias. 6. Violação ao princípio da publicidade não configurada. Negativa de celebração de "protocolo individual". Incontroversa existência de autuações fiscais por prática de infrações à legislação tributária estadual. Interesse preponderante da Administração Pública. 7. Recurso extraordinário conhecido e improvido. (grifo da autora)

<sup>93</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 14.

<sup>94</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>95</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 95.



Enfim, o princípio da finalidade é aquele que imprime à autoridade administrativa o dever de praticar o ato administrativo com vistas à realização da finalidade perseguida pela lei, ou seja, o interesse público.

Dessa forma, não é possível a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, o que configuraria desvio de finalidade ou abuso de poder, ambos ensejadores de nulidade.

Assim, o abuso de poder pode manifestar-se como o excesso de poder, caso em que o agente público atua além de sua competência legal, como pode se manifestar pelo desvio de poder, em que o agente público, embora atuando nos limites de sua competência, atua contrariamente ao interesse público, desviando-se dessa finalidade pública.

Tratam-se, pois, de formas arbitrárias de agir do agente público no âmbito administrativo, em que está adstrito ao que determina a lei (princípio da estrita legalidade).

No caso do abuso de autoridade, tem-se a tipificação de condutas abusivas de poder como crimes tipificados na Lei 4.898/65, podendo-se dizer que o abuso de autoridade é o abuso de poder analisado sob as normas penais.

Portanto, além de o abuso de poder ser infração administrativa, também é utilizado no âmbito penal para caracterizar algumas condutas de abuso de autoridade, sendo que, essas são muito mais amplas do que o simples abuso de poder (excesso ou desvio de poder), eis que abarcam outras condutas ilegais do agente público, o que leva à conclusão de que o abuso de autoridade abrange o abuso de poder que, por sua vez, se desdobra em excesso e desvio de poder ou de finalidade.

Sylvia Zanella Di Pietro<sup>96</sup> cita a Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular) como parâmetro para auferir a finalidade do ato e seu controle:

Quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

E complementa:

Mais uma vez, o conceito legal está incompleto. Visto que a finalidade pode ter duplo sentido (amplo e restrito), pode-se dizer que ocorre o desvio de poder quando o agente pratica o ato com inobservância do interesse público ou com objetivo diverso daquele previsto explícita ou implicitamente na lei. O agente desvia-se ou afasta-se da finalidade que deveria atingir para alcançar resultado diverso, não amparado pela lei.

Também Hely Lopes Meirelles<sup>97</sup>, além da lei acima citada, ressalta um remédio heróico previsto na Constituição brasileira, no art. 5º, inciso LXIX e na Lei 1.533/51 (Lei do

---

<sup>96</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 78.

Mandado de Segurança), cabível contra qualquer ato de autoridade, assim como o inciso XXXIV, alínea “a” do mesmo artigo constitucional, o qual assegura a todos o direito de representação contra abusos de autoridade.

Para Lúcia Valle Figueiredo<sup>98</sup> haverá desvio de finalidade em duas situações:

Na primeira, quando a Administração pratica outro ato para obter finalidade diversa da tipicidade do ato. De outra parte, há também desvio de finalidade se o ato, apesar de existir competência da Administração, infringir, por exemplo, o princípio da impessoalidade.

Para melhor abordagem do tema, faz-se necessário deixar clara a diferenciação entre institutos que, embora correlacionados, não se confundem, quais sejam: o abuso de poder e o excesso de poder. Para Hely Lopes Meirelles<sup>99</sup>

O *uso do poder* é prerrogativa da autoridade. Mas o poder há que ser usado normalmente, *sem abuso*. Usar normalmente do poder é empregá-lo segundo as normas legais, a moral da instituição, a finalidade do ato e as suas exigências do interesse público. Abusar do poder é empregá-lo fora da lei, sem utilidade pública. O poder é confiado ao administrador público para ser usado em benefício da coletividade administrada, mas usado nos justos limites que o bem-estar social exigir. A utilização desproporcional do poder, o emprego arbitrário da força, a violência contra o administrado, constituem formas de uso do poder estatal, não toleradas pelo Direito e nulificadoras dos atos que as encerram. O uso do poder é lícito; o abuso, sempre ilícito. Daí porque todo o ato abusivo é *nulo*, por excesso ou desvio de poder.

A análise do desvio de poder ou de finalidade exige uma investigação a respeito da legalidade do ato e das intenções que inspiraram o agente público para saber se, conforme lembra Cretella Júnior<sup>100</sup>, são os que “segundo a inspiração do legislador, deveriam, realmente, inspirá-lo”.

Isso porque o legislador, no momento em que atribui poderes à Administração Pública, indica explícita ou implicitamente qual é o fim ou quais são os fins que poderão ser alcançados com o exercício da sua competência. Perseguir qualquer outro fim, até mesmo quando lícito, implica invalidade da decisão por desvio de poder ou de finalidade.

Nesse sentido, o legislador pode trilhar dois caminhos: a) ou a norma indica expressamente um fim ou vários fins; b) ou a norma indica implicitamente qualquer fim que satisfaça o interesse público. Na primeira hipótese, o administrador somente pode atingir o fim ou os fins indicados pela norma atributiva de poder. Na segunda hipótese, cabe ao administrador perseguir qualquer fim, desde que satisfaça primariamente um interesse

<sup>97</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93.

<sup>98</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público: estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 162.

<sup>99</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Idem*, p. 112.

<sup>100</sup> CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 94.

público. Portanto, na primeira hipótese, o vício será demonstrado pelo fato de o administrador ter perseguido qualquer fim diferente daqueles apontados pelo legislador. Na segunda hipótese, o vício será patenteado se o administrador propender a satisfazer primariamente um interesse privado. A sanção será sempre de invalidade do ato discricionário.

Então, como não cabe ao administrador preencher os vazios do ordenamento jurídico, porque sua atividade, conforme antes ressaltado, é infralegal, não pode exercer a competência discricionária para alcançar qualquer fim que não aqueles apontados pela norma legal atributiva de poder, qual seja, o interesse público.

A noção de ilegalidade do ato administrativo não ficará restrita apenas à violação frontal da lei, abrangerá também ofensa a interesses mediatos por ela visados transmitidos pelos princípios que regem a Administração Pública.

A tutela do interesse público, objetivo precípua das leis direcionadas à Administração Pública, deve ser o mesmo dos entes representativos do Estado, rechaçando-se, assim, qualquer intenção alheia àquela visada pelo legislador no momento de sua realização.

Nesse sentido, corrobora a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>101</sup>:

O desvio de finalidade ou de poder é, assim, a violação ideológica da lei, ou por outras palavras, a violação moral da lei, colimando o administrador público fins não queridos pelo legislador, ou utilizando motivos e meios imorais para a prática de ato administrativo aparentemente legal.

Assim, cada ato administrativo tem uma finalidade para o qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo a norma legal. Isso porque, segundo Cretella Júnior<sup>102</sup>:

O fim de todo ato administrativo, discricionário ou não, é o interesse público. O fim do ato administrativo é assegurar a ordem da Administração, que restaria anarquizada e comprometida se o fim fosse privado ou particular.

Para Celso Bandeira de Mello<sup>103</sup>:

No desvio de poder o agente, ao manipular um plexo de poderes, evade-se do escopo que lhe é próprio, ou seja, extravia-se da finalidade cabível em face da regra em que se calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria de apontar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público, como de outra feita averbamos, falseia, deliberadamente ou não, com institutos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como o objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se,

---

<sup>101</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 114.

<sup>102</sup> CRETILLA JUNIOR, José, *Idem*, p. 94.

<sup>103</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 923-924.

pois, de um vício *objetivo*, pois o que importa *não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.*

Importante a distinção acerca da atuação do agente público, que ora é discricionária, ora vinculada.

Nesse diapasão, conforme já visto no item 1.3, a atuação é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato fixando todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem a apreciação subjetiva. Por outro lado, a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência (mérito) e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

Tal distinção tem grande importância no que diz respeito ao controle que o Judiciário exerce sobre os mesmos. Isso porque, quando vinculado, caberá ao mencionado poder examinar em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, assim sendo, para decretar a sua nulidade é de se reconhecer que essa conformidade não existiu. Quando discricionário, o controle judicial também é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que é assegurada à Administração Pública pela lei.

Todavia, vezes há que, em razão do princípio da razoabilidade, é possível o controle do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário em caso de flagrante violação ao interesse público.

Porém, nesses casos, conforme lembrou Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>104</sup>:

Não se imagine que a correção judicial baseada na violação do princípio da razoabilidade invade o “mérito” do ato administrativo, isto é, o campo de “liberdade” conferido pela lei à Administração para decidir-se segundo uma estimativa da situação e critérios de conveniência e oportunidade. Tal não ocorre porque a sobredita “liberdade” é liberdade dentro da lei, vale dizer, segundo as possibilidades nela comportadas. Uma providência desarrazoada, consoante dito, não pode ser havida como comportada pela lei. Logo, é ilegal: é desbordante dos limites nela admitidos.

Sendo assim, o campo da incidência do desvio de finalidade reside, basicamente, nos atos discricionários do agente público, uma vez que neste lhe é possibilitado o poder de escolha dentre as opções delimitadas pela lei e quando tal escolha não atende aos motivos inerentes à essência da norma, incorre o agente em desvio de poder.

---

<sup>104</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 98.

Então, tem-se que desvio de poder ou de finalidade é ato ilícito, ademais, retira a legitimidade da Administração Pública, instrumento do Estado na tutela do interesse público.

### 2.2.2 O princípio da igualdade ou da isonomia

O princípio da igualdade tem sede implícita no texto constitucional, sendo já no Preâmbulo e no art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, (...).

Sendo assim, apresenta-se como norma supraconstitucional e constitucional, o que eleva esse princípio a direito e garantia, para o qual todas as demais normas devem obediência.

Outros dispositivos constitucionais reforçam o princípio da igualdade na Constituição brasileira:

Art. 3º, III e IV - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Art. 7º, XXX e XXXI

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Dessa forma, não se trata de demagogia a afirmação de que "todos são iguais perante a lei", mas sim de um discurso objetivo, incorporado ao universo jurídico, cuja

enunciação implica fiel observância por todos, notadamente do Estado, por intermédio da Administração Pública.

A realidade social resulta da confluência de forças políticas, econômicas, culturais, morais, religiosas, étnicas e de tantas outras que moldam sistemas e estruturas em que a igualdade nem sempre é elemento integrante de fato.

Daí a relevância da Administração Pública, pois cabe a ela planejar e executar políticas públicas de forma a garantir o cumprimento do art. 3º da Constituição brasileira, que levaria à igualdade tão aclamada.

Se, na prática, nem todos são iguais, para a Administração Pública todos devem merecer o mesmo tratamento. Afinal, se iguais, nada pode discriminá-los.

Como a igualdade é considerada valor fundamental no Estado Democrático de Direito, sendo, portanto, essencial para todos os cidadãos, deve ser máxima a ser perseguida nos processos, tanto administrativos, legislativos, quanto judiciais.

Como preleciona Diogenes Gasparini<sup>105</sup>:

Impõe-se aos iguais, por esse princípio, um tratamento impessoal, igualitário ou isonômico. É princípio que norteia, sob pena de ilegalidade, os atos e comportamentos da Administração Pública direta e indireta. É, assim, um dos direitos individuais consagrados tanto à proteção dos brasileiros como dos estrangeiros submetidos à nossa ordem jurídica. Não cabe levar em conta a *restrição residentes no País* consignada nesse preceptivo, pois também devem ser assim tratados os estrangeiros não residentes, a exemplo dos turistas que apenas estão de passagem pelo nosso território.

Continua o autor:

O objetivo do princípio da igualdade é evitar privilégios, e quando instalados servir de fundamento para sua extinção. Essa igualdade, cabe observar, não significa nivelamento econômico, pois não se trata de uma igualdade material, mas jurídico-formal.

A aplicação do princípio da igualdade está condicionada a outros princípios que também regem o processo administrativo, como o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, pois buscam a realização da igualdade e da justiça no processo, principalmente quando se tratar de produção de provas.

No caso de um processo administrativo, não se pode conceber desigualdade de tratamento pelo simples fato de o Estado ser um dos litigantes, principalmente, porque uma das partes que litiga (Administração Pública) é a mesma que julga.

---

<sup>105</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 20.

Dessa forma, se o tratamento deve ser isonômico, deve ser preservada a ambas as partes, em igualdade de condições, a possibilidade de produzirem todas as provas cabíveis, com o fim de prevalência do princípio da verdade material.

Todavia, diz Celso Bandeira de Mello<sup>106</sup>:

Que o princípio da igualdade não deve ser entendido em termos absolutos de modo a se converter em obstáculo do bom e eficaz desempenho da atividade administrativa. A Administração Pública, é evidente, pode impor condições ou fazer exigências, conforme a hipótese, para a admissão de alguém na fruição de um serviço público (superação de período de carência), para a nomeação de alguém com o fito de titularizar um cargo público (estatura mínima para ser policial militar).

Dessa forma, a Administração Pública não pode discriminar por discriminar. A discriminação deve estar devidamente motiva visando ao interesse público e a restrição deve ser imposta por lei, conforme já decidiu o STF em sede de ADI 3070/RN<sup>107</sup>:

[...] A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível [...].

Atualmente, os casos que mais geram análise por parte do judiciário referem-se ao procedimento da licitação e a concurso público para ingresso no quadro de pessoal da Administração Pública, os quais devem seguir, por força do disposto no art. 37, II e XXI, da Constituição brasileira, respectivamente, a fim de garantir a igualdade ou isonomia.

Como exemplo, há recente decisão do STF:

AI 534560 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL  
 AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI  
 Julgamento: 20/06/2006 Órgão Julgador: Primeira Turma  
 Publicação 25-08-2006 PP-00019  
 EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA EM CONCURSO PÚBLICO. EXIGÊNCIA DE LEI PARA A ADOÇÃO DE CRITÉRIOS DE ADMISSÃO A CARGOS PÚBLICOS. I - Decisão monocrática que negou provimento ao agravo de instrumento **por entender que não é possível a estipulação de altura mínima como critério para admissão a cargo público, sem que haja o devido amparo legal.** II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Agravo regimental improvido. (grifo da autora)

<sup>106</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 55.

<sup>107</sup> Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(579951%20.NUME.%20OU%20579951%20.ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(579951%20.NUME.%20OU%20579951%20.ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 30 mai. 2009.

Para Sylvia Zanella Di Pietro<sup>108</sup>:

O princípio da igualdade constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar.

Tal princípio está expresso no art. 37, XXI, da Constituição brasileira:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Dessa forma, a Constituição brasileira veda qualquer condição que implique preferência em favor de qualquer um dos licitantes. Assim decidiu, recentemente, o STF:

ADI 3583 / PR – PARANÁ

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO

Julgamento: 21/02/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-047 DIVULG 13-03-2008 PUBLIC 14-03-2008

EMENTA: LICITAÇÃO PÚBLICA. Concorrência. Aquisição de bens. Veículos para uso oficial. Exigência de que sejam produzidos no Estado-membro. Condição compulsória de acesso. Art. 1º da Lei nº 12.204/98, do Estado do Paraná, com a redação da Lei nº 13.571/2002. **Discriminação arbitrária. Violação ao princípio da isonomia ou da igualdade.** Ofensa ao art. 19, II, da vigente Constituição da República. Inconstitucionalidade declarada. Ação direta julgada, em parte, procedente. Precedentes do Supremo. **É inconstitucional a lei estadual que estabeleça como condição de acesso a licitação pública, para aquisição de bens ou serviços, que a empresa licitante tenha a fábrica ou sede no Estado-membro.**

Também o princípio da igualdade deve ser respeitado nos processos judiciais:

HC 84469 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 15/04/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJe-083 DIVULG 08-05-2008 PUBLIC 09-05-2008

EMENTA: HABEAS CORPUS. ART. 595 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. APELAÇÃO JULGADA DESERTA EM RAZÃO DO NÃO RECOLHIMENTO DO RÉU À PRISÃO. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E AOS PRINCÍPIOS DO DIREITO. ORDEM CONCEDIDA. 1. O não recolhimento do réu à prisão não pode ser motivo para a deserção do recurso de apelação por ele interposto. 2. **O art. 595 do Código de Processo Penal institui pressuposto recursal draconiano, que viola o devido processo legal, a ampla defesa, a proporcionalidade e a igualdade de tratamento entre as partes no processo.** 3. O fato de os efeitos do julgamento da apelação dos co-réus terem sido estendidos ao paciente não supre a ausência de análise das razões por ele mesmo alegadas em seu recurso. 4. O posterior provimento pelo Superior Tribunal de Justiça do recurso especial da acusação não alcança a esfera jurídica do paciente, cuja apelação não havia sido julgada. Possíveis razões de ordem pessoal que poderiam alterar a qualidade da sua participação nos fatos objeto de julgamento. Adoção da teoria monista moderada para o concurso de pessoas, que leva em consideração o dolo do agente (art. 29, § 2º, do Código Penal). 5. Ordem concedida, para determinar que o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proceda ao julgamento do mérito da apelação interposta pelo paciente. Somente contra esse

<sup>108</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 302.



futuro julgamento é que eventual recurso acusatório poderá ser interposto contra o paciente. (grifo da autora)

### 2.2.3 O princípio da razoabilidade

Na medida em que o administrador público deva estrita obediência à lei pelo princípio da legalidade e tem como dever absoluto a busca da satisfação do interesse público, por meio do princípio da finalidade, há que se pressupor que a prática de seus atos administrativos discricionários se processe dentro de padrões estritos de razoabilidade, ou seja, com base em parâmetros objetivamente racionais de atuação e sensatez.

Deveras, ao regular o agir da Administração Pública, não se pode supor que o desejo do legislador seria o de alcançar a satisfação do interesse público pela imposição de condutas bizarras, descabidas, despropositadas ou incongruentes dentro dos padrões dominantes na sociedade e no momento histórico em que a atividade normativa se consuma.

Ao revés, é de se supor que a lei tenha a coerência e a racionalidade de condutas como instrumentos próprios para a obtenção de seu objetivo maior, qual seja, o interesse da coletividade.

Apesar de esse princípio não vir expresso na Constituição brasileira, vem sendo aplicado com rigor nas decisões dos tribunais brasileiros e, como se verá ao longo deste trabalho, principalmente pelos superiores tribunais. Por tratar-se de um princípio que impõe limites à discricionariedade administrativa, considera-se um avanço que ele venha expresso na Constituição paulista, em seu art. 111<sup>109</sup> e na Lei 9.784/99, em seu art. 2º, incisos VI e XIII:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público;

XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

Sendo assim, a lei determina à Administração Pública, no exercício de suas atividades, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e

---

<sup>109</sup> Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>

coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes. Perfilhando esse entendimento, sustenta Celso Bandeira de Mello<sup>110</sup>:

Enuncia-se com este princípio que a administração, ao atuar no exercício de discricção, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitosas das finalidades que presidam a outorga da competência exercida.

O autor lembra que esse princípio “delimita ao poder discricionário da Administração Pública a liberdade de decidir dentro de critérios de conveniência e oportunidade”.<sup>111</sup>

Dessa forma, o princípio da razoabilidade impõe ao exercício das atividades estatais, que o cidadão tenha o direito a menor desvantagem possível. Com efeito, havendo a possibilidade de ação discricionária entre diferentes alternativas administrativas, a opção por aquela que venha a trazer conseqüências mais onerosas aos administrados é irrazoável e descabida.

Nas palavras do Ministro do STF, Celso de Mello<sup>112</sup>:

O Poder Público, especialmente em sede de tributação (mesmo tratando-se da definição do "quantum" pertinente ao valor das multas fiscais), não pode agir imoderadamente, pois a atividade governamental acha-se essencialmente condicionada **pelo princípio da razoabilidade que se qualifica como verdadeiro parâmetro de aferição da constitucionalidade material dos atos estatais.** (grifo da autora)

Sendo assim, o princípio da razoabilidade deve ser aplicado como um critério, finalisticamente vinculado, pois implica valorar os motivos da escolha do objeto para a prática do ato discricionário.

O princípio da razoabilidade significa a necessária equidade, imparcialidade e justiça nas quais devem ser pautadas as ações administrativas, sempre para atender ao interesse público, finalidade da Administração Pública.

Qualquer medida excessiva e desarrazoada redundaria em extrapolação de sua competência, prejudicando a finalidade da lei e os direitos dos cidadãos.

Como já dito no item 1.3 desta pesquisa, observa-se pelos recentes julgados do STF a aplicação cada vez maior do referido princípio, não somente no controle judicial em detrimento da discricionarieidade administrativa, mas também no controle de constitucionalidade quando da promulgação de leis, como recente decisão:

ADI 855 / PR - PARANÁ  
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

<sup>110</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 97.

<sup>111</sup> Idem, p. 98.

<sup>112</sup> ADI 1075 MC/DF, Relator: Min. Celso de Mello, Julgamento: 17/06/1998, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Relator(a): Min. OCTAVIO GALLOTTI

Julgamento: 06/03/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-059 DIVULG 26-03-2009 PUBLIC 27-03-2009

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei 10.248/93, do Estado do Paraná, que obriga os estabelecimentos que comercializem Gás Liquefeito de Petróleo - GLP a pesarem, à vista do consumidor, os botijões ou cilindros entregues ou recebidos para substituição, com abatimento proporcional do preço do produto ante a eventual verificação de diferença a menor entre o conteúdo e a quantidade líquida especificada no recipiente. 3. Inconstitucionalidade formal, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre o tema (CF/88, arts. 22, IV, 238). 4. **Violação ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade das leis restritivas de direitos.** 5. Ação julgada procedente. (grifo da autora)

Assim leciona Diogenes Gasparini<sup>113</sup>: “Nada que esteja fora do razoável, do sensato, do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária”.

## 2.2.4 O princípio da proporcionalidade

Como leciona Sylvia Zanella Di Pietro:

Embora a Lei 9.784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar.

O princípio da proporcionalidade impõe à Administração Pública que sua atividade seja exercida na medida e no grau exato ao alcance do fim legal, ou seja, ele exige adequação entre meio e fim para que haja o menor prejuízo possível do direito ou bem constitucionalmente protegido para o administrado.

Daí os princípios da razoabilidade e proporcionalidade estarem expressos na Lei 9.784/99, em seu art. 2º, incisos VI e XIII, como já visto no item anterior.

Como desdobramento dessa ideia, afirma-se também que o princípio da proporcionalidade é, por alguns autores denominado, o princípio da vedação de excessos, entre eles Celso Bandeira de Mello<sup>114</sup>:

Trata-se da idéia de que as conseqüências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidades proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.

<sup>113</sup> GASPARINI, Diogenes. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25.

<sup>114</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.

Em outras palavras, os meios utilizados ao longo do exercício da atividade administrativa devem ser logicamente adequados aos fins que pretendem alcançar, com base em padrões aceitos pela sociedade e no que determina o caso concreto. Segundo Raquel Stumm<sup>115</sup>:

Esse princípio reclama a certificação dos seguintes pressupostos: conformidade ou adequação dos meios, ou seja, o ato administrativo deve ser adequado aos fins que pretende realizar; necessidade, vale dizer, possuindo o agente público mais de um meio para atingir a mesma finalidade, deve optar pelo menos gravoso à esfera individual; proporcionalidade estrita entre o resultado obtido e a carga empregada para a consecução desse resultado.

Por conseguinte, o administrador público não pode utilizar instrumentos que fiquem aquém ou se coloquem além do que seja estritamente necessário para o fiel cumprimento da lei.

Assim sendo, sempre que um agente público assumir conduta desproporcional ao que lhe é devido para o exercício regular de sua competência, tendo em vista as finalidades legais que tem por incumbência cumprir, poderá provocar situação ilícita passível de originar futura responsabilidade administrativa, civil e, sendo o caso, até criminal.

Como ilustração, a decisão do STF, a qual admite e utiliza o mecanismo interpretativo de que se fala:

RE 349703 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. CARLOS BRITTO  
 Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-04 PP-00675  
 PRISÃO CIVIL DO DEPOSITÁRIO INFIEL EM FACE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INTERPRETAÇÃO DA PARTE FINAL DO INCISO LXVII DO ART. 50 DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988. POSIÇÃO HIERÁRQUICO-NORMATIVA DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. Desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o Decreto-Lei nº 911/69, assim como em relação ao art. 652 do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002). ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. DECRETO-LEI Nº 911/69. EQUIPAÇÃO DO DEVEDOR-FIDUCIANTE AO DEPOSITÁRIO. PRISÃO CIVIL DO DEVEDOR-FIDUCIANTE EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A

<sup>115</sup> STUMM, Raquel Denize. **Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 1995, p. 39.

**prisão civil do devedor-fiduciante no âmbito do contrato de alienação fiduciária em garantia viola o princípio da proporcionalidade, visto que: a) o ordenamento jurídico prevê outros meios processuais-executórios postos à disposição do credor-fiduciário para a garantia do crédito, de forma que a prisão civil, como medida extrema de coerção do devedor inadimplente, não passa no exame da proporcionalidade como proibição de excesso, em sua tríplice configuração: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito; [... ]; RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.**  
(grifo da autora)

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade possuem grau de conexão tão intenso que, Celso Bandeira de Mello<sup>116</sup> diz: “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta ao princípio da razoabilidade”.

José Afonso da Silva<sup>117</sup> afirma também estar o princípio da “proporcionalidade razoável” consagrado como princípio constitucional geral e explícito de tributação, traduzido na norma que impede a tributação com efeitos de confisco (artigo 150, IV), em que é vedado ao Poder Público tributar patrimônio de modo a impossibilitar sua manutenção pelo particular ou inviabilizar o uso econômico a que se destine, ressalvadas as exceções constitucionalmente previstas.

Assinala Paulo Bonavides<sup>118</sup> que “em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”.

Como afirma Luiz Henrique Cademartori<sup>119</sup>:

Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, embora não expressos de forma literal na Constituição, configuram-se, dentro do ordenamento jurídico, como parâmetros necessários e permanentes de ponderação racional a orientar toda e qualquer atividade estatal, seja ela legislativa, administrativa ou judiciária. Nessa medida, devem ser entendidos, mais do que princípios, como *máximas* do Direito, embora no âmbito jurídico brasileiro continuem a ser chamados de princípios.

## 2.2.5 O princípio da segurança jurídica

Apesar de não estar expresso na Constituição brasileira, o princípio da segurança jurídica é a essência do próprio Estado Democrático de Direito, de tal sorte, como frisa Celso Bandeira de Mello<sup>120</sup>, “faz parte do sistema constitucional como um todo”, ou seja, não é específico do Direito Administrativo.

<sup>116</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.

<sup>117</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 1998, p.65.

<sup>118</sup> BONAVIES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 74.

<sup>119</sup> CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 113.

<sup>120</sup> Idem, p. 110.

É um princípio que se conjuga com determinados outros os quais dão funcionalidade ao ordenamento jurídico brasileiro, tais como, a irretroatividade da lei, o devido processo legal, o direito adquirido, entre outros. Ele traduz a estabilidade e o reconhecimento daquilo que diz respeito aos administrados, vedando surpresas sem a legalidade necessária, sendo considerado pelo autor já citado<sup>121</sup>, senão o mais importante, pelo menos um dos mais importantes princípios gerais de Direito, pois representa “a insopitável necessidade de poder assentar-se sobre algo reconhecido como estável ou relativamente estável, o que permite vislumbrar com alguma previsibilidade o futuro [...]”.

Continuando com a lição do referido autor<sup>122</sup>:

Por força mesmo deste princípio (conjugadamente com os da presunção de legitimidade dos atos administrativos e da lealdade e boa-fé), firmou-se o correto entendimento de que orientações firmadas pela Administração em dada matéria não podem, *sem prévia e pública notícia*, ser modificadas em casos concretos para fins de sancionar, agravar a situação de magistrados ou denegar-lhes pretensões, de tal sorte que só se aplicam aos casos ocorridos depois de tal notícia.

Assim leciona também Canotilho<sup>123</sup>:

Partindo da idéia de que o homem necessita de uma certa segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida, desde cedo se considerou como elementos constitutivos do Estado de Direito os dois princípios seguintes: o princípio da segurança jurídica e o princípio da confiança do cidadão.

Tal princípio, apesar de não encontrar previsão legal específica dentro do texto constitucional, pode ser considerado um dos mais importantes na estrutura do Estado Democrático de Direito, pois corresponde justamente a grandes aspirações do cidadão, como a estabilidade e a certeza da vida social e de tudo aquilo que o cerca. Merecem destaque os institutos da usucapião, da irretroatividade da lei, da prescrição, da decadência, da preclusão e do direito adquirido.

Ressalta-se que o princípio da segurança vem expresso no art. 2º, *caput* e no seu inciso XIII, da Lei 9.784/99, vedando a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.  
XIII - interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada aplicação retroativa de nova interpretação.

<sup>121</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 111.

<sup>122</sup> *Idem*, p. 112.

<sup>123</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p. 59.

Acrescenta-se a isso a colaboração de Sylvia Zanella Di Pietro<sup>124</sup>, participante da comissão de juristas que elaborou o anteprojeto de que resultou a lei acima, no sentido de que:

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela freqüentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada”.

Claro que tal princípio, como assinala a autora citada<sup>125</sup>, deve ser aplicado com cautela, para não levar ao absurdo de impedir a Administração de anular atos praticados com inobservância da lei:

Isto não significa que a interpretação da lei não possa mudar; ela frequentemente muda como decorrência e imposição da própria evolução do direito. O que não é possível é fazê-la retroagir a casos já decididos com base em interpretação anterior, considerada válida diante das circunstâncias do momento em que foi adotada.

Dentre os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito, que necessariamente informam a conduta estatal, esse ocupa lugar destacado como consectário da dignidade da pessoa humana e da secular necessidade de estabilidade nas relações sociais. Assim, a decadência, que no seio do processo administrativo atua como freio do poder de autotutela da Administração, é de aplicação cogente, mormente, se conjugada à boa-fé do administrado. Assim decidiu o STF:

MS 24448 / DF - DISTRITO FEDERAL  
MANDADO DE SEGURANÇA  
Relator(a): Min. CARLOS BRITTO  
Julgamento: 27/09/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação DJe-142 DIVULG 13-11-2007 PUBLIC 14-11-2007  
EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO DE RECURSOS HUMANOS DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ATO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DO STF. PENSÕES CIVIL E MILITAR. MILITAR REFORMADO SOB A CF DE 1967. CUMULATIVIDADE. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. GARANTIAS DO CONTRÁRIO E DA AMPLA DEFESA. 1. [...]; Tal acumulação, no entanto, deve obversar o teto previsto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal. 3. A inércia da Corte de Contas, por sete anos, consolidou de forma positiva a expectativa da viúva, no tocante ao recebimento de verba de caráter alimentar. **Este aspecto temporal diz intimamente com o princípio da segurança jurídica, projeção objetiva do princípio da dignidade da pessoa humana e elemento conceitual do Estado de Direito.** 4. O prazo de cinco anos é de ser aplicado aos processos de contas que tenham por objeto o exame de legalidade dos atos concessivos de aposentadorias, reformas e pensões. Transcorrido in *albis* o interregno quinquenal, é de se convocar os particulares para participar do processo de seu interesse, a fim de desfrutar das garantias do contraditório e da ampla defesa (inciso LV do art. 5º). 5. Segurança concedida. (grifo da autora)

<sup>124</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 85.

<sup>125</sup> Idem, p. 85.

### 2.2.6 O princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal está consagrado na Constituição brasileira, em seu art. 5º, inciso LIV, que expressa: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim, o direito a um processo formal regular é garantia constitucional. E somente com a correta percepção e aplicação desse princípio constitucional processual evitar-se-ão lesões a direitos subjetivos em face de possíveis arbitrariedades e/ou discricionariedades por parte da Administração Pública.

Ressalta-se que a Lei 9.784/99, em seu art. 2º, *caput*, garante ao administrado a isonomia apregoada constitucionalmente bem como a efetividade de um processo justo, impedindo arbitrariedades, uma vez que concede ao processo administrativo garantias constitucionais processuais fundadas nas bases de um Estado Democrático de Direito.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>126</sup>:

[...] estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas.

Nesse diapasão, conforme sustenta Alexandre de Moraes<sup>127</sup>:

[...] por ampla defesa entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.

A ampla defesa e o contraditório, portanto, sintetizam o aspecto formal do princípio do devido processo legal. Entretanto, o *due process of law* deve ser tomado, também, sob a ótica material, traduzida na idéia da necessária verificação da razoabilidade e proporcionalidade imanente à medida estatal examinada.

Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo<sup>128</sup>:

[...] o *due process of law* passa a ter um conteúdo também material, e não tão somente formal - quer dizer, passa a ter duplo conteúdo: substancial e formal. Os processualistas da atualidade entendem está contido, no *due process of law*, conteúdo material. Somente respeitará o *due process of law* a lei - e assim poderá ser

<sup>126</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

<sup>127</sup> MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 122.

<sup>128</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 431.



aplicada pelo magistrado - se não agredir, não entrar em confronto, não entrar em testilha, com a Constituição, com seus valores fundamentais.

Dessa forma, alerta Celso Bandeira de Mello que<sup>129</sup>:

A Administração Pública não poderá proceder contra alguém passando diretamente à decisão que repute cabível, pois terá, desde logo, o dever jurídico de atender ao contido nos mencionados versículos constitucionais.

Dada a relevância desse princípio constitucional, o processo administrativo de autuação e imposição de penalidade deve ser igualmente orientado pelos demais preceitos constitucionais que vinculam toda atividade da Administração Pública, sob pena de desviar-se de sua finalidade.

Assim, por exemplo, pode-se questionar até que ponto o princípio da presunção da legitimidade da Administração Pública mitiga as garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, quando da aplicação de multas de infrações de trânsito decorrentes de processos administrativos previstos no Código de Trânsito Brasileiro?

Frente à inexistência de meios e recursos para a produção de provas, no momento da autuação, pelo administrado, a garantia constitucional do devido processo legal e da ampla defesa tem sido mitigada.

Preleciona o jurista Frederico Marques<sup>130</sup>:

Se o poder administrativo, no exercício de suas atividades, vai criar limitações patrimoniais imediatas ao administrado, inadmissível seria que atuasse fora das fronteiras do *due process of law*. [...] Isto posto, evidente se torna que a Administração Pública, ainda que exercendo seus poderes de auto tutela, não tem o direito de impor aos administrados gravames e sanções que atinjam, direta ou indiretamente, seu patrimônio sem ouvi-los adequadamente, preservando-lhes o direito de defesa.

Para Celso Bandeira de Mello<sup>131</sup>:

A Lei Maior exige “um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar as decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe a possibilidade de contraditório e ampla defesa, no que se inclui o direito a recorrer das decisões tomadas.

---

<sup>129</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

<sup>130</sup> MARQUES, José Frederico. **A garantia do *due process of law* no direito tributário**. São Paulo: RT5/28.

<sup>131</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

E, na mesma linha de Frederico Marques, Celso Bandeira de Mello<sup>132</sup> defende ainda que:

Privar da liberdade ou da propriedade não é apenas simplesmente elidi-las, mas também o é suspender ou sacrificar quaisquer atributos legítimos inerentes a uma ou a outra; vale dizer: a privação não precisa ser completa para caracterizar-se como tal.

Assim decidiu o STF:

ACO-QO 1048 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
 QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO CÍVEL ORIGINÁRIA  
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO  
 Julgamento: 30/08/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-134 DIVULG 30-10-2007 PUBLIC 31-10-2007  
 E M E N T A: CADIN/SIAFI - INCLUSÃO, NESSE CADASTRO FEDERAL, DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, POR EFEITO DE DIVERGÊNCIAS NA PRESTAÇÃO DE CONTAS DO CONVÊNIO MJ Nº 019/2000 - CONSEQÜENTE IMPOSIÇÃO, AO ESTADO-MEMBRO, EM VIRTUDE DE ALEGADO DESCUMPRIMENTO DAS RESPECTIVAS OBRIGAÇÕES, DE LIMITAÇÕES DE ORDEM JURÍDICA - **NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO REQUISITO LEGITIMADOR DA INCLUSÃO, NO CADIN/SIAFI, DE QUALQUER ENTE ESTATAL - LITÍGIO QUE SE SUBMETE À ESFERA DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - HARMONIA E EQUILÍBRIO NAS RELAÇÕES INSTITUCIONAIS ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS E A UNIÃO FEDERAL - O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO - POSSIBILIDADE DE CONFLITO FEDERATIVO - **PRETENSÃO CAUTELAR FUNDADA NAS ALEGAÇÕES DE TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO "DUE PROCESS OF LAW" E DE DESRESPEITO AO POSTULADO DA RESERVA DE LEI EM SENTIDO FORMAL - MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA** - DECISÃO DO RELATOR REFERENDADA PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONFLITOS FEDERATIVOS E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL COMO TRIBUNAL DA FEDERAÇÃO. - [...] - **A imposição estatal de restrições de ordem jurídica, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo (como sucede com a inclusão de supostos devedores em cadastros públicos de inadimplentes), supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do "due process of law", assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária.** Doutrina. Precedentes. - [...] - Medida cautelar deferida. (grifo da autora)**

Outra questão apontada por Celso Bandeira de Mello diz respeito a não utilização de forma ampla desse princípio de modo que a Administração fique impedida de realizar atos urgentes e provisórios que, em face do interesse público, pudesse, de forma apriorística, invadir a seara da propriedade ou liberdade protegida pela cláusula em comento.

<sup>132</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 103.

Nesse sentido, frisa<sup>133</sup>:

Admitir-se-á, contudo, ação imediata da própria Administração sem as referidas cautelas apenas e tão-somente quando o tempo a ser consumido na busca da via judicial inviabilizaria a proteção do bem jurídico a ser defendido.

E foi nesse sentido que decidiu, recentemente, o STF:

ADI 395 / SP - SÃO PAULO  
 Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA  
 Julgamento: 17/05/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-082 DIVULG 16-08-2007 PUBLIC 17-08-2007  
 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 163, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO DE SÃO PAULO: INOCORRÊNCIA DE SANÇÕES POLÍTICAS. AUSÊNCIA DE AFRONTA AO ART. 5º, INC. XIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. **A retenção da mercadoria, até a comprovação da posse legítima daquele que a transporta, não constitui coação imposta em desrespeito ao princípio do devido processo legal tributário.** 2. Ao garantir o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, o art. 5º, inc. XIII, da Constituição da República não o faz de forma absoluta, pelo que a observância dos recolhimentos tributários no desempenho dessas atividades impõe-se legal e legitimamente. 3. A hipótese de retenção temporária de mercadorias prevista no art. 163, § 7º, da Constituição de São Paulo, é providência para a fiscalização do cumprimento da legislação tributária nesse território e consubstancia exercício do poder de polícia da Administração Pública Fazendária, estabelecida legalmente para os casos de ilícito tributário. Inexiste, por isso mesmo, a alegada coação indireta do contribuinte para satisfazer débitos com a Fazenda Pública. 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. (grifo da autora)

### 2.2.7 Princípio da motivação

Esse princípio impõe à Administração Pública que seus atos sejam motivados, ou seja, os agentes públicos têm de indicar os fatos e fundamentos jurídicos de suas decisões, a qual deverá ser prévia ou contemporânea à prática do ato, segundo assinala Sylvia Zanella Di Pietro<sup>134</sup>.

Ressalta-se que motivação não se confunde com fundamentação, que é a simples indicação da norma legal a qual embasou a decisão adotada. Motivação é uma das exigências do Estado Democrático de Direito, que permite ao administrado, o direito a uma decisão motivada com a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinaram tal decisão.

Essa exigência está expressa na Constituição brasileira somente para as decisões administrativas dos Tribunais, conforme art. 93, X:

As decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

<sup>133</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 104.

<sup>134</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 82.

Porém, o entendimento doutrinário majoritário e jurisprudencial, alicerçado na melhor hermenêutica, consagrou esse princípio para toda a Administração Pública. A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 111<sup>135</sup>, contempla esse princípio, assim como o art. 2º, *caput*, § único, inciso VII, da Lei 9.784/99 expressam:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

Além do artigo anterior, o art. 50, *caput* e seus parágrafos, da mesma Lei:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

Como analisa Sylvia Zanella Di Pietro<sup>136</sup>:

Depreende-se dos dispositivos acima que a obrigatoriedade da motivação, em regra, diz respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração.

Assim leciona Carlos Ari Sundfeld<sup>137</sup>:

Os objetivos da motivação nos atos administrativos são: 1) evidenciar o conteúdo do ato, facilitando sua interpretação, em nome de um princípio de clareza; 2) forçar um cuidado especial do agente público, evitando-se atuações precipitadas, sem qualquer base legal que pudesse expor em uma justificação; e, 3) persuadir o administrado a aceitar o ato da autoridade ante a explicação das razões que o ditaram.

A lição de Celso Bandeira de Mello<sup>138</sup> acrescenta:

É por esse princípio que se protegem os interesses do administrado, seja por convencê-lo do acerto da providência tomada – o que é o mais rudimentar dever de uma Administração democrática –, seja por deixar estampadas as razões do decidido, ensejando sua revisão judicial, se inconvincentes, desarrazoadas ou injurídicas.

<sup>135</sup> Disponível em: <<http://www.legislacao.sp.gov.br/legislacao/index.htm>>.

<sup>136</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 82.

<sup>137</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados**. Revista de Direito Público n. 75, p. 119.

<sup>138</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 471.

Dessa forma, quando o administrado possui conhecimento real das decisões administrativas, adquire não somente condições de contradizê-las, mas também de controlá-las, aferindo se o interesse público está sendo naquele ato contemplado.

Sendo assim, a motivação deve ser inerente a toda a atividade administrativa, vez que ratifica a obrigatoriedade de transparência das decisões emanadas pela Administração Pública, consagrando, mais uma vez, sua finalidade que é atender ao interesse público.

Então, a motivação é pressuposto para o devido processo legal, pois por meio dela impõe-se um verdadeiro meio de viabilização do controle da legalidade dos atos da Administração Pública.

Celso Bandeira de Mello<sup>139</sup> ainda afirma:

Não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos.

Todos os atos administrativos podem ser passíveis de análise pelo Poder Judiciário, para que esse possa controlar o mérito do ato administrativo quanto à sua legalidade. E, naturalmente, para efetuar esse controle, devem ser observados os motivos que levaram à execução do ato.

É cediço, que para os atos oriundos do poder discricionário da Administração a motivação deva ser observada rigorosamente, devendo ser objetiva e transparente.

Todavia, uma questão que se impõe é com relação à necessidade de motivação dos atos administrativos vinculados, ou seja, aqueles em que a lei aponta um único comportamento possível, uma vez que deve haver a aplicação literal do texto legal. Então, a menção do fato e da regra pode ser suficiente, desde que nunca paire dúvida com relação aos fundamentos de fato e de direito que ensejaram determinado ato, decisão ou contrato administrativo.

Diogenes Gasparini, com respaldo no art. 50 da Lei 9.784/98 (retro), aponta a superação dessa discussão doutrinária, uma vez que o referido artigo exige a motivação para todos os atos nele relacionados, compreendendo tanto os atos administrativos vinculados quanto os atos advindos do poder discricionário.

Assim já decidiu o STF:

---

<sup>139</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 101.

MS 25295 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 MANDADO DE SEGURANÇA  
 Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA  
 Julgamento: 20/04/2005 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-117 DIVULG 04-10-2007 PUBLIC 05-10-2007  
 EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. UNIÃO FEDERAL. DECRETAÇÃO DE ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA NO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. REQUISIÇÃO DE BENS E SERVIÇOS MUNICIPAIS. DECRETO 5.392/2005 DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. - [...] - **Ressalvas do relator quanto ao fundamento do deferimento da ordem: (i) ato sem expressa motivação e fixação de prazo para as medidas adotadas pelo governo federal;** - [...] -. (grifo da autora)

## 2.2.8 O princípio da ampla defesa e do contraditório

Esse princípio impõe à Administração Pública o dever de, antes de tomar decisões gravosas a quem quer que seja, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e ampla defesa, como também a possibilidade de recorrer de decisões tomadas, como bem expressa a Constituição brasileira em seu art. 5º, incisos LIV e LV:

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;  
 LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Ressalta-se que o direito mencionado recebe proteção especial por estar localizado no capítulo “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” da Constituição Federal; ou seja, o direito à ampla defesa é uma cláusula pétrea. Por isso, tal direito destaca-se frente a muitos outros direitos processuais.

Conforme se depreende dos incisos referidos acima, há expressa garantia aos litigantes de se contradizerem e promoverem a ampla defesa de seus direitos, desde que dentro da legalidade. Dessa forma, nítida é a imposição de que todo processo administrativo seja o devido processo legal, por ser uma garantia e direito fundamental.

Assim, frisa Ada Grinover<sup>140</sup>:

A Constituição não mais limita o contraditório e a ampla defesa aos processos administrativos (punitivos) em que haja acusados, mas estende as garantias a todos os processos administrativos, não-punitivos e punitivos, ainda que neles não haja acusados, mas simplesmente litigantes.

<sup>140</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Do direito de defesa em inquérito administrativo**. Revista do Direito Administrativo. n. 183, 1991.

Também a Lei 9.784/99, em seu art. 2º, prevê expressamente a observância por parte da Administração Pública de tais princípios:

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Daí ser também a motivação dos atos administrativos essencial para ao exercício da ampla defesa e do contraditório, ou seja, à Administração Pública impõe-se um rito estritamente legal em que devem ser observados todos os princípios de forma conjunta e concomitante. Assim decidiu recentemente o STF:

AI-AgR 710085 / SP - SÃO PAULO  
 AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO  
 Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI  
 Julgamento: 03/02/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma  
 Publicação DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009  
 EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 473 DO STF. **NECESSIDADE DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ART. 5º, LIV E LV DO STF. OFENSA REFLEXA. AGRAVO IMPROVIDO.** I - O entendimento da Corte é no sentido de que, embora a **Administração esteja autorizada a anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais (Súmula 473 do STF), não prescinde do processo administrativo, com obediência aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.** Precedentes. II - Como tem consignado o Tribunal, por meio de remansosa jurisprudência, a alegada violação ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, pode configurar, em regra, situação de ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar a análise de legislação processual ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso extraordinário. III - Agravo regimental improvido. (grifo da autora)

O mesmo entendimento, em julgamento não tão recente:

MS 24268 / MG - MINAS GERAIS  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES  
 Julgamento: 05/02/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01  
 EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. **Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8.**

**Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.** 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (grifo da autora)

### 2.2.9 Princípio da lealdade e boa-fé administrativa

Apesar de não expresso na Constituição brasileira, é indubitável que esse princípio restou adotado pelo ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, uma vez que é deduzido do conjunto de valores hauridos do próprio sistema constitucional, entre eles o da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), da solidariedade social (art. 3º, I), da segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e da moralidade administrativa (art. 37, *caput*).

Nesse sentido, desponta a Lei 9.784/99, que tornou realidade, em nível infraconstitucional, a boa-fé objetiva, seja prevendo-a como regra de conduta para a Administração no processo administrativo (art. 2º, parágrafo único, inciso IV), seja estipulando-a como dever de atuação dos administrados (art. 4º, II):

Art. 2º - A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

IV - atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

Art. 4º - São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

Visa, acima de tudo, a garantir a uma atuação da Administração Pública de maneira transparente, respaldada principalmente pelo princípio da moralidade, disposto no art. 37 da Constituição brasileira.

A observância desse princípio constitucional implícito é de sobremaneira necessária para que haja confiança dos administrados em relação às medidas adotadas pela Administração Pública e, conseqüentemente, adesão e colaboração em seu cumprimento e implementação.



Na lição do Desembargador Sérgio Pitombo<sup>141</sup>:

Como se vê, o ordenamento jurídico impõe limites à prerrogativa da Administração Pública rever e modificar ou invalidar seus atos. Um desses limites, fundado no princípio da boa-fé e da segurança jurídica, reside na mudança da orientação normativa interna ou jurisprudencial. Assim é que a alteração da orientação da Administração, no âmbito interno ou em decorrência de jurisprudência, não autoriza a revisão e invalidação dos atos que, de boa-fé, tenham sido praticados sob a égide de orientação então vigente, os quais, por assim dizer, geram direitos adquiridos.

Em decisão do STF, foi esse o entendimento:

MS 24268 / MG - MINAS GERAIS

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES

Julgamento: 05/02/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. **Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica.** Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV). (grifo da autora)

José Guilherme Giacomuzzi<sup>142</sup> entende o princípio da boa-fé objetiva com o de um padrão de conduta transparente e leal:

Enquanto princípio jurídico, a moralidade também contém um aspecto objetivo (pouco explorado) e outro subjetivo. No primeiro, que é em verdade o mais fecundo campo de aplicação da moralidade, ela veicula a boa-fé objetiva no campo do direito público-administrativo, exigindo um comportamento positivo da Administração e impondo a ela deveres de conduta transparente e leal. A inação administrativa pode, examinado o caso concreto, gerar ao cidadão direito subjetivo público a prestações do Poder Público ou a indenizações. A proteção à confiança legítima dos administrados é seu principal desdobramento, não havendo, em princípio, óbice para o aproveitamento dos institutos decorrentes da boa-fé objetiva desenvolvida no campo jurídico-privado aos domínios do direito público-administrativo. No segundo aspecto (subjetivo), impõe um dever de honestidade ao administrador público,

<sup>141</sup> RT 746, ano 1997, Apel. Cív. nº 27127.5/5-00, 7ª Câmara, Rel. Des. Sérgio Pitombo, j. 11.08.1997.

<sup>142</sup> GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública.** São Paulo: Malheiros, 2002. p. 308 e 309.

podendo-se falar em um dever de probidade, estando o ilícito – civil *lato sensu* – de improbidade previsto na Lei de Improbidade Administrativa.

Também Celso Bandeira de Mello<sup>143</sup> aponta o alcance objetivo do postulado da moralidade, insito no art. 37, *caput*, da Constituição brasileira: “Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e da boa fé, tão oportunamente encarecidos pelo espanhol Jesús Gonzáles Pérez em monografia preciosa”.

Assim, a Ministra Carmem Lúcia Rocha<sup>144</sup>, ao comentar o princípio da moralidade administrativa, segue a mesma trilha do retrocitado autor:

A virtude que se pretende ver obtida com a prática administrativa moral fundamenta-se no valor da honestidade do comportamento, da boa-fé, da lealdade dos agentes públicos, e todos estes elementos estão na moralidade, como integrantes de sua essência e sem os quais não se há dela cogitar.

Teixeira Alves<sup>145</sup> aponta três funções do princípio da boa-fé objetiva extraídas do ordenamento jurídico brasileiro:

Ao preconizar um agir de acordo com a lealdade, dispensada à investigação psicológica (boa-fé subjetiva), o princípio da boa-fé objetiva exerce três funções no ordenamento jurídico: a primeira, dita interpretativa, concerne ao critério hermenêutico dos contratos e normas jurídicas, que se presta a extrair-lhes o significado de maior conformidade com a boa-fé e a confiança depositada na relação jurídica; a segunda, dita função integrativa, prevê deveres anexos ou laterais aos previstos no contrato ou na lei, que se resumem nos deveres de informação, de lealdade e de proteção. A terceira função, chamada função limitativa, se presta a limitar o exercício dos poderes, direitos e prerrogativas das partes do vínculo jurídico.

Segundo Lúcia Valle Figueiredo<sup>146</sup>, o princípio da boa-fé encontra agasalho expresso na Constituição brasileira, em seu art. 231, § 6º:

§ 6º - São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

<sup>143</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 107.

<sup>144</sup> ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 193.

<sup>145</sup> ALVES, José Ricardo Teixeira. **O princípio da confiança e restituição de remuneração paga indevidamente a servidor público**. Elaborado em 11.2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11763>>. Acesso em: 09 abr. 2009.

<sup>146</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público**: estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 153.

### 2.2.10 O princípio da continuidade do serviço público

O princípio da continuidade do serviço público visa a não permitir prejuízos à coletividade, uma vez que os serviços essenciais não podem ser interrompidos.

Celso Ribeiro Bastos<sup>147</sup> preleciona a respeito:

O serviço público deve ser prestado de maneira contínua, o que significa dizer que não é passível de interrupção. Isto ocorre pela própria importância de que o serviço público se reveste, o que implica ser colocado à disposição do usuário com qualidade e regularidade, assim como com eficiência e oportunidade. Essa continuidade afigura-se em alguns casos de maneira absoluta, quer dizer, sem qualquer abrandamento, como ocorre com serviços que atendem necessidades permanentes, como é o caso de fornecimento de água, gás, eletricidade. Diante, pois, da recusa de um serviço público, ou do seu fornecimento, ou mesmo da cessação indevida deste, pode o usuário utilizar-se das ações judiciais cabíveis, até as de rito mais célere, como o mandado de segurança e a própria ação cominatória.

Em razão desse princípio, decorrem algumas conseqüências para quem realiza algum tipo de serviço público, como: restrição ao direito de greve, artigo 37, VII CF/88; suplência, delegação e substituição – casos de funções vagas temporariamente; impossibilidade de alegar a exceção do contrato não cumprido, exceto somente em casos em que se configure uma impossibilidade de realização das atividades; possibilidade da encampação da concessão do serviço, retomada da administração do serviço público concedido no prazo na concessão, quando o serviço não for prestado de forma adequada.

Também o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90, em seu artigo 22, assegura ao consumidor que os serviços essenciais, devem ser contínuos, caso contrário, aos responsáveis, caberá o dever de indenizar:

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

Parágrafo único - Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (grifo da autora)

O referido código, não diz quais seriam esses serviços essenciais. Por analogia, a jurisprudência tem-se utilizado do art. 10 da Lei 7.783/89 (Dispõe sobre o direito de greve), o qual enumera os serviços que seriam considerados essenciais, conforme decisão do STF<sup>148</sup>:

Art. 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais:

- I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
- II - assistência médica e hospitalar;
- III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

<sup>147</sup> BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

<sup>148</sup> MI 708 / DF - Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 25/10/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

- IV - funerários;
- V - transporte coletivo;
- VI - captação e tratamento de esgoto e lixo;
- VII - telecomunicações;
- VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
- IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais;
- X - controle de tráfego aéreo;
- XI - compensação bancária.

Em razão da continuidade desses serviços essenciais, os quais contribuem para a promoção da igualdade e, por conseguinte, da dignidade da pessoa humana, muito se discute a respeito do direito de greve de quem presta serviços públicos essenciais ou sobre a suspensão de algum desses serviços por falta de pagamento por parte de pessoas hipossuficientes.

O artigo 37, em seu inciso VII, da Constituição brasileira, reconheceu o direito de greve para os servidores públicos. Entretanto, o legislador constituinte estabeleceu que o exercício desse direito dependeria de regulamentação em uma lei complementar posterior. Porém, o legislador complementar, por intermédio da emenda constitucional nº 19/98, alterou a redação original da Constituição, dizendo que “o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica”, que ainda não foi instituída.

Em face de tal omissão legislativa é que o STF, em sede de Mandado de Injunção, em 2007, decidiu que<sup>149</sup>:

Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei no 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). 4.3 **Em razão dos imperativos da continuidade dos serviços públicos**, contudo, não se pode afastar que, de acordo com as peculiaridades de cada caso concreto e mediante solicitação de entidade ou órgão legítimo, seja facultado ao tribunal competente impor a observância a regime de greve mais severo em razão de tratar-se de "serviços ou atividades essenciais", nos termos do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei no 7.783/1989. Isso ocorre porque não se pode deixar de cogitar dos riscos decorrentes das possibilidades de que a regulação dos serviços públicos que tenham características afins a esses "serviços ou atividades essenciais" seja menos severa que a disciplina dispensada aos serviços privados ditos "essenciais". (grifo da autora)

Ressalta-se que os limites do direito de greve sempre serão determinados pela natureza dos serviços prestados, que é pública, portanto, essencial, inadiável, imantada pela supremacia do interesse público.

Os serviços essenciais à comunidade tanto podem ser prestados pelos trabalhadores do setor privado quanto do setor público. Em razão disso, a decisão do STF se pautou pela analogia ao direito de greve no setor privado, uma vez que ainda não há uma

---

<sup>149</sup> MI 708 / DF - Relator: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 25/10/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

regulamentação clara e eficiente a respeito do direito de greve dos prestadores de serviços públicos considerados essenciais.

A Lei 8.987/95, em seu artigo 6º, § 1º, refere-se à continuidade do serviço público como uma das condições para que seja considerado adequado, indicando as hipóteses em que o concessionário pode paralisar ou interromper a execução do serviço licitamente, caso contrário, o concessionário fica sujeito à rescisão contratual e à responsabilidade por perdas e danos:

Art. 6º - Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º - Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Nesse sentido, esclarece Celso Bandeira de Mello<sup>150</sup>:

Uma vez que a administração é curadora de determinados interesses que a lei define como públicos e considerando que a defesa, e prosseguimento deles, é, para ela, obrigatória, verdadeiro dever, a continuidade da atividade administrativa é princípio que se impõe e prevalece em quaisquer circunstâncias.

Entretanto, é pacífico o entendimento de que gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Sobre o tema, tem decidido o Supremo Tribunal de Justiça:

AgRg no Ag 962237 / RS

2007/0245601-1

Relator(a) Ministro Castro Meira

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 11/03/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 27/03/2008

ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. FORNECIMENTO. ART. 6º, § 3º, II, DA LEI Nº 8.987/95. CORTE. DÉBITOS ANTIGOS. ILEGALIDADE. 1. **O princípio da continuidade do serviço público, assegurado pelo art. 22 do Código de Defesa do Consumidor, deve ser obtemperado, ante a regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, que prevê a possibilidade de interrupção do fornecimento de energia quando, após aviso, permanecer inadimplente o usuário, considerado o interesse da coletividade.** Precedentes. 2. É indevido o corte do fornecimento de energia elétrica nos casos em que se trata de cobrança de débitos antigos e consolidados, os quais devem ser reivindicados pelas concessionárias por meio das vias ordinárias de cobrança, sob pena de se infringir o disposto no art. 42 do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (grifo da autora)

Tem-se, assim, que a continuidade do serviço público assegurada pelo art. 22 do CDC não constitui princípio absoluto, mas garantia limitada pelas disposições da Lei 8.987/95, que, em nome justamente da preservação da continuidade e da qualidade da

<sup>150</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 641.

prestação dos serviços ao conjunto dos usuários, permite, em hipóteses entre as quais o inadimplemento, a suspensão do seu fornecimento.

Importante destacar que, para Sylvia Zanella Di Pietro<sup>151</sup>, do princípio da continuidade do serviço público derivam:

A imposição de prazos rigorosos ao contraente; a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuação do serviço; a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração; o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço.

### 2.2.11 Princípio do controle ou tutela

Na estruturação da Administração Pública, há uma desconcentração e descentralização de competência e poderes, visando sempre a uma especialização e eficiência. Para tanto, são criados órgãos e pessoas jurídicas (autarquias, empresas estatais, fundações públicas), que terão uma certa autonomia funcional, financeira e administrativa.

Surge, por conseguinte, o dever e a necessidade de controle e fiscalização desses órgãos e pessoas administrativas, com o objetivo de certificar a fiel observância de seus fins institucionais.

Haverá, então, um controle interno da própria Administração Pública, sem prejuízo dos controles legislativo (com auxílio dos Tribunais de Contas), judicial e particular.

No entendimento de Sylvia Zanella Di Pietro<sup>152</sup>: “A regra é a autonomia; a exceção é o controle; este não se presume; só pode ser exercido nos limites definidos em lei”.

Assim já decidiu o STF:

ADI-MC 686 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
 Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO  
 Julgamento: 26/03/1992 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJ 06-04-2001 PP-00065 EMENT VOL-02026-02 PP-00223  
 EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 8.388/91, QUE ESTABELECE DIRETRIZES PARA QUE A UNIÃO POSSA REALIZAR A CONSOLIDAÇÃO E O REESCALONAMENTO DE DÍVIDAS DAS ADMINISTRAÇÕES DIRETA E INDIRETA DOS ENTES FEDERADOS. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 52, VI A IX, E 163 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Ausência de plausibilidade do fundamento do pedido declaratório, tendo em vista que se trata de lei que cogita da consolidação e do reescalamento de dívidas dos Estados e Municípios junto a órgãos e entidades controladas pela

<sup>151</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 74.

<sup>152</sup> Idem, p. 73.

União, isto é, débitos já existentes, e não de contratações que resultem em aumento da dívida pública de tais entes, essas, **sim, sujeitas ao controle do Senado Federal e a disciplina por meio de lei complementar**. Diploma normativo que, de resto, pendendo de regulamentação por meio de decreto e, também de diploma legislativo, se mostra insuscetível de causar, de imediato, dano de natureza irreparável. Cautelar indeferida. (grifo da autora)

### 2.2.12 O princípio da autotutela

Enquanto na tutela a Administração Pública exerce controle sobre entes por ela mesma constituída, pelo princípio da autotutela o controle será exercido sobre seus próprios atos, em duas hipóteses.

Na primeira, deverá haver uma análise do ato quanto à sua legalidade. Dessa forma, a decisão administrativa verificará a sua conformidade com a ordem jurídica, caso em que o ato terá confirmada sua validade; ou pela sua desconformidade, caso em que o ato deverá ser anulado.

Na segunda, deverá haver uma análise do ato quanto ao seu mérito, pois poderá a Administração Pública decidir se ele é conveniente e oportuno ao interesse público, caso em que permanecerá eficaz; ou que o ato não se mostra mais conveniente e oportuno, caso em que deverá ser revogado pela própria Administração.

Como preleciona Sylvia Zanella Di Pietro<sup>153</sup>:

Em virtude deste princípio, a Administração deve zelar pela legalidade de seus atos e condutas e pela adequação dos mesmos interesses ao interesse público. Se a Administração verificar que atos e medidas contêm ilegalidades, poderá anulá-los por si própria; se concluir no sentido da inoportunidade e inconveniência, poderá revogá-los.

Percebe-se que a autotutela administrativa é mais ampla que a jurisdicional em dois aspectos. Em primeiro lugar, pela possibilidade de a Administração Pública reapreciar seus atos de ofício, sem necessidade de provocação do particular, ao contrário do Judiciário, cuja atuação pressupõe necessariamente tal manifestação (princípio da inércia); por segundo, em função dos aspectos do ato que podem ser revistos, já que a Administração poderá reanalisá-los quanto à sua legalidade e ao seu mérito, ao passo que o Judiciário só pode apreciar, em princípio, a legalidade do ato administrativo.

Na lição de Hely Lopes Meirelles<sup>154</sup>:

<sup>153</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 73.

<sup>154</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 65.

A Administração Pública, como instituição destina a realizar o Direito e a propiciar o bem comum, não pode agir fora das normas jurídicas e da moral administrativa, nem relegar os fins sociais a que sua ação se dirige. Se, por erro, culpa, dolo ou interesses escusos de seus agentes a atividade do Poder Público desgarra-se da lei, divorcia-se da moral, ou desvia-se do bem comum, é dever da Administração invalidar, espontaneamente ou mediante provocação, o próprio ato, contrário à sua finalidade, por inoportuno, inconveniente, imoral ou ilegal.

Esse poder da Administração está expresso nas Súmulas 346 e 473 do STF, recepcionadas pelo art. 53 da Lei 9.784/99, quando afirmam que:

Súmula 346 – STF: A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos;

Súmula 473 – STF: A administração pode anular os seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial;

Art. 53 – Lei 9.784/99: 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.

Daí vem a lição de Araújo e Nunes<sup>155</sup>:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, coloca os interesses da Administração Pública em sobreposição aos interesses particulares que com os dela venham eventualmente colidir. Com fundamento nesse princípio é que estabelece, por exemplo, a autotutela administrativa, vale dizer, o poder da administração de anular os atos praticados em desrespeito à lei, bem como a prerrogativa administrativa de revogação de atos administrativos com base em juízo discricionário de conveniência e oportunidade.

Assim já decidiu o STF:

RE 247399 / SC - SANTA CATARINA  
 RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Julgamento: 23/04/2002 Órgão Julgador: Primeira Turma  
 Publicação DJ 24-05-2002 PP-00066 EMENT VOL-02070-04 PP-00692  
 EMENTA: Servidor Público. Proventos de aposentadoria. **Ato administrativo eivado de nulidade. Poder de autotutela da Administração Pública. Possibilidade.** Precedente. **Pode a Administração Pública, segundo o poder de autotutela a ela conferido, retificar ato eivado de vício que o torne ilegal, prescindindo, portanto, de instauração de processo administrativo (Súmula 473, 1ª parte - STF).** RE 185.255, DJ 19/09/1997. RE conhecido e provido. (grifo da autora)

Em sede de Repercussão Geral, o STF decidiu recentemente que, quando o ato administrativo atingir interesses individuais ou de terceiros, deverá ser instaurado processo

<sup>155</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 76.



administrativo, respeitando o rito do devido processo legal e com obediência aos princípios do contraditório e da ampla defesa:

RE-RG 594296 / MG - MINAS GERAIS  
 REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. MENEZES DIREITO  
 Julgamento: 13/11/2008  
 Publicação DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009  
 EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO CUJA FORMALIZAÇÃO TENHA REPERCUTIDO NO CAMPO DE INTERESSES INDIVIDUAIS. PODER DE AUTOTUTELA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SOB O RITO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E COM OBEDEIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (grifo da autora)

Verifica-se que, desde o ano de 2002, o STF já tinha esse entendimento:

RMS 23518 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA  
 Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO  
 Julgamento: 12/09/2000 Órgão Julgador: Primeira Turma  
 Publicação DJ 10-11-2000 PP-00107 EMENT VOL-02011-01 PP-00099  
 EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL. AJUSTE DE ITINERÁRIO. DECRETO Nº 952/93. PERMISSÃO. NOVA LINHA. ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ANULAÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. SÚMULA 473/STF. DEVIDO PROCESSO LEGAL. Não cabe ao Judiciário, em mandado de segurança, reapreciar prova técnica, complexa, produzida na esfera administrativa, para decidir se, na espécie, houve simples ajuste de itinerário, ou concessão de nova linha sem o processo licitatório exigido pelo art. 175 da Constituição Federal. **No exercício do poder de autotutela, pode o administrador, de ofício, anular ato considerado ilegal, desde que tenha competência para tanto e conceda oportunidade de defesa à parte interessada.** Hipótese em que as contra-razões da recorrente foram apresentadas a destempo no processo administrativo, incorrendo descumprimento ao princípio do devido processo legal. Recurso ordinário a que se nega provimento. (grifo da autora)

### 2.2.13 O princípio da autonomia gerencial

O princípio da autonomia gerencial é regido pelo art. 37, § 8º, da Constituição brasileira, introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98. Assim estabelece esse dispositivo:

Art. 37, § 8º - A Autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo à lei dispor sobre:

I – o prazo de duração do contrato;

- II – os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;
- III – a remuneração do pessoal.

Dessa maneira, cria-se uma forma de contrato administrativo inusitado entre administradores da Administração Pública com o próprio poder público.

Infere-se da norma constitucional que a Administração Pública deve estar atenta a novas perspectivas que surgem para a otimização dos serviços públicos, a fim de ser eficiente e realizar sua finalidade.

Nota-se que um dos efeitos das mudanças ocorridas haja vista a inserção do Estado Gerencial é a compatibilidade do princípio da legalidade com outros princípios mais evidentes na nova ordem administrativa, tais como o da razoabilidade e o da eficiência.

Essa descentralização de atribuições e de recursos, consignada na Constituição brasileira e a constitucionalização dos princípios da Administração Pública, entre os quais o da eficiência, o da participação e o da autonomia gerencial (aspectos que contribuem para a qualificação gerencial da Administração, pois gerencial é o relativo a gerente, que, por sua vez, equivale a administrador) devem ser exercitados visando ao interesse da coletividade.

#### **2.2.14 O princípio da autoexecutoriedade**

Cretella Jr.<sup>156</sup> considera o princípio da autoexecutoriedade como um dos princípios informadores do Direito Administrativo, sendo ele derivado do princípio da legalidade.

Para Celso Bandeira de Mello<sup>157</sup>:

Autoexecutoriedade é o poder que os atos administrativos têm de serem executados pela própria Administração independentemente de qualquer solicitação ao Poder Judiciário. É algo que vai além da imperatividade e da exigibilidade.

Por seu intermédio, há a garantia para que a Administração Pública possa fazer executar o ato, por si mesma e imediatamente, independentemente de ordem judicial. Baseia-se na necessidade, sempre, de atender a interesses públicos, muitas vezes, urgentes. Assim, a determinação de requisição de bens por ocasião de calamidade pública é autoexecutável.

Segundo Odete Medauar<sup>158</sup>:

---

<sup>156</sup> CRETELLA JR, José. **Revista de Informação Legislativa**. v. 97.7.

<sup>157</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 391.

Segundo esse princípio, os atos e medidas da Administração são colocados em prática, são aplicados pela própria Administração, mediante coação, conforme o caso, sem necessidade de consentimento de qualquer outro poder.

E assim decidiu, recentemente, o STF:

AI 699068 AgR / SP - SÃO PAULO

Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI

Julgamento: 17/03/2009 Órgão Julgador: Primeira Turma

Publicação DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009

EMENTA: TRIBUTÁRIO. TAXA DE LICENÇA E FISCALIZAÇÃO PARA LOCALIZAÇÃO E FUNCIONAMENTO. CONSTITUCIONALIDADE. **EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA**. AGRAVO IMPROVIDO. I - Constitucionalidade de taxas cobradas em razão do serviço de fiscalização exercido pelos municípios quanto ao atendimento às regras de postura municipais. II - **Presunção a favor da administração pública do efetivo exercício do poder de polícia, que independe da existência ou não de órgão de controle**. Precedentes. III - Agravo regimental improvido. (grifo da autora)

MS 21896 / PB – PARAÍBA

Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA (ART. 38,IV, b, DO RISTF)

Julgamento: 04/06/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-107 DIVULG 12-06-2008 PUBLIC 13-06-2008

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECRETO HOMOLOGATÓRIO DE DEMARCAÇÃO ADMINISTRATIVA. ÁREA INDÍGENA DENOMINADA JACARÉ DE SÃO DOMINGOS. ALEGAÇÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE A ÁREA REFERIDA NA PORTARIA DO MINISTRO DA JUSTIÇA E AQUELA CONSTANTE DO DECRETO HOMOLOGATÓRIO DA DEMARCAÇÃO. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. **OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS**. 1. No que tange à declaração dos limites e superfície da terra indígena a ser demarcada, é possível haver diferença entre área e perímetro estabelecidos pela Portaria do Ministério da Justiça e aqueles constantes do decreto presidencial. 2. Afastada a alegação de ofensa ao princípio do devido processo legal, fundada na assertiva de que edição do Decreto presidencial não se afigurava possível, porquanto já em trâmite a ação de nulidade de demarcatória cumulada com ação reivindicatória. Ausente provimento jurisdicional definitivo ou cautelar que impedisse o prosseguimento do processo administrativo de demarcação de terras indígenas, cujo início se deu em momento anterior à propositura da demanda na primeira instância. **Observância dos princípios da presunção de legitimidade e auto-executoriedade dos atos administrativos**. Mandado de segurança denegado. (grifo da autora)

Afirmar que a execução independe de manifestação do Poder Judiciário não significa dizer que esse ato escape ao controle judicial. Ele sim poderá ser levado ao crivo desse Poder, quando estiver sendo executado ou depois de cumprido, se houver provocação da parte interessada. O Administrado poderá valer-se de garantias constitucionais como o mandado de segurança preventivo ou repressivo (art. 5º, inciso LXIX, da Constituição

<sup>158</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

brasileira) e do *habeas corpus* (art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição brasileira) o qual também pode ser impetrado preventiva ou repressivamente.

Celso Bandeira de Mello lembra que<sup>159</sup>:

O dano que houver resultado para o particular em decorrência de ilegítima ou abusiva utilização da autoexecutoriedade acarreta responsabilidade do Estado, isto é, constitui o Poder Público na obrigação de indenizar o lesado (art. 37, § 6º, da Constituição brasileira).

Há dois requisitos para que esse princípio possa nortear um ato administrativo: 1) deve haver previsão legal, como nos casos de poder de polícia (interdição de estabelecimentos comerciais, apreensão de mercadorias etc); 2) deve haver urgência a fim de preservar o interesse da coletividade, como a demolição de um prédio que ameaça ruir ou poluição de um rio, tal como decisão recente do STF:

STA 112 AgR / PR - PARANÁ  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Julgamento: 27/02/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-060 DIVULG 03-04-2008 PUBLIC 04-04-2008  
 AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. DECISÃO QUE IMPEDE A ADMINISTRAÇÃO DE EXERCER SEU PODER DE POLÍCIA. **POSSIBILIDADE DE OCORRÊNCIA DE DANOS AO MEIO AMBIENTE. EXISTÊNCIA DE GRAVE LESÃO À ORDEM PÚBLICA.** ARTIGO 225, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Art. 1º da Lei 9.494/97, c/c art. 4º da Lei 8.437/92: configuração de grave lesão à ordem pública. Pedido de suspensão de tutela antecipada deferido. 2. A decisão impugnada no presente pedido de suspensão autorizou a agravante a utilizar os imóveis rurais de sua propriedade situados nos limites do Parque Nacional de Ilha Grande, até o recebimento da quantia pleiteada na ação de indenização por ela proposta, e determinou à União que se abstinhasse de proceder qualquer autuação ou embargo em seu desfavor, até o trânsito em julgado da referida ação. 3. **Existência de grave lesão à ordem pública, considerada em termos de ordem administrativa, dado que a decisão impugnada no presente pedido de suspensão impede a Administração de exercer seu poder de polícia.** 4. Possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ao meio ambiente, o que contraria o interesse público, nos termos do art. 225, caput, da Constituição da República. 5. Impossibilidade de apreciação, em medida de contracautela, dos argumentos deduzidos pela agravante no sentido da ocorrência de ofensa ao art. 5º, XXIV e LIV, da Constituição da República e da existência de seu direito à prévia indenização por desapropriação indireta, matérias relativas ao mérito da ação sob o procedimento ordinário. 6. Agravo regimental improvido. (grifo da autora)

<sup>159</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 109.

### 2.2.15 O princípio da responsabilidade objetiva

O princípio da responsabilidade objetiva é inerente ao Estado Democrático de Direito, pois esse reclama a ideia de ser responsável. Encontra amparo no art. 37, § 6.º da Constituição brasileira em cuja compostura verifica-se:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Assim, resulta claro que todo agente público que vier a causar dano a alguém trará para o Estado o dever jurídico de ressarcir esse dano. Não importará se tenha agido com culpa ou dolo. O dever de indenizar configurar-se-á pela mera demonstração do nexo causal existente entre o fato ocorrido e o dano verificado.

Isso se dá porque, no ordenamento jurídico brasileiro, a responsabilidade civil do Estado é objetiva, ou seja, independe da conduta dolosa, negligente, imperita ou imprudente daquele que causa o dano. Qualificar-se-á sempre que o agente estiver, nos termos do precitado dispositivo constitucional, no exercício da função pública, não importando se age em nome de uma pessoa de direito público ou de direito privado prestadora de serviços públicos.

Destarte, a obrigação de indenizar é da pessoa jurídica a que pertence o agente. O prejudicado terá que mover a ação de indenização contra a Fazenda Pública respectiva ou contra a pessoa jurídica privada prestadora de serviço público, não contra o agente causador do dano.

O princípio da impessoalidade vale aqui também. Ressalta-se, todavia, que nem sempre as pessoas que integram a Administração Pública exercem propriamente uma função pública. Por vezes, no âmbito do que admite a Constituição brasileira, é possível encontrar pessoas da Administração Indireta que não estejam exercendo tais tipos de atividades, como é o caso, por exemplo, das empresas públicas e das sociedades de economia mista para o exercício de atividade econômica (art. 173, da Constituição brasileira).

Nesses casos, naturalmente, eventuais danos por essas empresas causados a terceiros haverão de ser regradados pela responsabilidade objetiva, nos termos estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor. Exigirão, em princípio, a configuração da ação dolosa ou culposa (negligente, imprudente ou imperita), para que enseje o dever de indenizar.

O mesmo se poderá dizer, ainda, do agente que vier a causar dano a alguém fora do exercício da função pública. Nesse caso, por óbvio, não haverá de ser configurada a responsabilidade objetiva predefinida no art. 37, § 6.º da Constituição brasileira.

Como pontifica Celso Bandeira de Mello<sup>160</sup>, “é razoável e impositivo que o Estado responda objetivamente pelos danos que causou. Mas só é razoável e impositivo que responda pelos danos quando estiver de direito obrigado a impedi-los”.

E continua:

A responsabilidade objetiva só está consagrada constitucionalmente para atos comissivos do Estado, ou seja, para comportamentos positivos dele. Isto porque o texto menciona danos que seus agentes causarem. Assim sendo, condutas omissivas só podem gerar responsabilidade ao Poder Público quando demonstrada a culpa do serviço.

No mais, é importante ressaltar que, embora a responsabilidade civil do Estado para com os administrados seja objetiva, a responsabilidade dos agentes públicos perante a Administração Pública é indubitavelmente subjetiva. Como se observa pelos próprios termos do citado art. 37, § 6º, da Constituição brasileira, em que o direito de regresso pode ser exercido apenas contra aquele que causou o dano nos casos de dolo ou culpa.

Ressalta-se que, se da omissão ou deficiência do Estado, haveria sido condição do dano e não causa, esse não seria o autor do dano. Corroborando com o exposto acima, há decisões do STF:

RE-AgR 395942 / RS - RIO GRANDE DO SUL  
 AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Julgamento: 16/12/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma  
 Publicação DJe-038 DIVULG 26-02-2009 PUBLIC 27-02-2009  
 CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. OMISSÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CRIME PRATICADO POR FORAGIDO. ART. 37, § 6º, CF/88. AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL. 1. Inexistência de nexo causal entre a fuga de apenado e o crime praticado pelo fugitivo. Precedentes. 2. A alegação de falta do serviço - faute du service, dos franceses - não dispensa o requisito da aferição do nexo de causalidade da omissão atribuída ao poder público e o dano causado. 3. É pressuposto da responsabilidade subjetiva a existência de dolo ou culpa, em sentido estrito, em qualquer de suas modalidades - imprudência, negligência ou imperícia. 4. Agravo regimental improvido. (grifo da autora)**

<sup>160</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 958.

Já quando o Estado deveria agir por imposição legal e não o fez ou o fez deficientemente, responde, conforme recente decisão do STF:

RE-AgR 213525 / SP - SÃO PAULO  
 AG.REG.NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Julgamento: 09/12/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma  
 Publicação DJe-025 DIVULG 05-02-2009 PUBLIC 06-02-2009  
 CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AGENTE PÚBLICO FORA DE SERVIÇO. CRIME PRATICADO COM ARMA DA CORPORAÇÃO. ART. 37, § 6º, DA CF/88. 1. **Ocorrência de relação causal entre a omissão, consubstanciada no dever de vigilância do patrimônio público ao se permitir a saída de policial em dia de folga, portando o revólver da corporação, e o ato ilícito praticado por este servidor.** 2. **Responsabilidade extracontratual do Estado caracterizada.** 3. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. 4. Agravamento regimental improvido. (grifo da autora)

## 2.2.16 O princípio da especialidade

O princípio da especialidade é decorrente dos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público e ligado à idéia de descentralização administrativa.

Assim preleciona Sylvia Zanella Di Pietro<sup>161</sup>:

Quando o Estado cria pessoas jurídicas públicas administrativas – as autarquias - como forma de descentralizar a prestação de serviços públicos, com vistas à especialização de função, a lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe incumbe atender, de tal modo que não cabe a seus administradores afastar-se dos objetivos definidos na lei; isto precisamente pelo fato de não terem a livre disponibilidade dos interesses públicos.

Tal princípio resultou expresso no art. 37, em seus incisos nos incisos XIX e XX da Constituição brasileira, com a Emenda Constitucional nº 19/98:

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;  
 XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada;

<sup>161</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 72.

E continua a doutrinadora: “embora esse princípio seja normalmente referido às autarquias, não há razão para negar a sua aplicação quanto às demais pessoas jurídicas que integram a Administração Pública”.

Assim, o princípio da especialidade também está expresso no art. 237 da Lei 6.404/76:

Art. 237 - A companhia de economia mista somente poderá explorar os empreendimentos ou exercer as atividades previstas na lei que autorizou a sua constituição.

§ 1º A companhia de economia mista somente poderá participar de outras sociedades quando autorizada por lei no exercício de opção legal para aplicar Imposto sobre a Renda ou investimentos para o desenvolvimento regional ou setorial.

§ 2º As instituições financeiras de economia mista poderão participar de outras sociedades, observadas as normas estabelecidas pelo Banco Central do Brasil.

Dessa forma, como os objetivos das companhias de economia mista deverão servir ao interesse público, portanto são institucionais, são também indisponíveis.

Tem-se que o princípio da especialidade impõe aos órgãos e entidades da Administração Pública o dever de cumprir o papel para os quais foram criados, sendo-lhes vedadas as atividades estranhas à missão legalmente destinada a eles, conforme decisão recente do STF:

ADI 3026 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 08/06/2006 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 29-09-2006 PP-00031

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. § 1º DO ARTIGO 79 DA LEI N. 8.906, 2ª PARTE. "SERVIDORES" DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. PRECEITO QUE POSSIBILITA A OPÇÃO PELO REGIME CELESTISTA. COMPENSAÇÃO PELA ESCOLHA DO REGIME JURÍDICO NO MOMENTO DA APOSENTADORIA. INDENIZAÇÃO. **IMPOSIÇÃO DOS DITAMES INERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIRETA E INDIRETA.** CONCURSO PÚBLICO (ART. 37, II DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL). INEXIGÊNCIA DE CONCURSO PÚBLICO PARA A ADMISSÃO DOS CONTRATADOS PELA OAB. AUTARQUIAS ESPECIAIS E AGÊNCIAS. CARÁTER JURÍDICO DA OAB. ENTIDADE PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO INDEPENDENTE. CATEGORIA ÍMPAR NO ELENCO DAS PERSONALIDADES JURÍDICAS EXISTENTES NO DIREITO BRASILEIRO. AUTONOMIA E INDEPENDÊNCIA DA ENTIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 37, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. A Lei n. 8.906, artigo 79, § 1º, possibilitou aos "servidores" da OAB, cujo regime outrora era estatutário, a opção pelo regime celetista. Compensação pela escolha: indenização a ser paga à época da aposentadoria. 2. Não procede a alegação de que a OAB sujeita-se aos ditames impostos à Administração Pública Direta e Indireta. 3. A OAB não é uma entidade da Administração Indireta da União. A Ordem é um serviço público independente, categoria ímpar no elenco das personalidades jurídicas existentes no direito brasileiro. 4. A OAB não está incluída na categoria na qual se inserem essas que se tem referido como "autarquias especiais" para pretender-se afirmar equivocada independência das hoje chamadas "agências". 5. Por não consubstanciar uma entidade da Administração Indireta, a OAB não está sujeita a controle da Administração, nem a qualquer das suas partes está vinculada. Essa não-vinculação



é formal e materialmente necessária. 6. A OAB ocupa-se de atividades atinentes aos advogados, que exercem função constitucionalmente privilegiada, na medida em que são indispensáveis à administração da Justiça [artigo 133 da CB/88]. É entidade cuja finalidade é afeita a atribuições, interesses e seleção de advogados. Não há ordem de relação ou dependência entre a OAB e qualquer órgão público. 7. A Ordem dos Advogados do Brasil, cujas características são autonomia e independência, não pode ser tida como congênere dos demais órgãos de fiscalização profissional. A OAB não está voltada exclusivamente a finalidades corporativas. Possui finalidade institucional. 8. Embora decorra de determinação legal, o regime estatutário imposto aos empregados da OAB não é compatível com a entidade, que é autônoma e independente. 9. Improcede o pedido do requerente no sentido de que se dê interpretação conforme o artigo 37, inciso II, da Constituição do Brasil ao caput do artigo 79 da Lei n. 8.906, que determina a aplicação do regime trabalhista aos servidores da OAB. 10. Incabível a exigência de concurso público para admissão dos contratados sob o regime trabalhista pela OAB. 11. **Princípio da moralidade. Ética da legalidade e moralidade. Confinamento do princípio da moralidade ao âmbito da ética da legalidade, que não pode ser ultrapassada, sob pena de dissolução do próprio sistema. Desvio de poder ou de finalidade.** 12. Julgo improcedente o pedido. (grifo da autora)

### 2.2.17 O princípio da participação

O Estado brasileiro, por definição constitucional (art. 1º, § 1º), adota o princípio do Estado Democrático de Direito e garante a soberania popular como único meio de legitimação do poder, prevendo o seu exercício diretamente pelo povo.

Nesse dispositivo constitucional encontra-se o pilar de sustentação do princípio da participação.

É indubitável que a Administração Pública deva submeter-se estritamente à lei e à Constituição, porém deve a atividade administrativa pautar-se pela legitimidade.

O princípio da participação do usuário na Administração Pública foi introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98, com o novo enunciado do art. 37, § 3º. Contudo, a regulamentação ficou a cargo da legislação ordinária:

Art. 37, § 3º - A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

I. – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;

II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observando o disposto no art. 5º, X (respeito à privacidade) e XXXIII (direito de receber dos órgãos públicos informações de seu interesse ou de interesse coletivo em geral);

III – a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

O Direito Administrativo, que outrora se satisfazia com o princípio da legalidade, hoje requer também a legitimidade, pois além de exigir o respeito aos direitos fundamentais, relaciona-se com a democratização da atuação administrativa.

Democratizar o Estado significa dizer que a sua atuação deve corresponder, ao máximo, à vontade do povo. É fundamental, portanto, conceber a democracia como um processo dinâmico em que os canais de diálogo entre o Estado e a sociedade civil estejam abertos e operativos, oportunizando-se a deliberação pública e livre sobre questões atinentes à população.

Por intermédio da Constituição brasileira, diversas modalidades de participação podem ser reconhecidas implicitamente por alguns instrumentos de controle, tais como:

1) o direito à informação, previsto no art. 5º, inciso XXXIII:

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

1) o mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI:

LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;

2) a ação popular, prevista no art. 5º, inciso LXXIII:

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

3) o direito de denunciar irregularidades ao Tribunal de Contas da União, previsto no art. 74, § 2º:

§ 2º - Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

Sendo assim, a participação do cidadão na atuação administrativa é a forma de se concretizar o princípio do Estado Democrático de Direito, conferindo legitimidade ao agir da Administração Pública.

Vale ressaltar que, desde 1789, foi reconhecido o direito de a sociedade receber prestação das contas dos agentes públicos, expresso no art. XV da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que “a sociedade tem o direito de pedir contas a qualquer agente público pela sua administração”.

Na legislação infraconstitucional há uma série de previsões normativas calcadas no princípio da participação, tais como:

1) a Lei nº 9.784/99, prevê, em seus arts. 31 a 35, a participação popular direta na formação dos atos administrativos de grande relevância, nos casos de interesse público, por meio da realização de audiência pública:

Art. 31 - Quando a matéria do processo envolver assunto de interesse geral, o órgão competente poderá, mediante despacho motivado, abrir período de consulta pública para manifestação de terceiros, antes da decisão do pedido, se não houver prejuízo para a parte interessada.

§ 1º - A abertura da consulta pública será objeto de divulgação pelos meios oficiais, a fim de que pessoas físicas ou jurídicas possam examinar os autos, fixando-se prazo para oferecimento de alegações escritas.

§ 2º - O comparecimento à consulta pública não confere, por si, a condição de interessado do processo, mas confere o direito de obter da Administração resposta fundamentada, que poderá ser comum a todas as alegações substancialmente iguais.

Art. 32 - Antes da tomada de decisão, a juízo da autoridade, diante da relevância da questão, poderá ser realizada audiência pública para debates sobre a matéria do processo.

Art. 33 - Os órgãos e entidades administrativas, em matéria relevante, poderão estabelecer outros meios de participação de administrados, diretamente ou por meio de organizações e associações legalmente reconhecidas.

Art. 34 - Os resultados da consulta e audiência pública e de outros meios de participação de administrados deverão ser apresentados com a indicação do procedimento adotado.

Art. 35 - Quando necessária à instrução do processo, a audiência de outros órgãos ou entidades administrativas poderá ser realizada em reunião conjunta, com a participação de titulares ou representantes dos órgãos competentes, lavrando-se a respectiva ata, a ser juntada aos autos.

2) a Lei nº 9.868/99 (Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o STF), em seu art. 9º, §1º, expressa:

Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator (...) fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

2) a Lei nº 10.257/01 (Estatuto da Cidade) prevê a realização de audiências públicas em seu art. 2º, inciso XIII; em seu art. 40, § 4º, inciso I; em seu art. 43, inciso II; e em seu art. 45:

Art. 2º - A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIII - audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;

§ 4º - No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I - a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

Art. 43 - Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

II – debates, audiências e consultas públicas;

Art. 45 - Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania.

3) pelo disposto na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000) o poder executivo tem que ouvir a população no processo de elaboração daquelas leis ali especificadas, o que significa dizer que antes do envio do projeto de lei para o legislativo é necessário audiência pública para que a sociedade seja ouvida, porque a transparência e o controle popular na gestão fiscal é norma de caráter obrigatório:

Art. 48 - São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

Parágrafo único: A transparência será assegurada também mediante incentivo à participação popular e realização de audiências públicas, durante os processos de elaboração e de discussão dos planos, lei de diretrizes orçamentárias e orçamentos.

Art. 49 - As contas apresentadas pelo Chefe do Poder Executivo ficarão disponíveis, durante todo o exercício, no respectivo Poder Legislativo e no órgão técnico responsável pela sua elaboração, para consulta e apreciação pelos cidadãos e instituições da sociedade.

4) a Lei nº 11.079/04 (Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública) prevê realização de consulta pública para análise da minuta do edital de licitação e do contrato de concessão;

5) a Lei nº 8.666/93 (Licitações e Contratos Administrativos), em seu art. 39, *caput*, determina que o processo licitatório, nos casos em que se estime para a licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas valor superior a R\$150.000.000,00, seja iniciado com audiência pública, devendo ser prestadas informações e concedido acesso e direito de se manifestar a todos os eventuais interessados:

Art. 39 - Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea "c" desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

6) a Lei nº 9.427/96 (Instituiu a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL) dispõe, em seu art. 4º, § 3º, que:

O processo decisório que implicar afetação de direitos dos agentes econômicos do setor elétrico ou dos consumidores, mediante iniciativa de projeto de lei ou, quando possível, por via administrativa, será precedido de audiência pública convocada pela ANEEL.

7) a Lei nº 9.478/97 (Dispõe sobre a política energética nacional e sobre as atividades relativas ao monopólio do petróleo, instituiu o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo), em seu art. 19 prevê que:

As iniciativas de projetos de lei ou de alteração de normas administrativas que impliquem afetação de direito dos agentes econômicos ou de consumidores e usuários de bens e serviços da indústria do petróleo serão precedidas de audiência pública (...).

8) o Regimento Interno do Senado Federal, em seu art. 90, inciso II, prevê a participação popular no processo administrativo, estabelecendo como uma das competências das Comissões a realização de audiências públicas com entidades da sociedade civil;

9) as etapas do licenciamento ambiental encontram-se previstas, expressamente, no art. 10 da resolução CONAMA 237/97, as quais preveem:

Art. 10 - O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá às seguintes etapas:  
V - Audiência pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

8) a recente Portaria nº 527 de 14/04/09 da Advocacia Geral da União disciplina a realização de audiências e consultas públicas em processos administrativos que estejam sob apreciação dos órgãos da Advocacia Geral da União - AGU e da Procuradoria-Geral Federal - PGF, cujo objeto verse sobre matéria de alta complexidade, com repercussão geral e de interesse público relevante.

Ressalta-se que, à medida que se consolida a participação popular, aumenta o compromisso com as questões da coletividade e eleva o grau de legitimidade da Administração Pública.

É, pois, dever do bom administrador dar efetividade às garantias jurídicas de participação do cidadão na vida administrativa do Estado, pois se o interesse público é indisponível, não está a decisão na esfera da discricionariedade do agente possibilitar ou não a participação dos administrados.

Dessa forma, a inserção do cidadão, atuando como partícipe e como controlador dos atos da Administração Pública é imprescindível à consolidação do Estado Democrático de Direito.

Evanna Soares<sup>162</sup> conceitua e caracteriza a audiência pública da seguinte forma:

A audiência pública é um instrumento que leva a uma decisão política ou legal com legitimidade e transparência. Cuida-se de uma instância no processo de tomada da decisão administrativa ou legislativa, através da qual a autoridade competente abre espaço para que todas as pessoas que possam sofrer os reflexos dessa decisão tenham oportunidade de se manifestar antes do desfecho do processo. É através dela que o responsável pela decisão tem acesso, simultaneamente e em condições de igualdade, às mais variadas opiniões sobre a matéria debatida, em contato direto com os interessados. Tais opiniões não vinculam a decisão, visto que têm caráter consultivo, e a autoridade, embora não esteja obrigada a segui-las, deve analisá-las segundo seus critérios, acolhendo-as ou rejeitando-as.

Sendo assim, a participação efetiva reforça a transparência na Administração Pública quer seja quanto à prestação de um serviço público, fundamental para o cumprimento do princípio da eficiência, quer seja quanto ao poder de controle do administrado, pois é certo que a satisfação do usuário está relacionada não apenas a boa prestação do serviço público, mas ao acesso à informação clara e objetiva, ao direito de ser ouvido, ao direito de participação indispensáveis à mensuração da eficiência.

O acesso à informação é fundamental para que a Administração Pública seja um instrumento do Estado Democrático de Direito, por essa razão não deve estar circunscrita à mera publicidade de seus atos ‘a quem interessar possa’.

O direito à informação e à participação é imprescindível à eficiência da Administração Pública, pois sua falta implica prejuízo do controle social e, conseqüentemente, perda de legitimidade. Assim decidiu o STF:

MS 24184 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Julgamento: 13/08/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJ 27-02-2004 PP-00022 EMENT VOL-02141-04 PP-00735  
 Quando da edição do Decreto de 27.02.2001, a Lei nº 9.985/00 não havia sido regulamentada. A sua regulamentação só foi implementada em 22 de agosto de 2002, com a edição do Decreto nº 4.340/02. **O processo de criação e ampliação das unidades de conservação deve ser precedido da regulamentação da lei, de estudos técnicos e de consulta pública. O parecer emitido pelo Conselho Consultivo do Parque não pode substituir a consulta exigida na lei. O Conselho não tem poderes para representar a população local.** Concedida a segurança, ressalvada a possibilidade da edição de novo decreto. (grifo da autora)

<sup>162</sup> SOARES, EVANNA. **A audiência pública no processo administrativo.** Revista do Ministério Público do Trabalho / Procuradoria-Geral do Trabalho. n. 1, Brasília: Procuradoria-Geral do Trabalho, 1991, p 22-50.

### 2.2.18 O princípio da prescritibilidade dos ilícitos administrativos

A prescritibilidade, como forma de perda da exigibilidade de direito, pela inércia de seu titular, é um princípio geral do Direito. Logo, não é de se estranhar que ocorram prescrições administrativas sob vários aspectos, quer quanto às pretensões de interessados em face da Administração Pública, quer tanto às desta em face daqueles.

Assim é, especialmente, em relação aos ilícitos administrativos. Se a Administração não toma providência quanto à sua apuração e à responsabilização do agente, ocorre a inércia a qual gera a perda do seu *ius persecuendi*.

Dessa maneira, o art. 37, em seu § 5º, da Constituição brasileira, assim expressa:

A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

Nota-se, portanto, que a lei estabelece uma ressalva ao princípio. Nem tudo prescreverá, ou seja, apenas a apuração e punição do ilícito, não, porém, o direito da Administração ao ressarcimento, à indenização do prejuízo causado ao erário.

Com efeito, tal princípio resguarda o interesse público, quando autoriza ações de ressarcimento, ao mesmo tempo em que não permite ao Estado a infinita perseguição ao agente público ou administrado, em consequência de sua omissão em momento oportuno.

Claro está que a prescrição é fator imprescindível à harmonia das relações sociais, atuando como elemento impeditivo do avanço de uma instabilidade generalizada.

Porém, deve a Administração Pública estar vigilante e não permitir lesão ao erário, deixando de agir quando deveria. Assim decidiram, recentemente, os Tribunais Superiores:

MS 26210 / DF - DISTRITO FEDERAL  
Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI  
Julgamento: 04/09/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
Publicação DJe-192 DIVULG 09-10-2008 PUBLIC 10-10-2008  
EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. BOLSISTA DO CNPq. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO DE RETORNAR AO PAÍS APÓS TÉRMINO DA CONCESSÃO DE BOLSA PARA ESTUDO NO EXTERIOR. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. **INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO**. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. I - O beneficiário de bolsa de estudos no exterior patrocinada pelo Poder Público, não pode alegar desconhecimento de obrigação constante no contrato por ele subscrito e nas normas do órgão provedor. II - Precedente: MS 24.519, Rel. Min. Eros Grau. III - **Incidência, na espécie, do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal, no tocante à alegada prescrição**. IV - Segurança denegada. (grifo da autora)

REsp 1067561 / AM

2008/0133063-9

Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 05/02/2009

Data da Publicação/Fonte DJe 27/02/2009

ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – SANÇÕES APLICÁVEIS - RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO - PRESCRIÇÃO. 1. **As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art.23 da Lei nº. 8.429/92).** 2. **Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).** 3. Recurso especial conhecido e provido. (grifo da autora)

## 2.2.19 O princípio do controle judicial dos atos administrativos

Um Estado Democrático de Direito não pode prescindir da sujeição dos atos administrativos ao crivo do Poder Judiciário.

Na lição de Celso Bandeira de Mello<sup>163</sup>:

É ao Poder Judiciário e só a ele que cabe resolver definitivamente sobre quaisquer litígios de direito. (...) Neste mister, tanto anulará atos inválidos, como imporá à Administração os comportamentos que esteja de direito obrigada, como proferirá e imporá as condenações pecuniárias cabíveis.

Atualmente, o que se questiona é até que ponto poderá ir esse controle. De acordo com o princípio da inafastabilidade da jurisdição, vertido no art. 5º, XXXV, da Constituição brasileira, “não serão excluídos da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito”.

Por consequência, se alguém alega em juízo que um ato administrativo, supostamente inválido, violou-lhe ou ameaça violar-lhe um direito, não poderá o órgão jurisdicional recusar-se a analisar a consonância do referido ato com o ordenamento jurídico.

O ponto nodal é a profundidade dessa análise, pois, conforme já visto no item 1.3, em princípio, ao Poder Judiciário compete unicamente realizar o controle da legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedado exercer qualquer juízo meritório, sob pena de afronta à separação e independência dos poderes, previsto no art. 2º da Constituição brasileira.

Porém, é cediço que não haverá violação ao princípio da separação dos poderes, quando o Poder Judiciário analisar atos administrativos do ponto de vista formal, quando em

<sup>163</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 108.



jogo garantias constitucionais relativas a direitos fundamentais, conforme reiteradas decisões do STF:

AI 509213 AgR / AL - ALAGOAS  
 Relator(a): Min. CARLOS BRITTO  
 Julgamento: 09/08/2005 Órgão Julgador: Primeira Turma  
 Publicação DJ 16-12-2005 PP-00073  
 EMENTA: POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DOS QUADROS DA CORPORACÃO. INOBSERVÂNCIA DAS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, QUANDO ILEGAIS OU ABUSIVOS. POSSIBILIDADE. A exclusão de policial militar, mesmo que não estável, não prescinde da instauração de procedimento administrativo em que lhe sejam asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa. Precedentes: REs 191.480, 241.889, 224.225 e 346.803. **Não viola o princípio da separação dos Poderes a anulação de ato administrativo que fere as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.** Precedentes: REs 259.335-AgR, Relator o Min. Maurício Corrêa; e 170.782, Relator o Min. Moreira Alves. Agravo desprovido. (grifo da autora)

Nesse sentido, o STF e o STJ vêm admitindo que o controle jurisdicional dos atos emanados da Administração Pública não se restringe à verificação dos pressupostos objetivos de legalidade e legitimidade e passaram a reconhecer a possibilidade de análise quanto ao mérito em relação a alguns atos administrativos, conforme já afirmado no item 1.3.

Durante muito tempo, afirmou-se que o Judiciário não poderia efetuar qualquer controle de mérito sobre os atos administrativos discricionários, vez que competiria exclusivamente à Administração Pública a formulação de juízos de conveniência e oportunidade dentro da esfera liberdade a ela conferida pela lei.

Contudo, como visto nas recentes decisões dos Tribunais Superiores, verifica-se uma análise quanto ao alcance da legalidade do ato cujo juízo de conveniência contraria os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

A motivação, portanto, é parâmetro para o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. A ausência da necessária motivação, tanto quanto o vício de finalidade ou causa determinante, configura ilegalidade, passível de controle jurisdicional.

É certo então, que os atos administrativos discricionários devam ser cuidadosamente motivados, pois a motivação dará a legitimidade a eles inerente. E continua a lição de Celso Bandeira de Mello<sup>164</sup>:

Nada há de surpreendente, então, em que o controle jurisdicional dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. De fato, a ser de outra sorte, não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos.

<sup>164</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 921.

E corrobora Sylvia Zanella Di Pietro<sup>165</sup>:

Não há invasão do mérito quando o Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.

E assim decidiu, recentemente, o STJ:

MS 10906 / DF

Relator(a) Ministro NILSON NAVES (361)

Órgão Julgador S3 – 3ª seção

Data do Julgamento 10/09/2008

Irregularidade do processo disciplinar. **Mérito administrativo. Ocorrência de erro invencível. Possibilidade de intervenção do Judiciário. 1. No que diz respeito ao controle jurisdicional do processo administrativo disciplinar, a jurisprudência do Superior Tribunal é firme no sentido de que compete ao Poder Judiciário apreciar, à luz dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, a regularidade do procedimento sem, contudo, adentrar o mérito administrativo. Havendo, porém, erro invencível, justifica-se a intervenção do Judiciário. 2. Na hipótese, cabia à administração proceder às diligências necessárias para a descoberta da verdade quanto à participação do impetrante na gerência da empresa, e não simplesmente colocar o ônus da prova sobre o servidor, que, por meio de sua curadora, tentou demonstrar a inatividade da empresa desde a fundação. Agindo assim, a administração esquivou-se das suas funções, lançando ao servidor a incumbência de comprovar a ausência de circunstância irregular. Ao final, não ficou nada provado no processo administrativo. 3. Segurança concedida em parte para se anular a demissão do impetrante, determinando-se, em consequência, a sua reintegração no cargo. (grifo da autora)**

## 2.2.20 O princípio da presunção de legitimidade ou de veracidade

Dentre os diversos princípios norteadores da Administração Pública, os quais constroem os direitos e limites jurídicos de forma genérica, destaca-se o princípio da presunção de legitimidade, no que tange à seara dos atos administrativos.

Esse princípio, inerente à Administração Pública e implícito no ordenamento jurídico brasileiro, informa que os fatos e procedimentos realizados por ela são considerados legítimos e verdadeiros, cabendo aos administrados o *munus* de provar o contrário.

Cuida-se, o sobredito princípio, na lição de Sylvia Zanella Di Pietro<sup>166</sup>:

Esse princípio, que alguns chamam de princípio da presunção de legalidade, abrange dois aspectos: de um lado, a presunção de verdade, que diz respeito à certeza dos fatos; de outro, a presunção da legalidade, pois, se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os seus atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes. Trata-se de

<sup>165</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 211.

<sup>166</sup> Idem, p. 72.

presunção relativa (*juris tantum*) que, como tal, admite prova em contrário. O efeito de tal presunção é o de inverter o ônus da prova. Como consequência dessa presunção, as decisões administrativas são de execução imediata e têm a possibilidade de criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, em determinadas hipóteses, podem ser executadas pela própria Administração, mediante meios diretos ou indiretos de coação. É o que os franceses chamam de decisões executórias da Administração Pública.

Sendo assim, a atuação da Administração Pública tem suporte, em qualquer situação, na presunção de que seus atos praticados são verdadeiros, traduzem a realidade fática e, ademais, praticados de acordo com as disposições legais, as quais a administração está obrigada a orientar-se.

Todavia, como bem pontuou a doutrinadora acima, o segundo aspecto desse princípio relaciona-se à presunção de legalidade. Nessa senda, como à Administração somente é permitido fazer o que a lei autoriza e, partindo do pressuposto de que princípio é uma norma genérica a qual compõe o ordenamento jurídico, a Administração Pública não pode, sob qualquer hipótese, esquivar-se da aplicação dos princípios norteadores do Direito e dela própria.

Lembra Odete Medauar,<sup>167</sup> para quem esse princípio é denominado de “princípio da presunção da legalidade e veracidade”, que o art. 19, inciso II, da Constituição brasileira veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios recusar fé aos documentos públicos, haja vista o pressuposto da legalidade e da veracidade embutido nos atos emanados pela Administração Pública.

Porém, acrescenta a autora, “tal pressuposto não tem caráter absoluto”, como já afirmado acima, “cabendo a qualquer interessado demonstrar ou invocar a ilegalidade e a inverdade”.

Lastreado nesse princípio estão, por exemplo, os autos de infração aplicados pela Administração Pública, levando, muitas vezes, à aplicação de pesadas sanções administrativas, atingindo o patrimônio do administrado.

Não obstante a Administração Pública gozar das prerrogativas da legitimidade e veracidade de seus atos, por vezes, inviabiliza a defesa dos administrados, mormente no que tange à inexistência de condições à produção de provas face ao procedimento de autuação adotado, como é o caso relativo às multas aplicadas com base no Código de Trânsito Brasileiro.

---

<sup>167</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 131.

Dessa forma, é de questionar-se até que ponto esse princípio mitiga as garantias constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, quando da aplicação de tais sanções, frente à inexistência de meios e recursos para a produção de provas pelo administrado.

Nesse sentido, vem a Súmula 312 do STJ:

No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.

Assim, na lição de Odete Medauar<sup>168</sup>:

Na interpretação e aplicação desses preceitos o Judiciário brasileiro firmou entendimento no sentido da exigência de duas notificações ao possível infrator, para legitimar a imposição da penalidade de trânsito: a primeira, para dar ciência da lavratura do auto de infração (art. 280, VI, CTB), indicando-se o prazo em que o direito de defesa pode ser exercido, qualquer que seja a forma pela qual se efetua a notificação; a segunda, para informar a decisão quanto à regularidade do auto de infração e da imposição da penalidade, com data de pagamento (art. 281, *caput*, CTB).

De fato, é somente por meio do processo administrativo, o qual obedeça ao princípio do devido processo legal, que se pode garantir aos administrados o direito de influir na formação da vontade estatal, estabelecendo-se um verdadeiro diálogo entre aqueles e esta, no intuito de se preservar o interesse coletivo que deve nortear todas as atividades do Poder Público, como leciona Celso Bandeira de Mello<sup>169</sup>:

[...] estão aí consagrados, pois, a exigência de um processo formal regular para que sejam atingidas a liberdade e a propriedade de quem quer que seja e a necessidade de que a Administração Pública, antes de tomar decisões gravosas a um dado sujeito, ofereça-lhe oportunidade de contraditório e de defesa ampla, no que se inclui o direito de recorrer das decisões tomadas.

Sendo assim, o princípio de presunção de legitimidade, aplicados a processos administrativos de conteúdo punitivo, devem proporcionar o devido processo legal, a partir da garantia da ampla defesa e do contraditório.

Outro aspecto interessante que se alia ao princípio da presunção de legitimidade é o princípio da segurança jurídica, pois, uma vez emanado o ato administrativo, dele supõe-se como legal e verdadeiro. Assim decidiu o STF:

MS 24268 / MG - MINAS GERAIS  
 Relator(a): Min. ELLEN GRACIE  
 Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES  
 Julgamento: 05/02/2004 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJ 17-09-2004 PP-00053 EMENT VOL-02164-01 PP-00154

<sup>168</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 168.

<sup>169</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 469.

EMENTA: Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. **Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente.** Poder anulatório sujeito a prazo razoável. **Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente.** 8. **Distinção entre atuação administrativa que independe da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo.** 9. **Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público.** 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5º LV) (grifo da autora)

Observa-se que o sistema axiológico-jurídico da Administração Pública funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores, que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todo o seu agir ao respeito aos princípios vistos até aqui.

A maior parte dos princípios que regem a Administração Pública encontra-se positivado, implícita ou explicitamente, na Constituição brasileira, constituindo uma estreita relação entre tais princípios e os Direitos e Garantias Fundamentais, uma vez que todos eles visam, em última análise, propiciar ao cidadão o exercício desses direitos e garantias.

Se, segundo a Constituição brasileira, o ‘bem de todos’ é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme expresso em seu art. 3.º, IV, impõe-se à Administração Pública ser tão somente um instrumento para a consecução desse objetivo.

Vale observar que a orientação doutrinária acerca da aplicação dos princípios e utilizada nesta pesquisa tem tido forte influência nos recentes julgados dos tribunais superiores também utilizados aqui como exemplos.

### III - PRINCÍPIOS INFRACONSTITUCIONAIS

#### 3.1 Diferenciação entre processo e procedimento administrativo

Primeiramente, vale distinguir processo de procedimento administrativo, a fim de embasar a futura análise das modalidades de processos administrativos que serão vistos neste capítulo.

Nesse sentido, vale trazer a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>170</sup>:

Processo é o conjunto de atos coordenados para a obtenção de decisão sobre uma controvérsia no âmbito judicial ou administrativo; procedimento é o modo de realização do processo, ou seja, o rito processual. O processo, portanto, pode realizar-se por diferentes procedimentos, consoante a natureza da questão a decidir e os objetivos da decisão. [...] O que caracteriza o processo é o ordenamento de atos para a solução de uma controvérsia; o que tipifica o procedimento de um processo é o modo específico do ordenamento desses atos.

Corroborando essa diferenciação, leciona Lúcia Valle Figueiredo<sup>171</sup>:

Procedimento, consoante se nos afigura, é o caminho a ser percorrido pela Administração a fim de cumprir determinadas formalidades sequenciais para chegar ao ato final. Exemplifiquemos com o procedimento de licitação, procedimento de concurso, procedimento de lançamento, de inscrição da dívida ativa, etc. Enfim, para emanação de ato administrativo, sempre haverá procedimento. Embora, é bem verdade, que há atos em que essas formalidades são extremamente singelas. Então, procedimento ora se refere ao conjunto de formalidades necessárias para emanação de atos administrativos, ora como a sequência de atos administrativos, porém todos tendentes ao ato final, servindo-lhe de suporte de validade.

E, de grande valia, o conceito de processo da autora acima<sup>172</sup>:

E o processo, de seu turno, estará caracterizado pela litigância ou contraposição de interesses, ou ainda, pelas acusações, portanto, revisão necessária dos atos administrativos, quer seja por iniciativa própria (de ofício) ou por provocação do administrado ou de terceiro.

Para Márcio Pestana<sup>173</sup>:

Processo administrativo é a denominação que se atribui a atos e fatos jurídicos que, devidamente articulados, dentro de um determinado domínio, numa relação de coordenação sucessiva entre si e em estrito cumprimento à lei, geram, ao final, ato administrativo expedido pela Administração Pública, que altera a ordem jurídica até então vigente, criando, modificando ou extinguindo direitos de interesse, tanto da própria Administração Pública quanto dos administrados, estando ambos em posição de convergência ou divergência.

<sup>170</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 692.

<sup>171</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público: estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 157.

<sup>172</sup> Idem, p. 158

<sup>173</sup> PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 241.

Para Celso Bandeira de Mello<sup>174</sup>, não há distinção entre processo e procedimento administrativo, uma vez que “são uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos que tendem, todos, a um resultado final e conclusivo”.

### 3.2 Os princípios que regem o processo administrativo

Como já visto, a Constituição brasileira expressa em seu art. 5º, inciso LV, a possibilidade de processo no âmbito administrativo em que assegura:

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes.

Também está expresso no mesmo art. 37, inciso XXI:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Ainda, no art. 41, § 1º:

Art. 41 - [...]

§ 1º - O servidor público estável só perderá o cargo:

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

Dessa forma, como leciona Odete Medauar<sup>175</sup>:

Mediante tais dispositivos, a Constituição determina a observância do esquema processual em determinadas atuações. Norteia, por conseguinte, atividades da Administração, circunscrevendo o poder discricionário. Traz nova ordem de certezas e de garantias nas relações entre Administração e administrados, um dos pontos principais das preocupações atuais do Direito Administrativo.

Odete Medauar<sup>176</sup> destaca o aspecto garantista do processo administrativo, pois “vem finalizado à garantia jurídica dos administrados (funcionários e particulares), pois tutela direitos que o ato administrativo pode afetar”.

<sup>174</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 455.

<sup>175</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

<sup>176</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-66.

Nesse sentido, ela lista as finalidades de garantia advindas do processo administrativo, quais sejam: 1) é uma vertente de garantia real; 2) é uma vertente de garantia associada a direitos fundamentais; 3) proporciona um melhor conteúdo das decisões; 4) proporciona melhor eficácia das decisões; 5) aproxima Administração Pública e administrados; 6) sistematiza atuações administrativas; 7) facilita o controle da administração; 8) é um ponto de convergência de aplicação dos princípios e regras comuns da atividade administrativa.

Apesar de a Constituição brasileira expressar os princípios que regem a Administração Pública desde 1988, somente em 1999, com a edição da Lei 9.784/99 é que surge a primeira regulamentação para o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Essa lei tem servido de parâmetro para regulamentar os processos administrativos também nos estados-membros e municípios os quais não possuem uma lei própria para tal da mesma forma como já possui o Estado de São Paulo.

Ressalta-se que, quando houver uma lei específica de processo administrativo, a Lei 9.784/99 será subsidiária, como é o caso da aplicação do Decreto 70.235/72 (Dispõe sobre o processo administrativo fiscal), 8.112/90 (Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.), 8.666/93 (Lei de Licitações e Contratos), Lei 11.079/04 (Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública.), tal como expresso no art. 69 da Lei 9.784/99:

Art. 69 - Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei.

Sem dúvida, o processo administrativo deve ser um instrumento para impedir o arbítrio do Estado e garantir a defesa do interesse público, materializando, dessa forma, o Estado Democrático de Direito.

Hoje, como já visto, a Lei 9.784/99 trouxe aprimoramento aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública por meio dos princípios os quais serão vistos a seguir.

---



### 2.2.1 O princípio da hierarquia

Os órgãos da Administração Pública devem ser estruturados de forma tal que haja uma relação de coordenação e subordinação entre eles; cada um é titular de atribuições definidas em lei, em consonância com o princípio da especialidade já visto no item 2.2.16.

No âmbito da Administração Pública, essa relação hierárquica só existe nas atividades administrativas do Poder Executivo, não nas legislativas, nem nas judiciais.

E frisa Zylvia Zanella Di Pietro<sup>177</sup> que “desse princípio decorre uma série de prerrogativas para a Administração Pública: a de rever os atos dos subordinados, a de legar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência”.

ADI 578 MC / DF - DISTRITO FEDERAL  
 MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE  
 Relator(a): Min. PAULO BROSSARD  
 Julgamento: 25/09/1991 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO  
 Publicação DJ 02-04-1993 PP-05615 EMENT VOL-01698-03 PP-00563  
 CONSTITUCIONAL. O GOVERNADOR E O CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL. O ART. 213, PAR. 1. DA CONSTITUIÇÃO DO RGS E AS LEIS QUE O COMPLEMENTAM, ESTABELECEM QUE A ESCOLHA DOS DIRETORES E VICE-DIRETORES DAS ESCOLAS PÚBLICAS ESTADUAIS SEJA FEITA MEDIANTE ELEIÇÃO, PELA DENOMINADA COMUNIDADE ESCOLAR, COM EXCLUSÃO DO GOVERNADOR DO ESTADO, OFENDERIAM, "PRIMA FACIE", A PRERROGATIVA DO CHEFE DA ADMINISTRAÇÃO ESTADUAL - CF, ART. 37, II. 84, XXV. PRECEDENTES DO STF: REP. 1473, ADIN. 244, 387 E 573. **A HIERARQUIA É ESSENCIAL À ORGANIZAÇÃO ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS A QUE ESTA SUJEITA. RELEVÂNCIA DO FUNDAMENTO JURÍDICO.** "PERICULUM IN MORA" OCORRENTE NA ESPÉCIE. CAUTELAR CONCEDIDA. (grifo da autora)

### 3.2.2 O princípio da informalidade ou do formalismo moderado

Enquanto em um processo judicial a obediência à forma e aos procedimentos deve ser rígida, em um processo administrativo poderá ser mitigada, desde que vise ao interesse público.

Por intermédio do princípio da informalidade, asseveram Ferraz e Dallari<sup>178</sup>, “A Administração Pública, dentro da lei, pode dispensar algum requisito formal sempre que essa ausência não prejudique terceiros nem comprometa o interesse público”.

<sup>177</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 74.

<sup>178</sup> FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 25.

Claro está que um direito não pode ser negado em razão da inobservância de alguma formalidade instituída para garanti-lo, desde que o interesse público almejado tenha sido atendido.

Um processo administrativo deve objetivar a consecução de um direito e não uma negação dele. Com isso, deve a Administração Pública levar em conta o espírito da lei maior do que a sua literalidade, quando em jogo direitos fundamentais e, conseqüentemente, o interesse público. Contudo, a maior importância será o atendimento ao interesse legítimo pleiteado por particular desde que não ocorra lesão ao interesse público ou de terceiros.

Odete Medauar<sup>179</sup> discorda da denominação ‘princípio do informalismo’, pois dá a entender que não haveria ritos e formas no processo administrativo.

Sustenta a doutrinadora que há sim ritos e formas inerentes a todo o processo administrativo, por isso, prefere a denominação ‘princípio do formalismo moderado’ e complementa:

Na verdade, o princípio de formalismo moderado consiste, em primeiro lugar, na previsão de ritos e formas simples, suficientes para propiciar um grau de certeza, segurança, respeito aos direitos dos sujeitos, o contraditório e a ampla defesa. Em segundo lugar, se traduz na exigência de interpretação flexível e razoável quanto a formas, para evitar que estas sejam vistas como fim em si mesmas, desligadas das verdadeiras finalidades do processo.

De fato, a formalidade processual se presta a conduzir com lisura os processos administrativos, e, por conseguinte, evitar abusos por parte dos agentes públicos. Já o excesso do formalismo ou um rigor formal pode, muitas vezes, ser contrário aos interesses dos cidadãos, pois minúcias e pormenores não essenciais poderiam vir a afastar a compreensão da verdadeira finalidade da atuação da Administração Pública, qual seja, atender ao interesse público.

O objetivo de tal princípio é tornar o rito processual mais célere e efetivo, afastando-se certas formalidades que se mostrem dispensáveis e impeçam o livre acesso do administrado à defesa de seu direito.

Para Diogenes Gasparini:

O informalismo não pode servir de pretexto para a existência de um processo administrativo mal-estruturado e pessimamente constituído, em que não se obedece à ordenação e à cronologia dos atos praticados. Assim, imperaria o desleixo, não o informalismo.

---

<sup>179</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172.

Ou seja, apesar de o processo administrativo dever obediência à forma e aos procedimentos, isso deve ser mitigado uma vez que não deve haver exigências formais abusivas e ilógicas.

Exemplo de tal princípio é a formulação do inciso IX do artigo 2º da Lei 9.784/99, o qual determina:

Adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.

Apesar de o informalismo imperar sempre em benefício do administrado, Hely Lopes Meirelles<sup>180</sup> lembra:

Todavia, quando a lei impõe uma forma ou uma formalidade, esta deverá ser atendida, sob pena de nulidade do procedimento, mormente se da inobservância resulta prejuízo para as partes, mesmo porque, segundo o princípio da instrumentalidade das formas, não há nulidade sem prejuízo.

E assim já decidiu o STJ:

MS 6169 / RR

Relator(A) Ministra Nancy Andrighi (1118)

Órgão Julgador S1 – 1ª seção

Data do Julgamento 28/06/2000

CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. **VÍCIO FORMAL DE JULGAMENTO DE RECURSO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DE RECURSOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.** [...] I - O Ministro de Estado, ao apreciar recurso hierárquico, improvendo-o, encampou o ato Colegiado do CRPS, referendando sua decisão, sendo despicienda a presença do Presidente do Colegiado no pólo passivo. II - Há previsão expressa na Constituição do Estado de Roraima (art. 101, caput) da representação do Estado e suas autarquias pela Procuradoria-Geral do Estado. Muito embora, a Constituição Federal tenha conferido autonomia administrativa e financeira às autarquias, que possuem personalidade jurídica de direito público própria, diversa da pessoa jurídica que lhes deu origem, certo é que nenhuma inconstitucionalidade pode ser atribuída a essa representação se não existem interesses colidentes do Estado e sua Autarquia, daí que se deixa de pronunciar a nulidade da norma constitucional estadual. III - **Embora possa se cogitar do excesso de formalismo, em processo administrativo, que prima pela informalidade,** quanto à exigência de publicidade do julgamento por órgão Colegiado representante do poder revisional da Administração Pública, fato é que a intimação pelo Diário Oficial, cientificando o recorrente da data próxima de julgamento de seu recurso administrativo, se faz necessária, para cumprir os anseios da Carta Magna, desde que haja circulação do periódico no local do julgamento, considerando-se, ainda, o fato de que o impetrante é pessoa jurídica com sede no Estado de Roraima. IV- [...] (grifo da autora)

<sup>180</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 696.

### 3.2.3 O princípio da oficialidade

O princípio da oficialidade é inerente à Administração Pública, independentemente de previsão em lei, conforme resumido por Sylvia Zanella Di Pietro<sup>181</sup>:

O princípio da oficialidade autoriza a Administração Pública a requerer diligências, investigar fatos de que toma conhecimento no curso do processo, solicitar pareceres, laudos, informações, rever os próprios atos e praticar tudo o que for necessário à consecução do interesse público.

O princípio da oficialidade caracteriza-se pelo dever de a Administração impulsionar o procedimento de forma automática, sem prejuízo da atuação dos interessados e está previsto na Lei 9.784/99, em seu art. 2º, inciso XII:

XII - impulsão, de ofício, do processo administrativo, sem prejuízo da atuação dos interessados;

Como complementa Odete Medauar<sup>182</sup>, “expressa a atribuição de a Administração tomar todas as providências necessárias ao trâmite contínuo para se chegar, sem delongas, à decisão final”.

Dessa forma, por força do princípio da oficialidade, a autoridade competente para decidir tem também o poder/dever de inaugurar e impulsionar o processo, até que se obtenha um resultado final conclusivo e definitivo, pelo menos no âmbito da Administração Pública.

Diante do fato de que a Administração Pública tem o dever elementar de satisfazer o interesse público, ela não pode, para isso, depender da iniciativa de algum particular.

Revela-se pelo poder de iniciativa para instaurar o processo, na instrução dele e na revisão das decisões da Administração, sem que tais ações dependam de expressa previsão legal e sem ilidir a participação dos sujeitos envolvidos na lide, pois deve sempre haver garantia do contraditório e da ampla defesa.

Ressalta-se que, mesmo diante de uma possível desistência de quem haja dado azo a um processo administrativo, a Administração Pública tem o dever de lhe dar prosseguimento, podendo, por sua conta, providenciar a produção de provas, solicitar laudos e pareceres, enfim, fazer tudo aquilo que for necessário para que se chegue a uma decisão final conclusiva, conforme previsão da Lei 9.784/99, em seu art. 51, § 2º.

Art. 51 - O interessado poderá, mediante manifestação escrita, desistir total ou parcialmente do pedido formulado ou, ainda, renunciar a direitos disponíveis.

<sup>181</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 511.

<sup>182</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 171.

§ 2º - A desistência ou renúncia do interessado, conforme o caso, não prejudica o prosseguimento do processo, se a Administração considerar que o interesse público assim o exige.

Segundo Hely Lopes Meirelles,<sup>183</sup> “Se a Administração o retarda ou dele se desinteressa, infringe o princípio da oficialidade e seus agentes podem ser responsabilizados pela omissão”.

REsp 778648 / PE

Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 06/11/2008

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. IPI. ALÍQUOTA ZERO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA COMPOSIÇÃO QUÍMICA DA MATÉRIA-PRIMA UTILIZADA NA INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUTOS. **REQUERIMENTO DE PROVA PERICIAL NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DEFERIMENTO OU INDEFERIMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.** ART. 18 DO DECRETO N. 70.235/72. POSSIBILIDADE DE CONTROLE PELO JUDICIÁRIO. 1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa aos arts. 131, 458 e 535, inc. II, do CPC. Neste sentido, existem diversos precedentes desta Corte. 2. Hoje em dia, parte da doutrina e da jurisprudência já admite que o Poder Judiciário possa controlar o mérito do ato administrativo (conveniência e oportunidade) sempre que, no uso da discricionariedade admitida legalmente, a Administração Pública agir contrariamente ao princípio da razoabilidade. Lições doutrinárias. 3. Isso se dá porque, ao extrapolar os limites da razoabilidade, a Administração acaba violando a própria legalidade, que, por sua vez, deve pautar a atuação do Poder Público, segundo ditames constitucionais (notadamente do art. 37, caput). 4. Dessa forma, por mais que o art. 18 do Decreto n. 70.235/72 diga que, em processo administrativo fiscal, a autoridade competente pode indeferir os pedidos de perícia formulados pelo interessado sempre que considerá-los prescindíveis para o deslinde da questão, se o Judiciário, apreciando pretensão ventilada pelo contribuinte, observa que “[a] matéria objeto do auto de infração envolve conhecimentos técnicos específicos que implicam no necessário auxílio de produção de prova pericial, pois se discute a composição química da matéria-prima e dos produtos industrializados pela impetrante, para fins de comprovação de que estariam sujeito à alíquota zero” (fl. 214), então, por meio do controle de legalidade, o pedido de produção de prova deve ser deferido. 5. Note-se que a subsunção de determinado insumo ou matéria-prima ao regime de alíquota zero, isenção ou não-tributação não é uma questão de conveniência e oportunidade da Administração, vale dizer, se o produto está enquadrado na hipótese fática descrita na lei, então devem incidir as consequências nela previstas. 6. **Se o único modo de se demonstrar o cumprimento do substrato fático da norma é através da realização de perícia (conforme conclusão da origem), fica fácil concluir que eventual oposição da Administração acaba violando o direito subjetivo constitucional do administrado-contribuinte ao devido processo legal (art. 5º, inc. LIV).** 7. Na verdade, mais do que malferir o citado dispositivo constitucional, a Administração fere a própria regra vertida pelo art. 18 do Decreto n. 70.235/72 (que supostamente embasaria sua pretensão recursal), **pois ficou constatado que não há caso de prescindibilidade da prova pericial - ao contrário, ela é decisiva.** Como dito anteriormente, tem-se aqui clássica situação em que, a pretexto de um juízo de conveniência e oportunidade, o Poder Público acaba indo de encontro à legalidade. 8. Recurso especial não-provido. (grifo da autora)

<sup>183</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 695.

### 3.2.4 O princípio da verdade material

No processo administrativo, o julgador deve sempre buscar a verdade, ainda que, para isso, tenha que se valer de outros elementos além daqueles trazidos aos autos pelos interessados.

A autoridade administrativa competente não deve ficar obrigada a restringir seu exame ao que foi alegado, trazido ou provado pelas partes, pois pode e deve buscar todos os elementos que possam influir no seu convencimento.

O administrador deve conhecer de novas provas que caracterizem a licitude, ilicitude ou inexistência do ato gravoso em questão, a qualquer tempo do processo, contrapondo-se à verdade formal, exigida no Processo Civil.

Sylvia Zanella Di Pietro<sup>184</sup> não adota o princípio da verdade material de forma explícita, mas o reconhece implícito ao princípio da oficialidade, conforme já se observou no item anterior.

Imprescindível, então, não abordar o conceito de Odete Medauar<sup>185</sup>:

O princípio da verdade material ou real, vinculado ao princípio da oficialidade, exprime que a Administração deve tomar as decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelos sujeitos. Para tanto, tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações, documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos. Assim, no tocante a provas, desde que obtidas por meios lícitos (como impõe o inciso LVI do art. 5º da CF), a Administração detém liberdade plena de produzi-las.

O princípio da verdade material ou, por alguns denominado de liberdade da prova, diferentemente do processo judicial em que vigora o princípio da verdade formal resultante das provas e dos fatos incluídos pelas partes nos autos, permite serem consideradas todas as provas e fatos novos, ainda que desfavoráveis à Fazenda Pública, mesmo que não tenham sido alegados ou declarados, desde que sejam provas lícitas.

A doutrinadora Lúcia Valle Figueiredo<sup>186</sup> lembra que:

A verdade material é princípio específico do processo administrativo, como também o é do processo penal (princípio inquisitivo). A busca da verdade material é oposta ao princípio dispositivo, peculiar ao processo civil.

Também na lição de Hely Lopes Meirelles<sup>187</sup>:

<sup>184</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 68.

<sup>185</sup>MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172.

<sup>186</sup>FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 424.

<sup>187</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 696.

O princípio da verdade material, também denominado de liberdade na prova, autoriza a Administração a valer-se de qualquer prova que a autoridade processante ou julgadora tenha conhecimento, desde que a faça trasladar para o processo. É a busca da verdade material em contraste com a verdade formal. Enquanto nos processos judiciais o Juiz deve-se cingir às provas indicadas no devido tempo pelas partes, no processo administrativo a autoridade processante ou julgadora pode, até final julgamento, conhecer de novas provas, ainda que produzidas em outro processo ou decorrentes de fatos supervenientes que comprovem as alegações em tela. Este princípio é que autoriza a *reformatio in pejus*, ou a nova prova conduz o julgador de segunda instância a uma verdade material desfavorável ao próprio recorrente.

Tal princípio está expresso na Lei 9.784/99, em seu art. 64, § único:

Art. 64 - O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único: Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

Todavia a que se levar em conta o art. 65 e seu § único, da mesma lei:

Art. 65 - Os processos administrativos de que resultem sanções poderão ser revistos, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando surgirem fatos novos ou circunstâncias relevantes suscetíveis de justificar a inadequação da sanção aplicada.

Parágrafo único: Da revisão do processo não poderá resultar agravamento da sanção.

Verifica-se que a lei do processo administrativo só proibiu a *reformatio in pejus* em casos de revisão, e não de recurso.

Na jurisprudência dos tribunais superiores está consagrada, de forma clara, a adoção do princípio da verdade material no processo administrativo, especialmente nos processos administrativos fiscais e licitatórios, conforme se verifica por meio destas decisões:

MS 12762 / DF

Relator(a) Ministro JOSÉ DELGADO (1105)

Órgão Julgador S1 - PRIMEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 28/05/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 16/06/2008

MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. DENEGAÇÃO.

1. **À Administração Pública é lícito proceder a diligências para averiguar se os licitantes estão em situação de regularidade fiscal.** 2. As diligências para esclarecimento no curso de procedimento licitatório visam impor segurança jurídica à decisão a ser proferida, **em homenagem aos princípios da legalidade, da igualdade, da verdade material** e da guarda aos ditames do edital. 3. Comprovação da regularidade fiscal que impera. 4. Ausência de qualquer ilegalidade no procedimento licitatório. 5. Denegação da segurança. (grifo da autora)

RMS 12105 / PR

Relator(a) Ministro FRANCIULLI NETTO (1117)

Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA

Data do Julgamento 03/03/2005 Data da Publicação/Fonte

RECURSO ORDINÁRIO. PROCON. DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE COMINA MULTA E INSCREVE FORNECEDORA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR. APRESENTAÇÃO DE JUSTIFICATIVAS ANTES MESMO DA DECISÃO. TERMO DE ACORDO CELEBRADO ENTRE

CONSUMIDORA E FORNECEDORA. **PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E VERDADE MATERIAL.** A par da circunstância de ter apresentado os esclarecimentos antes mesmo da decisão administrativa proferida pelo PROCON-PR (fls. 74/75), ainda assim a ora recorrente foi multada e inscrita no cadastro de proteção ao consumidor. Ocorre que, consoante esclareceu a autoridade coatora, a **ora recorrente juntou serodidamente um documento essencial à solução da controvérsia**, o que gerou a decretação, por analogia, dos efeitos da revelia e a cominação das referidas penalidades administrativas (fls. 107/108). Por mais que o aludido documento, consubstanciado em um termo de acordo entre consumidora e fornecedora (fls. 156/157), representasse um fato extintivo do direito da autora, não mereceu a devida consideração. - [...] -. **Por força do princípio da verdade material, plenamente aplicável no âmbito do processo administrativo enquanto garantia da indisponibilidade do interesse público**, conforme ensina Adilson Abreu Dallari e Sérgio Ferraz, "mesmo no silêncio da lei, e até mesmo contra alguma esdrúxula disposição nesse sentido, nem há que se falar em confissão e revelia, como ocorre no processo judicial. **Nem mesmo a confissão do acusado põe fim ao processo; sempre será necessário verificar, pelo menos, sua verossimilhança, pois o que interessa, em última análise, é a verdade, pura e completa**" (Ob. cit., p. 87). Recurso ordinário provido. (grifo da autora)

### 3.2.5 O princípio da revisibilidade ou da pluralidade das instâncias

As decisões administrativas, muitas delas proferidas no processo, podem conter equívocos. Daí a necessidade de que as condutas estatais submetam-se a duplo exame, porque há a oportunidade de haver uma segunda análise propícia a uma melhor conclusão e maior segurança para o interessado e para a coletividade.

Tal princípio oportuniza à própria autoridade que tenha proferido a decisão recorrida o reexame de sua decisão, em geral, vez que a ela é que se dirige o recurso e o pedido de reconsideração, o que, não ocorrendo, determina a remessa à autoridade hierarquicamente superior.

A possibilidade de reexame da decisão retira o arbítrio de quem decide e obriga a que a decisão proferida seja devidamente motivada e dá ensejo à possibilidade de controle, inclusive judicial, sem o qual não se concebe num Estado Democrático de Direito.

Para Odete Medauar<sup>188</sup>, “nos processos administrativos, o direito de recorrer está baseado na garantia da ampla defesa, como uma de suas conseqüências”.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LV, expressa que:

[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

<sup>188</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 170.



Sendo assim, o princípio da recorribilidade e seu corolário, o duplo grau de jurisdição, é uma garantia constitucional.

Para Sylvia Zanella Di Pietro<sup>189</sup>, em se tratando de processo administrativo, esse princípio “decorre do poder de autotutela de que dispõe a Administração Pública e que lhe permite rever os próprios atos, quando ilegais, inconvenientes ou inoportunos”, conforme já visto no item 2.2.12.

Importante analisar o art. 57 da Lei 9.784/99, pois este determina que “O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa”.

Sendo assim, o administrado poderá recorrer no máximo a três níveis de decisão dentro da organização hierárquica, ressalvadas as hipóteses em que a lei lhe permite mais a fim de não lhe negar a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

E lembra a autora citada acima<sup>190</sup> que “só não há possibilidade de pluralidade de instâncias, quando a decisão já partiu da autoridade máxima, hipótese em que caberá apenas pedido de reconsideração; se não atendido, restará ao interessado procurar a via judicial”.

Como também ressalta Celso Bandeira de Mello<sup>191</sup>:

Tal direito só não existirá se o procedimento for iniciado por autoridade do mais alto escalão administrativo ou se for proposto perante ela. Neste caso, como é óbvio, o interessado mais não poderá senão buscar as vias judiciais.

E assim já decidiu o STJ:

RMS 19452 / MG

Relator(a) Ministro GILSON DIPP (1111)

Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA

Data do Julgamento 20/06/2006

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. OFICIAIS DE JUSTIÇA PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE DEMISSÃO. REGIMENTO INTERNO REVOGADO. APLICAÇÃO AOS RECURSOS INTERPOSTOS NA SUA VIGÊNCIA. TEMPUS REGIT ACTUM. RECURSO ADMINISTRATIVO. DIREITO DO ADMINISTRADO. RECLAMAÇÃO NÃO CONHECIDA. ILEGALIDADE. **DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. OFENSA. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. APLICAÇÃO. EFEITO SUSPENSIVO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.** I – A lei processual tem aplicação imediata, ficando entretanto resguardados os atos praticados conforme a legislação revogada. Desta forma, deve ser observado o antigo Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (Resolução 314), em vigor à data da interposição da reclamação. II - **O duplo grau de jurisdição administrativa ou pluralidade de instâncias, corolário da ampla defesa e contraditório, é direito do administrado.** III – O art. 51 da Lei Estadual nº 14184/2002, que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Estadual, estabelecendo que “Das decisões cabe recurso envolvendo toda a matéria objeto do processo” é noma genérica que complementa as lacunas da

<sup>189</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 516.

<sup>190</sup> Idem, p. 516.

<sup>191</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 471.

Lei Estadual nº 59/2001 (Lei de Organização e Divisão Judiciárias do Estado de Minas Gerais), a qual não fixava fase recursal à apuração administrativa. IV – O princípio da fungibilidade recursal, tem aplicação ao presente caso, ante a existência de dúvida objetiva acerca de qual recurso interpor e a tempestividade da interposição. V - Na ausência de expressa previsão legal, não existe direito líquido e certo a que seja conferido efeito suspensivo a recurso administrativo. VI - Recurso ordinário parcialmente provido. (grifo da autora)

Importante ressaltar que, com relação ao processo administrativo, a Lei 6.830/80 (Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública), em seu art. 38, § único, expressa:

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único: A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Dessa forma, cabe ao administrado atentar à forma como irá discutir uma contenda em relação à Fazenda Pública, pois, uma vez iniciada a discussão na esfera judicial, perderá o direito de recorrer na esfera administrativa, conforme já decidiu o STF:

RE 233582 / RJ - RIO DE JANEIRO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 16/08/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-088 DIVULG 15-05-2008 PUBLIC 16-05-2008

**EMENTA: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. RECURSO ADMINISTRATIVO DESTINADO À DISCUSSÃO DA VALIDADE DE DÍVIDA ATIVA DA FAZENDA PÚBLICA. PREJUDICIALIDADE EM RAZÃO DO AJUIZAMENTO DE AÇÃO QUE TAMBÉM TENHA POR OBJETIVO DISCUTIR A VALIDADE DO MESMO CRÉDITO. ART. 38, PAR. ÚN., DA LEI 6.830/1980.** O direito constitucional de petição e o princípio da legalidade não implicam a necessidade de esgotamento da via administrativa para discussão judicial da validade de crédito inscrito em Dívida Ativa da Fazenda Pública. É constitucional o art. 38, par. ún., da Lei 6.830/1980 (Lei da Execução Fiscal - LEF), que dispõe que "a propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo [ações destinadas à discussão judicial da validade de crédito inscrito em dívida ativa] **importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto**". Recurso extraordinário conhecido, mas ao qual se nega provimento. (grifo da autora)

### 3.2.6 O princípio da gratuidade

O princípio da gratuidade implica a impossibilidade de cobrança de despesas processuais ou honorários advocatícios na esfera do processo administrativo, ressalvadas as previstas em lei, conforme previsto na Lei 9.784/99, em seu art. 2º, § único, inciso XI:

Parágrafo único: Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

XI - proibição de cobrança de despesas processuais, ressalvadas as previstas em lei;

Como se vê, é consectário do princípio da informalidade, o qual sugere a supressão de quaisquer barreiras que possam ser impeditivas ao livre acesso dos administrados às instâncias administrativas.

Importante ressaltar a nova interpretação dada ao dispositivo do art. 56, § 2º, da Lei 9.784/99, o qual admitia a caução:

Art. 56 - Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º - O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º - Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

Também no Decreto 70.235/72 (Dispõe sobre o processo administrativo fiscal), em seu art. 33, estava prevista a caução:

Art. 33 - Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão.

§ 3º - O arrolamento de que trata o § 2º será realizado preferencialmente sobre bens imóveis.

Sendo assim, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI, o STF assim se manifestou:

ADI 1976 / DF - DISTRITO FEDERAL

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 28/03/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-018 DIVULG 17-05-2007 PUBLIC 18-05-2007

EMENTA: **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 32, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 33, § 2º, DO DECRETO 70.235/72 E ART. 33, AMBOS DA MP 1.699-41/1998. DISPOSITIVO NÃO REEDITADO NAS EDIÇÕES SUBSEQUENTES DA MEDIDA PROVISÓRIA TAMPOUCO NA LEI DE CONVERSÃO. ADITAMENTO E CONVERSÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA NA LEI 10.522/2002. ALTERAÇÃO SUBSTANCIAL DO CONTEÚDO DA NORMA IMPUGNADA. INOCORRÊNCIA. PRESSUPOSTOS DE RELEVÂNCIA E URGÊNCIA. DEPÓSITO DE TRINTA PORCENTO DO DÉBITO EM DISCUSSÃO OU ARROLAMENTO PRÉVIO DE BENS E DIREITOS COMO CONDIÇÃO PARA A INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DEFERIDO. Perda de objeto da ação direta em relação ao art. 33, caput e parágrafos, da MP 1.699-41/1998, em razão de o**

dispositivo ter sido suprimido das versões ulteriores da medida provisória e da lei de conversão. A requerente promoveu o devido aditamento após a conversão da medida provisória impugnada em lei. Rejeitada a preliminar que sustentava a prejudicialidade da **ação direta em razão de, na lei de conversão, haver o depósito prévio sido substituído pelo arrolamento de bens e direitos como condição de admissibilidade do recurso administrativo**. Decidiu-se que não houve, no caso, alteração substancial do conteúdo da norma, pois a nova exigência contida na lei de conversão, a exemplo do depósito, resulta em imobilização de bens. Superada a análise dos pressupostos de relevância e urgência da medida provisória com o advento da conversão desta em lei. **A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição de admissibilidade de recurso administrativo constitui obstáculo sério (e intransponível, para consideráveis parcelas da população) ao exercício do direito de petição (CF, art. 5º, XXXIV), além de caracterizar ofensa ao princípio do contraditório (CF, art. 5º, LV). A exigência de depósito ou arrolamento prévio de bens e direitos pode converter-se, na prática, em determinadas situações, em supressão do direito de recorrer, constituindo-se, assim, em nítida violação ao princípio da proporcionalidade.** Ação direta julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 32 da MP 1699-41 - posteriormente convertida na lei 10.522/2002 -, que deu nova redação ao art. 33, § 2º, do Decreto 70.235/72. (grifo da autora)

Dessa forma, restou pacificada a inconstitucionalidade de exigência de depósito prévio ou arrolamento prévio de bens e direitos como condição para interpor recurso administrativo.

Então, nada que obste a defesa de um direito do administrado deve ser admitido num processo administrativo, conforme complementa a doutrinadora Odete Medauar<sup>192</sup>:

Evidente que exigências decorrentes do contraditório e ampla defesa, tais como motivação, prazo para alegações, notificação dos sujeitos, não podem ser consideradas “filigranas” ou formalidades dispensáveis, como por vezes é invocado ao se pretender ocultar razões pessoais subjacentes. Portanto, o princípio do formalismo moderado não há de ser chamado para sanar nulidades ou para excusar o cumprimento da lei. Visa a impedir que minúcias e pormenores não essenciais afastem a compreensão da verdadeira finalidade da atuação. Exemplo de formalismo exacerbado, destoante desse princípio, encontra-se no processo licitatório, ao se inabilitar ou desclassificar participantes por lapsos em documentos não essenciais, passíveis de serem supridos ou esclarecidos em diligências; assim agindo, deixa-se em segundo plano a verdadeira finalidade do processo, que é o confronto do maior número possível de propostas para aumentar, em decorrência, a possibilidade de celebrar contrato adequado ao interesse público. O apego excessivo a minúcias, no caso, pode até ensejar a suspeita de alijamento propositado de certos licitantes, para beneficiar outros.

<sup>192</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 172.

### 3.2.7 O princípio da vinculação ao instrumento convocatório

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório está expresso na Lei 8.666/93, em seu art. 41, *caput*:

Art. 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Sendo assim, o edital publicado pela Administração Pública se torna lei entre as partes e deve ser inalterável, impedindo a própria emitente de não mais lhe promover alterações, exceto, como já exaustivamente visto neste trabalho, quando for de relevante interesse público, conforme já decidiu o STF:

RMS 23640 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA  
 Julgamento: 16/10/2001 Órgão Julgador: Segunda Turma  
 Publicação DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268  
 EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO. 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apócrifia, a inexistência do documento. 2. **Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência.** 3. A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade. 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (grifo nosso)

É evidente que é um princípio aliado aos da moralidade, da impessoalidade, da publicidade, da isonomia, bem como ao primado da segurança jurídica.

Na clássica afirmativa de Hely Lopes Meirelles<sup>193</sup>:

O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação.

E mais, nas lições de Adilson Dallari<sup>194</sup>:

O edital há de ser completo, de molde a fornecer uma antevisão de tudo que possa vir a ocorrer no decurso das fases subseqüentes da licitação. Nenhum licitante pode vir a ser surpreendido com coisas, exigências, transigências, critérios ou atitudes da Administração que, caso conhecidas anteriormente, poderiam afetar a formulação de sua proposta.

<sup>193</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 278.

<sup>194</sup> DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 92.

Assim decidiu o STF:

MS 27160 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA  
 Julgamento: 18/12/2008 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-043 DIVULG 05-03-2009 PUBLIC 06-03-2009  
 EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. PROCEDIMENTO DE CONTROLE ADMINISTRATIVO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONCURSO PARA A MAGISTRATURA DO ESTADO DO PIAUÍ. CRITÉRIOS DE CONVOCAÇÃO PARA AS PROVAS ORAIS. **ALTERAÇÃO DO EDITAL NO CURSO DO PROCESSO DE SELEÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.** ORDEM DENEGADA. 1. O Conselho Nacional de Justiça tem legitimidade para fiscalizar, inclusive de ofício, os atos administrativos praticados por órgãos do Poder Judiciário (MS 26.163, rel. min. Carmem Lúcia, DJe 04.09.2008). 2. **Após a publicação do edital e no curso do certame, só se admite a alteração das regras do concurso se houver modificação na legislação que disciplina a respectiva carreira.** Precedentes. (RE 318.106, rel. min. Ellen Gracie, DJ 18.11.2005). 3. No caso, a alteração das regras do concurso teria sido motivada por suposta ambigüidade de norma do edital acerca de critérios de classificação para a prova oral. Ficou evidenciado, contudo, que o critério de escolha dos candidatos que deveriam ser convocados para as provas orais do concurso para a magistratura do Estado do Piauí já estava claramente delimitado quando da publicação do Edital nº 1/2007. 4. **A pretensão de alteração das regras do edital é medida que afronta o princípio da moralidade e da impessoalidade,** pois não se pode permitir que haja, no curso de determinado processo de seleção, ainda que de forma velada, escolha direcionada dos candidatos habilitados às provas orais, especialmente quando já concluída a fase das provas escritas subjetivas e divulgadas as notas provisórias de todos os candidatos. 5. Ordem denegada. (grifo da autora)

Como expresso na decisão acima, apesar de a Administração estar estritamente vinculada ao instrumento convocatório, poderá alterá-lo, quando houver modificação na lei ou motivo superveniente de interesse público, conforme frisa Diogenes Gasparini<sup>195</sup>:

De sorte que, estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-se o que se quer manter. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidá-lo e abrir novo procedimento.

A não vinculação da Administração aos estritos termos do edital, pode ser motivo para que o Poder Judiciário interfira, mediante ação provocada pelos interessados, bem como pelo Ministério Público ou mesmo qualquer cidadão, via Ação Popular, fazendo com que o desvio de conduta perpetrado seja anulado, restabelecendo-se a ordem no processo licitatório, conforme farta jurisprudência:

MS 26862 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 Relator(a): Min. CARLOS BRITTO

<sup>195</sup> GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 487.

Julgamento: 15/04/2009 Órgão Julgador: Tribunal Pleno  
 Publicação DJe-094 DIVULG 21-05-2009 PUBLIC 22-05-2009  
 EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. **CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DO CARGO DE TÉCNICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO**, ÁREA DE APOIO ESPECIALIZADO, ESPECIALIZAÇÃO EM TRANSPORTE. PROVA PRÁTICA DE DIREÇÃO VEICULAR. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DE CARTEIRA NACIONAL DE HABILITAÇÃO, NA CATEGORIA "D" OU "E", EMITIDA, NESTAS CATEGORIAS, HÁ, NO MÍNIMO, TRÊS ANOS. § 1º DO ART. 7º DA LEI Nº 11.415/2006. NECESSIDADE DE LEI PARA A IMPOSIÇÃO DE EXPERIÊNCIA PROFISSIONAL COMO REQUISITO AO PROVIMENTO DO CARGO. 1. Na data de publicação do Edital PGR/MPU nº 18/2006, bem como na de sua primeira retificação, vigoravam a Lei nº 9.953/2000, com a redação dada pela Lei nº 10.476/2002, e a Portaria PGR nº 233/2004. Legislação que reputava desnecessária experiência profissional para o provimento do cargo de Técnico do MPU, área de Apoio Especializado, especialização Transporte, exigindo, tão-somente, a apresentação de Carteira Nacional de Habilitação, categoria "D" ou "E", por ocasião da posse. 2. O § 1º do art. 7º da Lei nº 11.415/2006 remete à lei - e não ao regulamento - a força de exigir, se for o caso, formação especializada, experiência e registro profissional como requisitos para a posse nos cargos das carreiras do MPU. Ilegalidade da Portaria PGR/MPU nº 712, de 20/12/2006. 3. Aplicabilidade, ao concurso público em andamento, da Lei nº 11.415/2006, **pois, além de não estar encerrado o prazo para inscrições, "enquanto não concluído e homologado o concurso público, pode a Administração alterar as condições do certame constantes do respectivo edital, para adaptá-las à nova legislação aplicável à espécie"** (RE 318.106/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 18/11/2005). 4. Aparente irrazoabilidade da exigência de o candidato a motorista do MPU contar com três anos de CNH emitida nas categorias "D" ou "E". 5. Segurança concedida. (grifo da autora)

RE 440335 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 17/06/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. **CONCURSO PÚBLICO**. ANULAÇÃO DE QUESTÃO. 1. Anulação de questão não prevista no edital do concurso. 2. O Supremo Tribunal Federal entende admissível o controle jurisdicional em concurso público quando "não se cuida de aferir da correção dos critérios da banca examinadora, na formulação das questões ou na avaliação das respostas, mas apenas de verificar que as questões formuladas não se continham no programa do certame, **dado que o edital - nele incluído o programa - é a lei do concurso"**. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo da autora)

### 3.2.8 O princípio da atipicidade

Diferentemente da legislação material penal, no Direito Administrativo muitas infrações funcionais não estão tipificadas em lei, portanto, cabe à Administração Pública analisar, dentro de sua discricionariedade administrativa, se o fato constitui ou não falta grave, por exemplo.

Na lição de Sylvia Zanella Di Pietro<sup>196</sup>:

A maior parte delas (infrações) fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como “falta grave”, “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço”, “incontinência pública”, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.

Daí ser imprescindível a motivação dos atos administrativos pela autoridade julgadora, a fim de que fique evidente o devido enquadramento da falta e a sanção adequada. Corroborando essa idéia, o STJ assim decidiu:

RMS 19510 / GO

Relator(a)

Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI (1124)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 20/06/2006

Data da Publicação/Fonte DJ 03/08/2006 p. 202

DIREITO ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCON. APLICAÇÃO DE MULTA NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. AUSÊNCIA DE TIPICIDADE DA INFRAÇÃO. 1. O procedimento administrativo pelo qual se impõe multa, no exercício do Poder de Polícia, em decorrência da infringência a norma de defesa do consumidor deve obediência ao princípio da legalidade. **É descabida, assim, a aplicação de sanção administrativa à conduta que não está prevista como infração.** 2. Recurso ordinário provido. (grifo da autora).

### 3.2.9 O princípio da economia processual

Como preleciona Sylvia Zanella Di Pietro<sup>197</sup>:

Há que se ter sempre presente a ideia de que o processo é instrumento para aplicação da lei, de modo que as exigências a ele pertinentes devem ser adequadas e proporcionais ao fim que se pretende atingir. Por isso me devem ser evitados os formalismos excessivos, não essenciais à legalidade do procedimento que só possam onerar inutilmente a Administração Pública, emperrando a máquina administrativa.

Desse princípio decorre outro que é o do aproveitamento dos atos processuais, o qual admite o saneamento do processo quando se tratar de nulidade sanável, cuja inobservância não prejudique a Administração ou o administrado.

Estando expresso na Lei 9.784/99, nos arts. 2º, incisos VIII e IX e 22, parágrafos 2º e 3º:

Art. 2º - [...]

<sup>196</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 515.

<sup>197</sup> Idem, p. 516.



VIII – observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados;

IX - adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados;

Art. 22 - Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 2º - Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º - A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

Dessa forma, quanto mais simples e célere for o processo administrativo, mais eficiente será a Administração Pública no atendimento ao interesse público.

MS 12061 / DF

Relator(a) Ministro OG FERNANDES (1139)

Órgão Julgador S3 - TERCEIRA SEÇÃO

Data do Julgamento 16/02/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 05/03/2009

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO-OCORRÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. **PORTARIA INAUGURAL. INEXIGIBILIDADE DE DESCRIÇÃO MINUCIOSA DOS FATOS.** PRECEDENTES. DECISÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA EM CONSONÂNCIA COM O RELATÓRIO FORNECIDO PELA COMISSÃO PROCESSANTE. PORTARIA DEMISSÓRIA SUFICIENTEMENTE MOTIVADA. POSSIBILIDADE, NO CASO DOS AUTOS. DEMISSÃO. ATO DELEGADO A MINISTRO DE ESTADO. 1. Na forma das disposições contidas no artigo 142 da Lei n.º 8.112/90, tem-se por afastada "a ocorrência de prescrição se, no momento da demissão do servidor, não tiverem transcorrido cinco anos do conhecimento dos fatos pela Administração". (MS 8928/DF, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 07/10/2008) 2. **O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que não se exige a descrição minuciosa dos fatos na portaria de instauração do processo disciplinar**, tendo em vista que o seu principal objetivo é dar publicidade à constituição da Comissão Processante. **A descrição pormenorizada dos fatos a serem apurados tem, como momento próprio, a ocasião em que houver o indiciamento do servidor.** Precedentes: MS 12.927/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, Terceira Seção, DJ de 12/2/08; RMS 22.128/MT, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJ de 10/9/07; e MS 7.748/DF, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 10/3/03. 3. (...) 4. (...) 5 (...) e 7 (...). (grifo da autora)

### 3.3 Os princípios que regem o processo administrativo fiscal

Importante lembrar que, em regra geral, o processo administrativo fiscal diz respeito a uma controvérsia entre o contribuinte e a Fazenda Pública, relativamente à matéria Tributária e à Fazenda Pública, pelo caráter de determinação e exigência do crédito tributário, em que se discute a legalidade do crédito constituído por meio de um lançamento.

Indispensável o conceito de Hely Lopes Meirelles<sup>198</sup>:

Processo administrativo fiscal ou tributário é todo aquele que se destina à determinação, exigência ou dispensa do crédito fiscal, bem como à fixação do alcance de normas de tributação em casos concretos, pelos órgãos competentes tributantes, ou à imposição de penalidade ao contribuinte.

Sendo assim, como já visto no item 3.1, em relação à distinção entre processo e procedimento, a concessão de um alvará, por exemplo, seria um procedimento. Nesse sentido, quando da lavratura de um auto de apreensão, um auto de infração ou uma notificação de débito sem que haja, por parte do administrado, a respectiva impugnação, não se configurariam controvérsias, portanto, seriam apenas procedimentos administrativos.

De outro modo, a partir do momento em que existe, por exemplo, impugnação a lançamento ou contra a negativa de pedido de restituição, estabelecer-se-á uma lide, qual seja, um processo administrativo fiscal ou tributário, conforme expresso no art. 14 do Decreto nº 70.235/1972: “A impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento”.

A legislação pátria é farta em regulamentar o processo administrativo fiscal, a qual tem como lei fundamental regulamentadora o Decreto nº 70.235/1972 que recebeu várias alterações, sendo a última no presente ano por meio da Lei nº 11.941/2009.

Dessa forma, o processo administrativo fiscal somente será regido pela Lei 9.784/1999 de forma subsidiária.

Além das leis anteriores, importante ressaltar que há constantes Portarias editadas pelo Ministério da Fazenda e Secretaria da Receita Federal bem como Instruções Normativas afeitas ao processo administrativo fiscal. Destaque para a Lei Complementar nº 105/2001 (Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras).

Por ser afeto ao Direito Público e, conseqüentemente, ao Direito Administrativo, o processo administrativo fiscal é norteado por todos os princípios vistos até momento.

Todavia, vale ressaltar um princípio próprio dele que muito vem sendo discutido, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, qual seja, o do repúdio às provas obtidas por meios ilícitos.

---

<sup>198</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 707.

### 3.3.1 O princípio do repúdio às provas obtidas por meios ilícitos

A Constituição brasileira, ao tratar das provas ilícitas ou ilegítimas estabelece, em seu art. 5º, inciso LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Nesse sentido, Vicente Greco Filho leciona<sup>199</sup>:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico: sua finalidade prática, qual seja, é convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Da mesma forma, o Código de Processo Civil - CPC, em seu art. 332 expressa:

Art. 332 - Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.

No mesmo sentido a Lei 9.784/1999, em seus arts. 30 e 38, § 2º:

Art. 30 - São inadmissíveis no processo administrativo as provas obtidas por meios ilícitos.

Art. 38 - O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 2º - Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.

Assim, provas obtidas por meios ilegais devem ser desentranhadas dos autos do processo, pois, como leciona Ada Pellegrini Grinover<sup>200</sup> “Trata-se de não-ato, de não-prova, que as reconduz à categoria da inexistência jurídica. Elas simplesmente não existem como provas; não têm aptidão para surgirem como provas, daí sua total ineficácia”.

Vinda do direito norte americano a *fruits of poisonous tree* tem em seu nascimento um preceito bíblico de que a árvore envenenada não pode dar bons frutos, ou seja, a prova ilícita originária ou inicial contaminaria as demais provas decorrentes.

Ressalta-se que a Lei 9.784/99 consagrou os preceitos tanto do CPC como do processo administrativo fiscal, em estrita consonância com o comando constitucional, em seu art. 53:

Art. 53 - 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. (grifo da autora)

<sup>199</sup> GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro. Saraiva. p. 97.

<sup>200</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 68.

Sendo assim, o processo administrativo é um instrumento importante para que os administrados possam fazer valer seus direitos contra possíveis arbitrariedades da Administração Pública, consagrando uma das garantias constitucionais.

Na lição de Carlos Ari Sundfeld<sup>201</sup>:

As leis de Procedimento Administrativo são consideradas instrumentos fundamentais do Estado de Direito e da Cidadania, na generalidade dos países democráticos. São exemplos de países em que elas existem e são tidas como importantes: Estados Unidos, Alemanha, Itália, Espanha e os do Mercosul (Argentina e Uruguai).

Dessa forma, tanto a Constituição brasileira quanto a Lei 9.784/1999 concretizaram, na esfera administrativa, a cláusula do devido processo legal, incluindo, em especial, o direito de não ser acusado, nem julgado e nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas. Daí que o Decreto nº 70.235/1972 teve de sofrer inúmeras alterações a fim de recepcionar tal garantia constitucional.

Tal premissa já foi adotada fielmente pelo STF em 1994, tal como preceitua a Constituição brasileira, em acórdão que julgou Ação Penal contra um ex-presidente da República brasileira:

AP 307 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 AÇÃO PENAL  
 Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO  
 Julgamento: 13/12/1994 Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO  
 Publicação DJ 13-10-1995 PP-34247 EMENT VOL-01804-11 PP-02104  
 EMENTA: AÇÃO CRIMINAL. CÓDIGO PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA (ART. 317, CAPUT), CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA (ART. 343), COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344), SUPRESSAO DE DOCUMENTO (ART. 305) E FALSIDADE IDEOLOGICA (ART. 299).  
 PRELIMINARES: **INADMISSIBILIDADE DE PROVAS CONSIDERADAS OBTIDAS POR MEIO ILICITO** E INCOMPETENCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA OS CRIMES DO ART. 299, A AUSÊNCIA DE CONEXAO COM O DE CORRUPÇÃO PASSIVA, QUE DETERMINOU A INSTAURAÇÃO DO PROCESSO PERANTE ESSA CORTE, POSTO QUE ATRIBUIDO, ENTRE OUTROS, A PRESIDENTE DA REPUBLICA. 1. - [...] -.  
 1.1. **Inadmissibilidade, como prova, de laudos de degravação de conversa telefonica e de registros contidos na memoria de micro computador, obtidos por meios ilicitos (art. 5., LVI, da Constituição Federal); no primeiro caso, por se tratar de gravação realizada por um dos interlocutores, sem conhecimento do outro, havendo a degravação sido feita com inobservancia do princípio do contraditório, e utilizada com violação a privacidade alheia (art. 5., X, da CF); e, no segundo caso, por estar-se diante de micro computador que, além de ter sido apreendido com violação de domicilio, teve a memoria nele contida sido degradada ao arrepio da garantia da inviolabilidade da intimidade das pessoas (art. 5., X e XI, da CF).** 1.2. Improcedencia da acusação. [...]. Orientação assentada no STF. 4.7. Reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes, relativamente a todos os acusados. (grifo da autora)

<sup>201</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. *Teoria geral do processo administrativo*. Boletim do Centro de Estudos da PGESP, 22(6):478-80, nov./dez.-1998.

Como se depreende do acórdão acima e, até hoje, é cediço no STF que a prova ilícita originária contamina as demais provas dela decorrentes, seguindo a teoria dos “Frutos da árvore envenenada,” a qual deverá ser vedada haja vista eivada de inconstitucionalidade.

A fim de evitar qualquer tipo de arbitrariedade por parte da Administração Pública, leciona Lúcia Valle Figueiredo<sup>202</sup>:

No processo tributário verificamos que determinadas provas podem e devem ser acompanhadas pelas partes; não se justificaria se aos litigantes em processo judicial e no tributário, p. ex., fosse feita perícia sem que o contribuinte tivesse direito de indicar assistente-técnico para presenciar dita perícia.

### **3.4 Os princípios que regem o procedimento de licitação e de contratação de parceria público-privada**

Licitação é um procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública deve selecionar a proposta mais vantajosa para o interesse público, norteado pelos princípios constitucionais a ele inerentes como também pelos termos expressos e previstos no seu respectivo edital. A respeito ver item 3.2.7 o qual tratou do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

A Lei 8.666/93 institui as normas para licitações e contratos da Administração Pública e expressa que a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve passar pelos trâmites de licitação, ressalvadas as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade.

Como salienta José Afonso da Silva<sup>203</sup>:

O princípio da licitação significa que essas contratações ficam sujeitas, como regras, ao procedimento de seleção de propostas mais vantajosas para a administração pública. Constitui um princípio instrumental de realização dos princípios da moralidade administrativa e do tratamento isonômico dos eventuais contratantes com o poder público. (1994, p.573).

Na mesma linha, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>204</sup>:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revelar mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

<sup>202</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público**: estudos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 162.

<sup>203</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 1998, p. 116.

<sup>204</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 494.

Assim, em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade, o STF conceituou o procedimento de licitação:

ADI 3070 / RN - RIO GRANDE DO NORTE

Relator(a): Min. EROS GRAU

Julgamento: 29/11/2007 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJe-165 DIVULG 18-12-2007 PUBLIC 19-12-2007

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 11, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE. LICITAÇÃO. ANÁLISE DE PROPOSTA MAIS VANTAJOSA. CONSIDERAÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS IMPOSTOS PAGOS À FAZENDA PÚBLICA DAQUELE ESTADO. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. DISTINÇÃO ENTRE BRASILEIROS. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT; 19, INCISO III; 37, INCISO XXI, E 175, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional o preceito, segundo o qual, na análise de licitações, serão considerados, para averiguação da proposta mais vantajosa, entre outros itens os valores relativos aos impostos pagos à Fazenda Pública daquele Estado-membro. Afronta ao princípio da isonomia, igualdade entre todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração. 2. A Constituição do Brasil proíbe a distinção entre brasileiros. A concessão de vantagem ao licitante que suporta maior carga tributária no âmbito estadual é incoerente com o preceito constitucional desse inciso III do artigo 19. 3. **A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do interesse público, seu pressuposto é a competição. Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A competição visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a igualdade (isonomia) de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.** 4. A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a uma tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. 5. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. 6. Ação direta julgada procedente para declarar inconstitucional o § 4º do artigo 111 da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. (grifo da autora)

Também corrobora a lição de Hely Lopes Meirelles<sup>205</sup>:

Licitação é o procedimento administrativo, mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa par ao contrato de seu interesse. Com o procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. (2003, p.264)

<sup>205</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 274-275.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>206</sup>:

A licitação constitui-se num princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

Dessa forma, qualquer contrato administrativo exige licitação prévia, só dispensada, dispensável ou inexigível nos casos expressos nos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93, respectivamente.

Em decisão do STJ, observa-se a correta aplicação dos princípios norteadores da Administração Pública e do procedimento de licitação:

REsp 615432 / MG

Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122)

Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA

Data do Julgamento 02/06/2005 Data da Publicação/Fonte DJ 27/06/2005 p. 230

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. RELACIONAMENTO AFETIVO ENTRE SÓCIA DA EMPRESA CONTRATADA E O PREFEITO DO MUNICÍPIO LICITANTE. **OFENSA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO.** INOBSERVÂNCIA DO PRAZO MÍNIMO PARA CONVOCAÇÃO DOS LICITANTES. VIOLAÇÃO DO ART. 21, § 2º, DA LEI 8.666/93.

1. Procedimento licitatório (tomada de preços) realizado pelo Município de Resende Costa-MG, visando à contratação de empresa para a prestação de serviços com a finalidade de implantar programa de saúde familiar. 2. **A principiologia do novel art. 37 da Constituição Federal, impõe a todos quantos integram os Poderes da República nas esferas compreendidas na Federação, obediência aos princípios da moralidade, legalidade, impessoalidade, eficiência e publicidade.** 3. **O princípio da impessoalidade obsta que critérios subjetivos ou anti-isonômicos influam na escolha dos candidatos exercentes da prestação de serviços públicos, e assume grande relevância no processo licitatório, consoante o disposto no art. 37, XXI, da CF.** 4. - [...] -. 5. **Consectariamente, a comprovação na instância ordinária do relacionamento afetivo público e notório entre a principal sócia da empresa contratada e o prefeito do município licitante, ao menos em tese, indica quebra da impessoalidade, ocasionando também a violação dos princípios da isonomia e da moralidade administrativa, e ao disposto nos arts. 3º e 9º da Lei de Licitações. Deveras, no campo da probidade administrativa no trata da coisa pública o princípio norteador é o do in dubio pro populo.** 6. [...].7. [...]. 8. [...]. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (grifo da autora)

Além dos princípios genéricos já vistos neste trabalho, os quais se aplicam a qualquer processo administrativo, importante ressaltar que o procedimento de licitação se submete a um princípio específico, qual seja, o princípio do julgamento objetivo.

<sup>206</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 301.

### 3.4.1 O princípio do julgamento objetivo

O princípio do julgamento objetivo está expresso na Lei 8.666/93, em seu art. 3º e reiterado nos arts. 44 e 45:

Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 44 - No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Art. 45 - O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Zylvia Zanella Di Pietro<sup>207</sup> explicando esse princípio, afirma:

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.

Na lição de Celso Bandeira de Mello<sup>208</sup> tem-se que:

O princípio do julgamento objetivo almeja, como é evidente, impedir que a licitação seja decidida sob o influxo do subjetivismo, de sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora, conforme o art. 45 da lei.

Lição corroborada por Odete Medauar<sup>209</sup> que diz “Julgamento objetivo significa que deve nortear-se pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito”.

Acrescenta-se o que foi dito por Márcio Pestana<sup>210</sup>:

Os pressupostos e requisitos que instruem o decisório encontram-se alojados no ato convocatório, além, naturalmente, da legislação aplicável, conferindo, assim, a certeza jurídica imprescindível para que as decisões sejam proferidas objetivamente.

Também, para Hely Lopes Meirelles<sup>211</sup>, é nulo:

[...] o edital omissivo ou falho quanto ao critério e fatores de julgamento, como nula é a cláusula que, ignorando-os, deixe ao arbítrio da Comissão julgadora a escolha da proposta que mais convier à Administração.

<sup>207</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 307.

<sup>208</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p.502.

<sup>209</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 182.

<sup>210</sup> PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 276.

<sup>211</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 305.



Assim já decidiu o STF:

RMS 23640 / DF - DISTRITO FEDERAL  
 Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA  
 Julgamento: 16/10/2001 Órgão Julgador: Segunda Turma  
 Publicação DJ 05-12-2003 PP-00038 EMENT VOL-02135-07 PP-01268  
 EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. PROPOSTA FINANCEIRA SEM ASSINATURA. DESCLASSIFICAÇÃO. **PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO E DO JULGAMENTO OBJETIVO.** 1. Se o licitante apresenta sua proposta financeira sem assinatura ou rubrica, resta caracterizada, pela apocrifia, a inexistência do documento. 2. **Impõe-se, pelos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo,** a desclassificação do licitante que não observou exigência prescrita no edital de concorrência. 3. **A observância ao princípio constitucional da preponderância da proposta mais vantajosa para o Poder Público se dá mediante o cotejo das propostas válidas apresentadas pelos concorrentes, não havendo como incluir na avaliação a oferta eivada de nulidade.** 4. É imprescindível a assinatura ou rubrica do licitante na sua proposta financeira, sob pena de a Administração não poder exigir-lhe o cumprimento da obrigação a que se sujeitou. 5. Negado provimento ao recurso. (grifo da autora)

### 3.4.2 O princípio da impessoalidade *versus* a preferencialidade

Apesar de já ter sido analisado o princípio da impessoalidade no item 2.1.2, importante ressaltar a diferença entre a aplicação desse princípio e a ‘preferencialidade’ admitida nos procedimentos de licitação.

Vale lembrar, como já visto no item 2.2.2, que o princípio da igualdade deve prevalecer entre todos os licitantes, sendo vedadas cláusulas ou mesmo interpretações pela comissão licitante as quais possam, de alguma forma, restringir ou impedir a livre participação dos concorrentes interessados.

Desse entendimento deriva ainda o princípio da impessoalidade, por meio do qual a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que sua finalidade é sempre atender ao interesse público.

Sendo assim, a Administração pública, para melhor garantir a lisura e legalidade de todo o procedimento de licitação, tem de elaborar um instrumento convocatório, no qual dará prévia ciência aos interessados das condições e exigências que regerão todo o certame, as quais deverão ser obedecidas tanto pelos convocados quanto pela própria Administração Pública.

Todavia, em determinadas condições e hipóteses, a lei poderá estabelecer preferências destinadas a salvaguardar determinados setores, ou facilitar a aquisição de certos bens, visando ao interesse público.

Coelho Motta<sup>212</sup>, em sua obra, ressalta as preferencialidades admitidas nos certames de licitação a despeito dos princípios norteadores a ele inerentes já vistos neste trabalho, previstas no art. 3º da Lei 8.666/93.

---

<sup>212</sup> COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas licitações e contratos**. 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 104-105.

## CONCLUSÕES

Esta monografia demonstrou que, no ordenamento jurídico brasileiro, pode ser encontrado um conjunto de regras e princípios os quais norteiam todo o agir da Administração Pública e que, esses princípios, diferentemente das regras, devem ser observados e aplicados mesmo que em grau mínimo.

Evidenciou-se que os princípios constitucionais situam-se no vértice da pirâmide normativa e expressam valores éticos, sociais, políticos e jurídicos, consolidados na sociedade brasileira, convertidos em normas pelo legislador em princípios jurídicos.

Além disso, observou-se que a Administração Pública se submete a um regime jurídico-administrativo consubstanciado pelos supraprincípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, evidenciado pela melhor doutrina e pela jurisprudência dos dois Tribunais Superiores brasileiros.

Todavia, evidencio-se que esses supraprincípios não são aplicados quando houver possível violação de direitos fundamentais. O mesmo ocorre com a aplicação do princípio da legalidade, o qual deverá dar lugar ao princípio da juridicidade, dada a relevância de princípios constitucionais construídos ao longo da evolução civilizatória.

Observou-se que os princípios constitucionais, sejam explícitos ou implícitos, que regem a Administração Pública, encontram-se solidificados não somente no ordenamento jurídico brasileiro como também na jurisprudência, pois não raras as vezes em que a decisão tomada se deveu exclusivamente à luz de princípios.

Dessa forma, qualquer violação, mesmo à regra infraconstitucional, comprometerá a estrutura de todo o ordenamento jurídico e, por conseguinte, a ordem constitucional, porque o sistema constitucional da Administração Pública funciona como uma rede hierarquizada de princípios, regras e valores, que exige não mais o mero respeito à legalidade estrita, mas vincula a interpretação de todos os atos administrativos ao respeito a esses princípios.

Restou inquestionável que o Estado brasileiro deve cumprir o art. 3º da Constituição do Brasil, pois deve voltar-se ao ‘bem de todos’, ou seja, ao interesse público. Portanto, uma finalidade axiológico-jurídica impõe-se como norte para a conduta de toda a Administração Pública, a qual deve ser tão somente o instrumento desse Estado na consecução do referido artigo constitucional.

Em que pese a Constituição brasileira traçar as linhas mestras que norteiam o agir da Administração Pública por meio dos princípios aqui estudados, verificou-se que muitos

agentes públicos não apresentam preocupação quanto aos seus atos discricionários, exigindo controle de tais atos pelo poder judiciário.

Nesse sentido, é imprescindível que a Administração Pública reconheça a superioridade de todo o ordenamento jurídico sobre sua própria vontade, condicionando seus atos aos mandamentos constitucionais.

Com certeza, ao estudar os princípios norteadores da Administração Pública, restou claro que a adoção de meios preventivos para resguardar a *res publica* de manipulações dolosas ou culposas mostra-se mais construtiva que uma possível sanção por desvios de conduta funcional.

Dessa forma, uma compreensão e aplicação mais ampla dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública devem imperar sobre qualquer ato discricionário como também sobre a lógica formal que dá suporte à impunidade.

Nesse sentido, num Estado Democrático de Direito, a Administração Pública não pode prescindir de transparência de forma ampla e irrestrita de modo a efetuar uma avaliação contínua de seus resultados e eficiência para com a coletividade.

Ademais, uma democracia não é somente o governo da maioria, que o elegeu por meio do voto soberano, mas sim a preservação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o papel do Poder Judiciário é fundamental em fazer respeitar os direitos das minorias, que também compõe a coletividade.

Ao final, verificou-se que não há carência de normas ou omissão da lei, mas sim, carência na aplicação dos princípios constitucionais por parte de alguns agentes públicos, como também carência de participação dos administrados.

Conclui-se que a Administração Pública se encontra subordinada às finalidades constitucionais e deve pautar seu agir no sentido de conferir legitimidade não somente aos seus atos como aos princípios e regras que a regem, uma vez que, demonstrado pela jurisprudência dos tribunais superiores não se configuram meramente como enunciados retóricos e distantes da realidade, mas possuem plena juridicidade.

A Administração Pública haverá de, além de submeter-se à legalidade formal, ater-se a aspectos civilizatórios, princípios, regras e informativos do princípio da juridicidade, em que há a necessidade da submissão de seus atos a todo o ordenamento jurídico, asseverando-lhe legitimidade.

## REFERÊNCIAS

AMORIM, Leticia Balsamão. **A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy.** Esboço e críticas. Revista de Informação Legislativa. Disponível em: <[http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf/pdf\\_165/r165-11.pdf](http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/pdf/pdf_165/r165-11.pdf)>. Acesso em: 12 abr. 2009.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

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

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar.** 7. ed. atualiz. por Mizabel Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BONAVIES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. **Constituição da República do Brasil de 1988.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

\_\_\_\_\_. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart. **A discricionariedade administrativa no estado constitucional de direito.** 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 113.

CARVALHO, Iuri Mattos de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução.** Revista Diálogo Jurídico. n. 16, Bahia, 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

CARRAZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário.** 11. ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

COELHO MOTTA, Carlos Pinto. **Eficácia nas licitações e contratos.** 11. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CRETELLA JR, José. **Revista de Informação Legislativa**. v. 97.7.

CRETELLA JUNIOR, José, **Curso de direito Administrativo**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência e moralidade administrativa**. Curitiba: Juruá, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo administrativo**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 25.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direito público: estudos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro. Saraiva.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Do direito de defesa em inquérito administrativo**. Revista do Direito Administrativo. n. 183, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARQUES, José Frederico. **A garantia do *due process of law* no Direito Tributário**. RDP 5/28.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 130.

\_\_\_\_\_. **A processualidade no direito administrativo**. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 65-66.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Controle externo da administração pública a partir dos princípios constitucionais**: metodologia na decisão de casos concretos. Revista do TCE de Santa Catarina. Ano 3, n. 4, 2005.

PESTANA, Márcio. **Direito administrativo brasileiro**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p. 193.

SANTANA, Marina de Souza. **A permeabilidade das questões de mérito na revisão judicial dos atos administrativos discricionários relativos ao IOF, II, IPI na jurisprudência do STF**. São Paulo: 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo, Malheiros, 1998, p.65.

SUNDFELD, Carlos Ari. **A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados**. Revista de Direito Público n. 75, 119.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Derecho Dúctil**. Madri: Trotta. 1999.