

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**FELIPE GHISLERI MOCELLIN**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS  
DISCRICIONÁRIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA  
JURISDIÇÃO EM UM ESTADO DE DIREITO**

**FLORIANÓPOLIS**

**2011**

**FELIPE GHISLERI MOCELLIN**

**A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS  
DISCRICIONÁRIOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA  
JURISDIÇÃO EM UM ESTADO DE DIREITO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Humberto Pereira Vecchio

FLORIANÓPOLIS

2011

Autor: Felipe Ghisleri Mocellin

Título: A Possibilidade de Controle Judicial dos Atos Administrativos Discricionários à Luz do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em um Estado de Direito

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito aprovado com nota

Florianópolis, SC, 19 de dezembro de 2011.

---

Prof. Dr. Humberto Pereira Vecchio,UFSC

---

Prof. MSc. Renato Lisboa Altemani,UFSC

Autor: Felipe Ghisleri Mocellin

Título: A Possibilidade de Controle Judicial dos Atos Administrativos Discricionários à Luz do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em um Estado de Direito

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovado com nota

Florianópolis, Santa Catarina, 19 de dezembro de 2011.

---

Prof.Dr. Humberto Pereira Vecchio,UFSC

---

Prof. MSc. Renato Lisboa Altemani,UFSC

---

MSc.Alcione Vicente Schmitt

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus pais Almir e Silvia, exemplos de garra e retidão, pelo apoio em todos os momentos.

Aos meus amigos e colegas que conheci durante o curso de Direito, pela amizade e companheirismo.

Aos meus amigos da Advocacia-Geral da União de Florianópolis, pela amizade e aprendizado.

Ao meu orientador, pela paciência e contribuição, bem como aos demais membros da banca, professores e funcionários do Centro de Ciências Jurídicas pelo aprendizado durante esses cinco anos.

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade Federal de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora, bem como o Orientador, de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Florianópolis (SC), 19 de dezembro de 2011.

FELIPE GHISLERI MOCELLIN

**Graduando**

## **RESUMO**

### A Possibilidade de Controle Judicial dos Atos Administrativos Discricionários à Luz do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição em um Estado de Direito

A presente monografia tem por escopo analisar as possibilidades de controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, adentrando nos princípios e poderes da Administração Pública e, posteriormente, confrontando as hipóteses de controle dos atos administrativos discricionários tendo como base o conceito de Estado de Direito e os elementos que o integram, mormente os princípios da Legalidade e da Inafastabilidade da Jurisdição, bem como as teorias concernentes ao tema.

**Palavras- chave:** Administração Pública. Atividade Administrativa. Atos Administrativos. Controle Judicial dos Atos Administrativos. Discricionariedade. Estado de Direito. Legalidade. Inafastabilidade da Jurisdição.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

CF – Constituição Federal

STF– Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

*"A justiça não se enfraquece, quando o poder lhe desatende. O Poder é que se suicida, quando não se curva à Justiça".*

Rui Barbosa

## SUMÁRIO

### **INTRODUÇÃO** 11

### **CAPITULO I - ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA** 13

I. O Conceito de Estado	13
II. A Administração Pública	14
III. A Atividade Administrativa	16
IV. Princípios da Administração Pública	18
IV.1. Princípio da Moralidade	19
IV.2. Princípio da Motivação	20
IV.3. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade	22
IV.4. Princípio da Segurança Jurídica	23
IV.5. Princípio do Controle Judicial	23
IV.6. Princípio da Finalidade	24
V. Poderes Administrativos	25
V.1. Poder Vinculado	27
V.2. Poder Discricionário	27
V.3. Poder Hierárquico	29
V.4. Poder Disciplinar	29
V.5. Poder Normativo e Regulamentar	30
V.6. Poder de Polícia Administrativa	31

### **CAPITULO II - ATOS ADMINISTRATIVOS** 32

I. Atos e fatos jurídicos e atos e fatos administrativos	32
II. Conceito de Ato Administrativo	33
III. Atributos dos Atos Administrativos	35
IV. Elementos dos Atos Administrativos	38
IV.1. Competência ou Sujeito Competente	38

IV.2.Finalidade Pública	39
IV.3.Forma	40
IV.4.Motivo	41
IV.5.Objeto	41
V. Atos Administrativos Vinculados e Discricionários.	42
VI. Revogação e Invalidação dos Atos Administrativos.	44

**CAPITULO III - ESTADO DE DIREITO E CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS** 46

I. Conceito de Estado de Direito	46
I. 1. Legalidade	47
I. 2. Inafastabilidade da Jurisdição	49
II. Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários	50
II. 1.O Mérito dos Atos Administrativos Discricionários	52
II. 2.Motivação e Teoria dos Motivos Determinantes	54
II. 3.Razoabilidade e Proporcionalidade	56
II. 4.Conceitos Jurídicos Indeterminados	59
II. 5.Discricionariezade e Inafastabilidade da Jurisdição	61

**CONCLUSÃO** 63

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	64
----------------------------	----



## INTRODUÇÃO

A característica mais marcante e que diferencia um país livre de um país submetido a um governo arbitrário é a observância de uma série de elementos que integram o conceito de Estado de Direito, que inclui, sobretudo, que todas as ações do poder público sejam regidas por normas previamente estabelecidas e tornadas públicas.

No entanto, mesmo que esse ideal não venha a ser realizado por completo, pela própria natureza e falibilidade humana, o foco da ideia continua, qual seja, o espírito de reduzir tanto quanto possível o arbítrio concedido aos agentes públicos e aos órgãos de controle quando se extravasam em seu poder de coerção.

Assim, a previsibilidade das leis e atos administrativos, decorrente de sua legalidade, são princípios basilares para o funcionamento de qualquer Estado de Direito, de forma a possibilitar que os indivíduos de uma sociedade possam planejar seus fins pessoais com razoável grau de certeza das consequências de seus atos. Da mesma forma, a possibilidade de questionar as leis e atos administrativos perante um terceiro imparcial, o Poder Judiciário, também constitui elemento essencial para garantir a legalidade.

De acordo com a sua Constituição, A República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito, o que pressupõe que as relações na sociedade sejam regidas por lei e não pela vontade arbitrária de nenhum indivíduo ou grupo, mesmo que investidos de algum poder público ou político.

Contudo, o Brasil contém um largo arsenal legislativo, sendo inúmeras as leis e decretos regulamentares, além de diversos órgãos de controle e fiscalização, situação que faz com que a atividade da Administração Pública, embora justificável, muitas vezes perca a objetividade dentre suas atribuições, podendo vir a se tornar arbitrária, ocasionando confusões e injustiças em prejuízo dos administrados.

Destacam-se, nesse sentido, os atos administrativos discricionários, que conferem à Administração Pública avaliar a conveniência e oportunidade na prática de certos atos, cujas margens de incertezas podem ocasionar favoritismos e outras iniquidades.

Dessa forma, como saída cabível, o cidadão é movido a buscar resguardo de seus direitos ante o Poder Judiciário, de forma a render ensejo ao princípio da Inafastabilidade

da Jurisdição, do qual se buscou ressaltar como elemento integrante do conceito de Estado de Direito.

Assim, o presente trabalho propõe a analisar a possibilidade e as hipóteses de controle do ato administrativo discricionário pela via jurisdicional.

O primeiro capítulo trata propriamente da Administração Pública, seu conceito e características, bem como os princípios e poderes que a norteiam, inclusive os impostos pela Constituição Federal.

O segundo capítulo, por sua vez, tem como foco os Atos Administrativos, que são a forma como a Administração Pública manifesta sua vontade, examinando sua definição e características, ressaltando a sua classificação em atos vinculados e discricionários.

O terceiro capítulo, por fim, buscando conceituar a estrutura de um Estado de Direito e seus elementos, propõe a examinar as hipóteses e teorias que permitem o controle judicial dos atos administrativos discricionários, ressaltando, dentre outros, os elementos da Legalidade e da Inafastabilidade da Jurisdição, acrescentando, quando cabível, entendimentos doutrinários e julgamentos dos tribunais acerca do tema.

## CAPITULO I

### ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### I. O conceito de Estado

O Estado pode ser compreendido como um processo político e histórico com experiência em diversos povos do mundo, cujo conceito vem evoluindo desde a antiguidade, a partir da *Polis* grega e da *Civitas* romana.

No que tange ao Direito Administrativo, a doutrina não é pacífica quanto à sua conceituação, oferecendo uma alargada gama de definições.

O conceito de Estado, a depender do enfoque que é dado ao tema, varia, conforme salienta Hely Lopes Meirelles:

“O conceito de Estado varia segundo o ângulo em que é considerado. Do ponto de vista sociológico, é corporação territorial dotada de um poder de mando originário; sob o aspecto político, é comunidade de homens, fixada sobre um território, com potestade superior de ação, de mando e de coerção; sob o prisma constitucional, é pessoa jurídica territorial soberana; na conceituação do nosso Código Civil, é pessoa jurídica de Direito Público Interno (art. 14, I).” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 50)

Já Celso Antonio Bandeira de Mello, de forma concisa, conceitua o Estado como o ente que, por definição, encarna os interesses públicos. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 25)

De qualquer forma, embora o Estado se caracterize como instituição política, cuja atuação produz efeitos externos e internos, este não pode deixar de estar sempre a serviço da coletividade.

Importante ressaltar que o Estado não diz respeito apenas ao Poder Executivo, que é composto pelas atividades governamentais e administrativas, mas também aos Poderes Legislativo e Judiciário, todos com suas estruturas e atividades.

No entanto, para o momento, coloca-se em destaque a face do Estado como corpo atuante da Administração Pública, ou seja, como o sujeito responsável pela execução da atividade administrativa, que também será conceituada adiante.

## II. A Administração Pública

Embora a conceituação da Administração Pública não seja precisa e nem unânime na doutrina, ela pode ser definida como a face do Estado que atua no desempenho da função administrativa, ou seja, no desempenho de serviços e defesa de direitos que atendam ao interesse da coletividade; o interesse público.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles aponta acerca da natureza da Administração Pública, que obriga quem atua em seu nome a sempre cumprir com os preceitos legais e da moral administrativa que regem sua atuação:

“A natureza da administração pública é a de um *múnus público* para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do direito e da moral administrativa que regem a sua atuação.” (MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 74)

Para tanto, consoante dispõe Benjamin Zymler, a Administração Pública pode ser compreendida por meio de seu sentido objetivo, (também denominado material ou funcional) e em seu sentido subjetivo (também denominado formal ou orgânico). (ZYMLER, Benjamin. *Direito Administrativo*. 1. Ed. Brasília: Fortium, 2005, p. 20).

No sentido objetivo, material ou funcional, de acordo com Dirley da Cunha Junior, a Administração Pública corresponde a um conjunto de atividades públicas, com o intuito de realizar os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado:

“No sentido objetivo, material ou funcional, a Administração Pública corresponde a um conjunto de funções ou atividades *públicas*, de caráter essencialmente *administrativo*, consistentes em realizar *concreta, direta e imediatamente* os fins constitucionalmente atribuídos ao Estado”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 29)

E quanto ao sentido subjetivo, formal ou orgânico, o autor conceitua como o conjunto de pessoas jurídicas, órgãos públicos e de agentes públicos que formam a estrutura da Administração:

“No sentido subjetivo, formal ou orgânico, a Administração Pública corresponde a um conjunto de pessoas ou entidades jurídicas (de direito público ou de direito privado), de órgãos públicos e de agentes públicos, que formam o aparelhamento orgânico ou estrutura formal da Administração. Vale dizer, leva em conta o sujeito da Administração”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 29)

Ainda quanto ao sentido objetivo da Administração Pública, José dos Santos Carvalho Filho salienta que a destinatária última da gestão administrativa será sempre a sociedade, não havendo como conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos:

"Trata-se da própria gestão dos interesses públicos executada pelo Estado, seja através da prestação de serviços públicos, seja por sua organização interna, ou ainda pela intervenção no campo privado, algumas vezes até de forma restritiva (poder de polícia). Seja qual for a hipótese da administração da coisa pública, é inafastável a conclusão de que a destinatária última dessa gestão há de ser a própria sociedade, ainda que a atividade beneficie, de forma imediata, o Estado. É que não se pode conceber o destino da função pública que não seja voltado aos indivíduos, com vistas a sua proteção, segurança e bem-estar. Essa é a administração pública, no sentido objetivo" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 20. Ed. Lumen Juris. p. 10)

Maria Silvia Di Pietro, por sua vez, apontando o sentido objetivo e subjetivo, acresce a estes a acepção de Administração Pública em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido amplo, a autora subscreve que a Administração compreende tanto os órgãos governamentais, aos quais cumprem traçar os planos de ação, como também os órgãos administrativos, aos quais cumprem a execução dos planos governamentais:

"Em sentido amplo, a Administração Pública, subjetivamente considerada, compreende tanto os órgãos governamentais, supremos, constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar, como também os órgãos administrativos, subordinados, dependentes (Administração Pública, em sentido estrito), aos quais incumbe executar os planos governamentais; ainda em sentido amplo, porém objetivamente considerada, a administração pública compreende a função política, que traça diretrizes governamentais e a função administrativa, que as executa;" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 54)

E em sentido estrito, a autora qualifica a Administração Pública como a função administrativa, excluindo-se os órgãos governamentais e a função política:

"Em sentido estrito, a administração pública compreende, sob o aspecto subjetivo, apenas a função administrativa, excluídos, no primeiro caso, os órgãos governamentais e, no segundo, a função política". (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 54)

Odete Medauar, por outro lado, aborda a Administração Pública levando em conta o seu sentido *funcional* e *organizacional*.

Para a autora, a Administração Pública em sentido funcional significa o conjunto de atividades do Estado que auxiliam as instituições de cúpula no exercício das funções de governo, organizando a realização das finalidades públicas e que produzem

serviços, bens e utilidades para a população. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 46.)

E quanto à Administração Pública em sentido organizacional, a autora conceitua como o conjunto de órgãos e entes estatais que produzem serviços, bens e utilidades para a população, coadjuvando as instituições políticas de cúpula no exercício das funções de governo, citando como exemplos, os ministérios, secretarias e departamentos. (MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002, p. 46.)

Feitas essas considerações acerca do conceito de Administração Pública, cabe focar na sua atividade que é desenvolvida.

### **III. A Atividade Administrativa**

O conceito de Administração Pública, como exposto, é associado ao desempenho da atividade administrativa do Estado.

A atividade administrativa, por seu turno, segundo Diogenes Gasparini, é a gestão, nos termos da lei e da moralidade administrativa, de bens, interesses e serviços públicos visando o bem comum. (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 56)

Ressaltando a sua atuação infra legal e de cumprimento das atividades coletivas, a atividade administrativa, para Marçal Justen Filho, consiste em

“[...] um conjunto de ações dirigidas à satisfação de necessidades coletivas e à promoção dos direitos fundamentais, que se desenvolve sob a égide do princípio da legalidade. Numa democracia republicana, a atividade administrativa não pode ser compreendida senão como atuação infra legal.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006)

A partir dessas definições, é possível destacar a atividade administrativa como atividade jurídica, traçando seu conceito, natureza e princípios básicos.

Hely Lopes Meirelles ressalta que a atividade administrativa é concreta, para diferenciá-la da atividade abstrata do Estado, exercida pelo poder Legislativo, que é elaborar leis. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 38).

Perscrutando esse caminho, prossegue Cunha Junior, apontando que a atividade administrativa é concreta no sentido que executa a lei, e direta para distingui-la de outras atividades do Estado, como criar leis e exercer a função jurisdicional:

“Assim, a atividade administrativa é *concreta* no sentido que *executa*, de ofício, a lei. É, ainda, *direta* para distingui-la da atividade indireta do Estado, desempenhada pelo Judiciário, que, como um terceiro desinteressado e substituindo-se as partes, compõem, nos casos concretos, os conflitos de interesses.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 29)

Mas a respeito da natureza da atividade administrativa, o autor adverte que esta não se resume aos serviços públicos, eis que compreende também o exercício do poder de polícia administrativa, as atividades de fomento e de intervenção:

“Adverta-se, porém, que a função ou atividade administrativa não se resume a serviços públicos, como fazem crer alguns autores. Ela compreende, hodiernamente, no mais das vezes, a prestação de serviços públicos, o exercício do poder de polícia administrativa, a atividade de fomento e a atividade de intervenção (...)” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, p. 31).

Ainda, o autor observa que seria melhor conceituar a atividade administrativa por exclusão, eis que com o crescimento das finalidades do Estado, torna-se difícil identificar as funções administrativas:

“(...) por vezes revela-se difícil identificar as funções ou atividades administrativas. Por essa razão, talvez seja melhor conceituar a administração pública, sob o ângulo funcional, de *forma remanescente* ou *por exclusão*, como o conjunto de funções ou atividades públicas que não correspondam às legislativas e jurisdicionais. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 32).

Dessa feita, ressalta-se, assim, a posição de que a atividade administrativa corresponde à face do Estado responsável pela execução das atividades visando à satisfação das necessidades coletivas que não correspondam às atividades legislativas e jurisdicionais.

No entanto, Diogenes Gasparini lembra que toda atividade administrativa está consubstanciada, sobretudo, nos cinco princípios constitucionais explícitos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal:

“Os princípios nucleares da atividade administrativa estão consubstanciados em cinco regras de observância permanente e obrigatória. São os princípios da *legalidade*, da *moralidade*, da *finalidade*, da *publicidade* e da *eficiência*(...).” (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57)

E ressalta o autor que, além de tais princípios servirem de fundamento à atividade administrativa, se desvirtuados, podem dar ensejo à sua ilegitimidade:

“Devem estar presentes, pois servem de pauta, de fundamento da atividade administrativa. Se relegados ou desvirtuados, quando da gestão dos negócios públicos, farão fenecer, por ilegítima, a atividade administrativa. Devem nortear, portanto, toda a função administrativa. A própria Constituição Federal (art. 37 *caput*) encarrega-se de elencar alguns como de observância obrigatória pela Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados-Membros, dos Municípios e do Distrito Federal no desempenho de atividade administrativa ou função administrativa.” (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 57)

Assim, além da estrita observância aos princípios constitucionais constantes no art. 37 da Constituição Federal, o regular exercício da atividade administrativa implica também na observância de outros princípios administrativos, merecendo serem tecidas algumas considerações a respeito de alguns deles.

#### **IV. Princípios da Administração Pública**

A respeito dos princípios administrativos, a doutrina é quase uníssona em elencar dois princípios fundamentais que inauguram todo o campo de atuação da Administração Pública: o princípio da *supremacia do interesse público sobre o particular* e o princípio da *indisponibilidade do interesse público*.

Celso Antonio Bandeira de Mello ensina que a supremacia do interesse público sobre o particular é “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerado em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 23)

Assim, dessa definição, extrai-se que a supremacia do interesse público sobre o particular não se confunde com o interesse do Estado ou da máquina administrativa, mas que possui único e exclusivo comprometimento com os indivíduos e com a coletividade.

Segundo Marçal Justen Filho,

“[...] a supremacia do interesse público significa sua superioridade sobre os demais interesses existentes na sociedade. Os interesses privados não podem prevalecer sobre o interesse público. A indisponibilidade indica a impossibilidade de sacrifício ou transigência quanto ao interesse público, e é em decorrência de sua supremacia.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005)

Quanto ao princípio da indisponibilidade do interesse público, José dos Santos Carvalho Filho explica que os bens e interesses públicos não pertencem à

Administração e nem a seus agentes, cabendo-lhes tão somente geri-los, conservá-los e zelá-los em prol da coletividade:

“A Administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. Por essa razão é que os bens públicos só podem ser alienados na forma em que a lei dispuser. Da mesma forma, os contratos administrativos reclamam, como regra, que se realize licitação para encontrar quem possa executar obras e serviços de modo mais vantajoso para a Administração”. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 37)

Além destes dois princípios fundantes de Direito Administrativo e dos princípios constitucionais insertos no art. 37 da Carta Magna, Celso Antonio Bandeira de Mello elenca outros princípios que regem a atividade da Administração Pública, quais sejam: o princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade, o princípio da motivação, o princípio do devido processo legal, o princípio da ampla defesa, o princípio da segurança jurídica, o princípio do controle judicial dos atos administrativos e o princípio da responsabilidade do Estado pelos atos administrativos. (MELLO, Celso Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 86)

Em razão do aspecto de maior relevância para este trabalho, qual seja, a avaliação da possibilidade de controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, cumpre ressaltar para o momento apenas os princípios mais pertinentes ao tema.

Assim, na sequência, serão traçados conceitos acerca dos princípios da moralidade, da motivação, da razoabilidade e proporcionalidade, da segurança jurídica, princípio do controle judicial e da finalidade.

#### **IV. 1. Princípio da Moralidade**

A Constituição Federal de 1988 exaltou a moralidade jurídico-administrativa como importante princípio norteador da Administração Pública. Sua origem remonta à antiga Roma, a partir da máxima de que nem tudo que é legal é honesto.

No Brasil, este princípio foi elencado pela primeira vez por Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em 1974, em que se defendeu que, por sua natureza obrigatória, poderia ser controlável judicialmente.

Segundo o autor, mesmo que as atividades administrativas sejam desempenhadas com fundamentos legais, não se justificam quanto motivadas por outras

razões que não encontram garantia no interesse público. Assim, a lisura e a exação seriam medidas obrigatórias nas práticas administrativas. (FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 18-22 e 186)

Hely Lopes Meirelles, mencionando o jurista francês Maurice Hauriou, sintetizador do princípio da moralidade administrativa, oferece uma valiosa lição acerca deste princípio:

“Não se trata – diz Hauriou, o sistematizador de tal conceito – da moral *comum*, mas sim, uma moral jurídica, entendida como o “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o importuno, mas também entre o honesto e o desonesto. Por considerações de Direito e da moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente às lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: “non omne quod licet honestum est””.(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 1991,p. 84)

E analisando o estudo de Henri Welter, o mestre pátrio frisa que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum:

“[...] Welter insiste que “a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum; ela é composta por regras de boa administração, ou seja, pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o Bem e o Mal, mas também pela ideia geral de administração e pela ideia de função administrativa””(MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 84)

Assim, a moralidade do ato administrativo, juntamente com a sua legalidade e finalidade, constitui pressuposto de validade de toda atividade da Administração Pública, sem os quais esta seria ilegítima.

#### **IV. 2. Princípio da Motivação**

O princípio da motivação consiste na exigência de que todos os atos e decisões da Administração Pública sejam fundamentados, ou seja, que se apresentem os motivos que ensejaram a sua prática.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da motivação implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por

existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para ferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de fundamento. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 102)

Contudo, *motivação* não se confunde com o *motivo* do ato administrativo.

Motivo é um dos elementos do ato que consiste na situação de fato ou de direito que determina a sua edição, enquanto que a motivação é a revelação ou exteriorização formal do motivo, integrando a própria forma do ato administrativo.

Em um Estado Democrático de Direito, Dirley da Cunha Junior explica que não se concebe ato administrativo sem motivação, sendo que tal princípio encontra-se expresso na Constituição para as decisões judiciais e administrativas. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 51)

Celso Antonio Bandeira de Mello, ainda, esclarece que a motivação

“[...] deve ser prévia ou contemporânea à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para a interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de atuar da apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídica em causa, é imperiosa a motivação detalhada.”(MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004, p. 102)

Assim, tem-se que a Administração Pública deve fundamentar todos os atos que expede e revelar os motivos que ensejaram a sua atuação.

Contudo, Cunha Junior aponta os casos em que a própria Constituição abre exceções ao princípio da motivação, como

“[...] os cargos em comissão, por exemplo, são de livre nomeação e exoneração, ou seja, o ato de exoneração do servidor público de um cargo em comissão ou de uma função administrativa não precisa ser motivado. Entretanto, se o administrador motiva qualquer destes atos, ele estará vinculado ao motivo, em face da aplicação da *teoria dos motivos determinantes*.”(CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 29)

Embora existam exceções à motivação, ressalta o autor que, de acordo com a teoria dos motivos determinantes, uma vez motivado o ato pela Administração e inexistindo os motivos alegados, expõe-se o ato à invalidação. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 29)

Referida teoria aduz que, embora seja permitido à Administração atuar discricionariamente, nos limites da lei, se esta motivar o ato, se vincula aos motivos alegados, podendo o particular que se sentir lesado, refutando os motivos, buscar a invalidação do ato administrativo. Esta teoria será objeto de melhor atenção quando adentrarmos no estudo do controle judicial sobre os atos administrativos.

#### **IV. 3. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade**

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade não se extraem explicitamente da Constituição. Na verdade, sua aceção como princípio administrativo é implícita, além de que se aplicam a vários ramos da ciência jurídica.

Alguns autores concebem o princípio da proporcionalidade como uma derivação do princípio da razoabilidade, como Celso Antonio Bandeira de Mello e Diogenes Gasparini. Também é comum diversos autores, bem como a jurisprudência, tratarem razoabilidade e proporcionalidade como um princípio único, empregando-os como sinônimos.

Contudo, Odete Medauar, por exemplo, faz a diferenciação entre os dois, tomando o princípio da razoabilidade como "a qualidade dos valores buscados na conduta administrativa para a concretização do interesse público específico", distinguindo-o do princípio da proporcionalidade, do qual "se relaciona com a conformidade entre os meios utilizados e o fim visado pela conduta administrativa". (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. p. 97)

Contudo, é certo que tais princípios se aproximam em seu teor e aplicabilidade, de forma que o estudo conjunto é medida mais adequada.

A razoabilidade permite verificar se as condutas da Administração Pública que fogem aos seus limites são ilegais. Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello reputa como ilegais as condutas:

“[...] desarrazoadas, bizarras, incoerentes ou praticadas com descon siderações às situações e circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse atributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da discricão manejada”. (MELLO, Celso Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 99)

Consoante o acima definido, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade guardam conformidade com a maneira pela qual devem ser alcançados os fins da lei, sob pena de, extravasando a Administração Pública em sua discricionariedade, o ato poder ser anulado pelo Poder Judiciário, conforme será mais bem tratado no momento adequado.

#### **IV. 4. Princípio da Segurança Jurídica**

O princípio da segurança jurídica consagra-se com outros princípios, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a irretroatividade da lei, entre outros, garantindo as relações jurídicas do passado e do futuro.

A importância de a Administração Pública respeitar tal princípio é fundamental para que os administrados possam prever os atos administrativos, bem como planejar seus fins pessoais com segurança.

Para Dirley da Cunha Junior, o princípio da segurança jurídica enaltece a ideia de proteger o passado (relações jurídicas já consolidadas) e tornar o futuro previsível, de modo a não infligir surpresas desagradáveis ao administrado. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 55)

Ainda, ressalta o autor que a Lei nº 9.784/99, no art. 2º, caput, também prevê a segurança jurídica como princípio da Administração Pública.

#### **IV. 5. Princípio do Controle Judicial**

O controle judicial, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho, é exercido pelo poder Judiciário com base em sua função constitucional de apreciador de constitucionalidade e legalidade de atos e normas jurídicas, fiscalizando, dessa maneira, a atividade administrativa exercida pelo poder Executivo, pelo poder Legislativo, pelo Ministério Público, e pelo próprio poder Judiciário. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. Páginas 895 a 898)

O princípio do controle judicial da Administração Pública, mais propriamente, consiste no postulado de que todo ato da atividade administrativa, independentemente do grau de liberdade conferido pela lei para sua edição, está sujeito ao controle de legitimidade pelo Poder Judiciário.

Nesse sentido, Paulo Magalhães da Costa realça que a atividade administrativa submete-se integralmente à jurisdição:

“A atividade administrativa, portanto, submete-se integralmente à jurisdição, a quem cabe solucionar soberanamente os litígios que envolvam a Administração, suas diversas esferas e o administrado”. (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 63).

Tal princípio ressalta a vigência no direito brasileiro do sistema de *jurisdição única* ou *sistema inglês* de controle judicial, ao contrário do sistema de *contencioso administrativo* ou *sistema francês da dualidade da jurisdição*.

Assim, tem-se que todo ato administrativo, proveniente de qualquer aspecto da atividade administrativa, pode ser levado ao exame de legitimidade perante o Poder Judiciário.

#### **IV. 6. Princípio da Finalidade**

Toda atividade administrativa desenvolvida pela Administração Pública tem apenas um objetivo: atender a finalidades públicas elencadas na lei, satisfazendo, em caráter geral e especial, os interesses da coletividade.

Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece que o princípio da finalidade impõe ao administrador o dever de atuar de forma rigorosa, para buscar não apenas a finalidade pública que é própria de todas as leis, mas também a finalidade que é específica da lei que esteja dando execução:

“[...] a finalidade impõe que o administrador, ao manejar as competências postas a seu encargo, atue com rigorosa obediência à finalidade própria de todas as leis, que é o interesse público, mas também à finalidade específica abrigada na lei a que esteja dando execução. Assim, há desvio de poder e, em consequência, nulidade do ato, por violação de finalidade legal, tanto nos casos em que a atuação administrativa é estranha a qualquer finalidade pública quanto naqueles em que o fim perseguido, se bem que de interesse público, não é o fim preciso que a lei assinalava para tal ato”. (MELLO, Celso Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo, Malheiros, 2004, p. 78)

Dessa forma, se a função administrativa desviar de sua finalidade pública, buscando atender fins estranhos aos coletivos impostos pela lei, a invalidade do ato é medida que se impõe.

Albergados os princípios mais relevantes para o desenvolvimento do tema deste trabalho, cabe ressaltar outros fundamentos em que a Administração Pública apoia sua função administrativa, quais sejam: os poderes administrativos.

## V. Poderes Administrativos

Viu-se que a Administração Pública corresponde à face do Estado incumbida da gestão dos interesses públicos e da satisfação concreta e imediata das necessidades básicas da coletividade.

No entanto, para que essas necessidades possam ser satisfatoriamente adimplidas, além da vinculação aos princípios de Direito Administrativo, a Administração Pública dispõe de certos meios e instrumentos para o manejo de suas atividades, denominados *poderes administrativos* ou poderes da Administração.

Nesse sentido, Cunha Junior esclarece que os poderes da Administração são instrumentos de trabalho com os quais os agentes, órgãos e entidades administrativas desenvolvem suas obrigações legais:

“Os poderes da Administração são os meios ou instrumentos através dos quais os sujeitos da Administração Pública (as entidades administrativas, os órgãos e os agentes públicos) exercem a atividade administrativa na gestão dos interesses coletivos. São verdadeiros instrumentos de trabalho com os quais os agentes, órgãos e entidades administrativas desenvolvem as suas tarefas e cumprem os seus deveres funcionais”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 32).

Hely Lopes Meirelles, por sua vez, define que os “poderes e deveres do administrador público são expressos em lei, impostos pela moral administrativa e exigidos pelo interesse da coletividade” e destaca que cada agente administrativo é investido da necessária parcela de poder público para o desempenho de suas atribuições, o qual somente deve ser utilizado nestas situações, sob pena de caracterizar abuso de poder. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 84).

Contudo, no que tange à terminologia “poder”, bem adverte Celso Antônio Bandeira de Mello, esclarecendo que o entendimento equivocado desse termo pode dar margem a distorções, pois

“[...] ao serem sublinhados os aspectos expressivos de autoridade, é possível supor que os atos administrativos são, acima de tudo, atos expressivos de poder”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2004, p. 39).

E reforça o autor, ressaltando que a função administrativa só será legítima se buscar atender aos interesses da coletividade:

“Quem exerce “função administrativa” está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados Democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2004, pg. 39)”

Dessa forma, tendo em vista a vinculação dos poderes administrativos às finalidades instituídas no interesse de todos, o autor passa a sugerir a denominação “*dever-poder*”:

“Tendo em vista este caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder -, as prerrogativas da administração não devem ser vistas ou denominadas como “poderes” ou como “poderes-deveres”. Antes se qualificam e melhor se designam como “deveres-poderes”, pois nisto se resulta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações. (MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 17. Ed. São Paulo: Ed Malheiros, 2004, pg. 39)”

O poder administrativo, nesse passo, é atribuído à autoridade pública para remover interesses particulares que se opõem ao interesse público, sendo que, nessas condições, o *poder* de agir se converte em *dever* de agir.

Assim conceituados, os poderes administrativos variam consoante a atividade ou tarefa a ser desenvolvida:

Na definição de Cunha Junior, a depender da liberdade de atuação, o poder poderá ser *vinculado* ou *discricionário*. Em razão da capacidade de ordenação, será o *poder hierárquico*. Já em função da possibilidade de apurar as infrações administrativas e punir seus responsáveis, teremos o *poder disciplinar*. Em face da capacidade de regulamentar as atividades internas e explicar o conteúdo das leis, subsiste o *poder normativo*, destacando-se o

*poder regulamentar*. Ante a prerrogativa de condicionar e restringir o exercício das liberdades individuais e o uso, gozo e disposição da propriedade, surge o *poder de polícia administrativa*, que não se confunde com a polícia de segurança pública. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 60)

Nessa senda, é importante traçar os conceitos a respeito das modalidades de poderes administrativos que a Administração Pública dispõe para o adimplemento de suas funções.

#### **IV. 1. Poder Vinculado**

A classificação dos poderes administrativos em vinculados ou discricionários tem como critério a existência ou inexistência ou o maior ou menor grau da liberdade deferida à Administração Pública para a prática de seus atos.

Segundo Paulo Magalhães da Costa Coelho, o poder vinculado pode, singelamente, ser conceituado como aquele conferido pela lei à Administração Pública para a prática de atos administrativos, determinando, todavia, prévia e objetivamente, os requisitos necessários a sua formalização. (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 63).

E para Dirley da Cunha Junior:

“Em face desse poder, os sujeitos da Administração desempenham uma competência vinculada, que consiste na atribuição de expedir atos vinculados ou regrados. Estes atos vinculados são aqueles cujos elementos vêm previamente estabelecidos na lei, não havendo liberdade da Administração Pública quanto à apreciação de aspectos relacionados à oportunidade e conveniência, cumprindo a ela tão-somente editá-los.”(CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 60)

Assim, o poder vinculado se caracteriza por não conferir margem de discricionariedade na prática dos atos da Administração Pública: uma vez existente os motivos ensejadores do ato, deverá este ser praticado.

## IV. 2. Poder Discricionário

O poder discricionário, por seu turno, é a faculdade que possui a Administração Pública para que, em determinada situação, possa escolher uma entre várias soluções juridicamente possíveis.

Paulo Magalhães da Costa Coelho ressalta o maior grau de liberdade e conveniência do poder discricionário por intermédio de seus atos:

“O poder discricionário, por sua vez, em contraposição ao poder vinculado, é aquele deferido à Administração Pública para a prática de atos administrativos, com certo grau de liberdade de escolha em sua conveniência e oportunidade.

Haveria nessa esfera de poder maior grau de liberdade na escolha do conteúdo do ato e de sua conveniência ou oportunidade”.(COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 64)

Celso Antonio Bandeira de Mello, por sua vez, identifica o poder discricionário como o encontrado em atos em que a Administração Pública atua com certa margem de avaliação ou decisão:

“[...]que a Administração Pública pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão, segundo critérios de conveniência ou oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora de expedição deles”(MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 383)

Mas Paulo Magalhães da Costa Coelho adverte que, para a legitimidade na prática do ato discricionário, este deve se vincular e nem se contrapor aos princípios constitucionais:

“[...]o ato administrativo discricionário só se legitima se prestigiar e não se contrapor aos princípios constitucionais da Administração Pública, a saber, a legalidade, igualdade, moralidade, publicidade, finalidade, proporcionalidade e razoabilidade, dentre outros”. (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 65)

Assim, tem-se que o poder discricionário reflete a faculdade de que detém a Administração Pública para que, junto a determinada situação, escolha entre as várias soluções juridicamente possíveis e admitidas, com base em critérios de conveniência e oportunidade.

Contudo, tal temática será mais bem tratada nos capítulos que se seguem, nas hipóteses de controle dos atos administrativos, bastando, por ora, referidas noções acerca do *poder discricionário*.

### IV.3. Poder Hierárquico

O poder hierárquico consubstancia o chamado “princípio da hierarquia” denominado por Diógenes Gasparini, entendido como a estruturação da Administração Pública compreendida como a instituição dos órgãos encarregados de certas e determinadas atribuições, que é relação de subordinação existente entre os órgãos públicos com a competência administrativa. (GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008,p. 53)

Segundo Cunha Junior, o poder hierárquico é aquele que confere à Administração Pública a capacidade de ordenar, coordenar, controlar e corrigir as atividades administrativas no âmbito interno da Administração. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 64)

No entanto, tal poder é exercido como verdadeiro dever da Administração Pública, conforme aponta Paulo Magalhães da Costa Coelho:

“[...] o poder hierárquico se exerce em razão do dever da Administração Pública de organizar, coordenar e controlar os serviços e atividades administrativas”.(COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 66)

Desse modo, o poder hierárquico significa que sejam estabelecidas entre as atividades administrativas relações de subordinação, ocasionando para os agentes públicos subalternos o dever de obediência às ordens e instruções legais superiores, desde que, evidentemente, estejam em conformidade com a lei.

### IV.4. Poder Disciplinar

Consoante dispõe Maria Sylvia Di Pietro, poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa, como é o caso das que com ela contratam. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 90)

No entanto, a autora alerta que o poder disciplinar não abrange as sanções impostas a particulares não sujeitos à disciplina interna da Administração, porque, como

ressalta, as medidas punitivas encontram seu fundamento no poder de polícia do Estado (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13 Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 90)

Assim, através do poder disciplinar, o Estado exerce as funções por intermédio de seus servidores, que a ele se vinculam debaixo de um determinado regime jurídico, tendo em vista a supremacia que aquele detém sobre estes, podendo aplicar penalidades e corrigir seus desempenhos.

#### IV. 5. Poder Normativo e Regulamentar

O poder normativo e regulamentar visa explicar e esclarecer a execução das leis ou disciplinar matéria legal e se exerce por meio de regulamentos, que são atos administrativos normativos, gerais e abstratos.

José dos Santos Carvalho Filho explica que ao editar leis, o Poder Legislativo nem sempre possibilita que estas sejam executadas, cumprindo, então, à Administração Pública criar os mecanismos de complementação das leis indispensáveis a sua efetiva aplicabilidade, sendo essa a base do poder regulamentar. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49)

E define o autor:

“Poder regulamentar, portanto, é a prerrogativa conferida à Administração Pública de editar atos gerais para complementar as leis e permitir a sua efetiva aplicação”.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49).

Contudo, o autor registra que há limites para o poder regulamentar da Administração Pública, sendo que a sua atuação não poderá exorbitar dos limites da lei:

“A prerrogativa, registre-se, é apenas para **complementar** a lei; não pode, pois, a Administração **alterá-la** a pretexto de estar regulamentando. Se o fizer, cometerá **abuso de poder**, invadindo a competência do Legislativo. Por essa razão, o art. 49, V, da CF, autoriza o Congresso Nacional a sustar atos normativos que extrapolem os limites do poder de regulamentação.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49).

E salienta o autor que, dessa forma, ao desempenhar o poder regulamentar, a Administração exerce a inegável função normativa, porquanto expede normas de caráter geral

e com grau de abstração e impessoalidade, malgrado tenham elas fundamento de validade na lei. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49).

#### **IV.6. Poder de Polícia Administrativa**

O poder de polícia é o poder que a Administração Pública possui de limitar o exercício de direitos individuais de particulares visando adequá-los ao convívio da coletividade.

Nessa senda, Hely Lopes Meirelles frisa que o poder de polícia é a

“[...] faculdade que dispõe o Estado de condicionar e restringir os bens, as atividades e os direitos individuais, visando a ajustá-los aos interesses da coletividade.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 127)

No mesmo sentido, Toschio Mukai conceitua o poder de polícia como

“[...] uma faculdade, inerente à Administração Pública, que está detém, para disciplinar e restringir as atividades, o uso e gozo de bens e direitos, bem assim as liberdades dos administrados, em benefício da coletividade.” (MUKAI, Toschio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 89)

No entanto, Dirley da Cunha Junior adverte que, longe de ser uma faculdade, o poder de polícia é um dever e uma atribuição da Administração Pública, da qual ela não pode renunciar nem transigir. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 72)

Sua atuação, ainda, terá que respeitar rigorosamente os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, sob pena de caracterização de abuso de poder.

Feita a menção dos princípios e poderes que norteiam a Administração Pública, passa-se ao estudo da forma como ela se manifesta em concreto: através dos atos administrativos.

## CAPITULO II

### ATOS ADMINISTRATIVOS

#### I. Atos e fatos jurídicos e atos e fatos administrativos

Os acontecimentos que nos cercam, sejam quaisquer deles, como a pintura de uma tela, a compra de um livro, um nascimento, uma viagem, são todos fatos comuns de nosso dia-a-dia. Ocorre que determinados fatos apresentam relevância para o Direito, ou seja, alguns têm o condão de proporcionar ou resultar em determinados fatos jurídicos.

Da mesma forma, determinados fatos jurídicos ocasionam efeitos na seara do Direito Administrativo: são eles fatos administrativos.

Acerca do tema, Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que:

“O direito civil faz distinção entre **ato** e **fato**; o primeiro é imputável ao homem; o segundo decorre de acontecimentos naturais, que independem do homem ou que dele dependem apenas indiretamente.

Quando o fato corresponde à descrição contida na norma legal, ele é chamado **fato jurídico** e produz efeitos no mundo do direito. Quando o fato descrito na norma legal produz efeitos no campo do direito administrativo, ele é um **fato administrativo**, como ocorre com a morte de um funcionário, que produz a vacância de seu cargo; com o decurso do tempo, que produz a prescrição administrativa.”(DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 175)

Assim, importante distinguir *ato administrativo* de *fato administrativo*.

Sobre o primeiro, Dirley da Cunha Junior informa que

“[...] o ato administrativo é, indubitavelmente, um **ato jurídico**, tendo em vista que se trata de uma declaração de vontade do Estado destinada a produzir efeitos jurídicos. Sendo ato jurídico, faz parte do gênero fato jurídico.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 85)

E nesse sentido, realça Paulo Magalhães da Costa Coelho, elencando os atos administrativos como espécie dos atos jurídicos:

“Os atos jurídicos são o gênero do qual os atos administrativos são espécie, possuindo identificação de elementos estruturais, embora possuam qualificações especiais. O ato administrativo, portanto, é um ato jurídico, já que se trata de declaração ou de enunciado que produz efeitos jurídicos”. (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137)

E continua Cunha Junior, a respeito de fato jurídico, ressaltando a possibilidade de ser um evento material ou uma conduta humana voluntária ou involuntária que gere efeitos jurídicos:

“Fato jurídico, por outro lado, é qualquer acontecimento a que o direito imputa efeitos jurídicos. O fato jurídico, portanto, pode ser um evento material ou uma conduta humana voluntária ou involuntária, preordenada ou não, que interfere na ordem jurídica. Basta que o sistema normativo lhe atribua efeitos de direito para qualificar-se como um fato jurídico.”(CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 85)

Em sequência, Themístocles Brandão Cavalcanti acrescenta a noção de fato administrativo, ressaltando-o como um acontecimento verificado sem a manifestação imediata de vontade:

"[...] fato administrativo é uma ocorrência na esfera administrativa, que não pressupõe a manifestação da vontade, antes constitui um acontecimento verificado sem essa participação, pelo menos imediata." (CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Teoria dos Atos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 39)

O ato jurídico é, nessa senda, uma declaração de vontade, um enunciado, uma prescrição. É uma pronúncia sobre certa coisa ou situação, dizendo como ela deverá ser realizada. Fatos jurídicos, por sua vez, não são declarações. São acontecimentos sem caráter prescritivo ao qual o Direito atribui consequências jurídicas.

A Administração Pública produz não apenas atos jurídicos, mas também fatos jurídicos, de forma que seja necessário separar os atos administrativos (atos jurídicos por meio dos quais a Administração exprime uma declaração de natureza constitutiva, declaratória, enunciativa, modificativa ou extintiva) dos fatos administrativos (que são fatos jurídicos por via dos quais a Administração realiza ou executa materialmente alguma coisa).

Feita essas breves ilações acerca de ato e fato jurídico, bem como de fato e ato administrativo, passa-se, então, a conceituar propriamente o *ato administrativo*.

## II. Conceito de Ato Administrativo

O Estado, para exprimir sua vontade, que é a vontade da lei, vale-se de diversos atos jurídicos. No entanto, quando essa vontade é expressa em razão do exercício de uma função administrativa, com o manejo de prerrogativas públicas, o Estado edita uma espécie de ato jurídico designado como ato administrativo.

Nesse sentido, conforme define Cunha Junior:

“[...] cuida-se o ato administrativo de um ato jurídico por meio do qual os agentes públicos, no desempenho de uma determinada função administrativa, exteriorizam, com observância das normas legais, com certa forma e autoridade, o querer do Estado, consistente em, juridicamente, criar, reconhecer, enunciar, modificar e extinguir vantagens ou impor obrigações.”(CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 87)

No entanto, a legislação brasileira não conceitua *ato administrativo*, não havendo, também, uma uniformização de conceitos entre os administrativistas pátrios.

Sobre tal circunstância, pondera Celso Antonio Bandeira de Mello, onde ressalta que não há necessidade lógica de coincidência entre as posições e opiniões acerca do conceito de ato administrativo:

“De fato, nada há que obrigue, do ponto de vista lógico, a uma coincidência de opiniões sobre a qualidade ou o número dos traços de afinidade que devam ser compartilhados pelos atos designáveis por tal nome; isto é: pelo nome “ato administrativo””.(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 337)

E para o autor, a definição do instituto condiz com:

“[...] a declaração do Estado (ou de quem lhe faça às vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei, a título de lhe dar cumprimento, sujeito a controle de legitimidade por órgão jurisdicional”(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 337)

Lúcia Valle Figueiredo, por sua vez, afirma que o conceito de ato administrativo é amplo, sendo que para se chegar a um conceito estrito seria necessário acrescentar as características de concreção e unilateralidade, afastando, respectivamente, os atos abstratos e os atos bilaterais. (FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. atual.amp. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 160-161)

Assim, em sentido estrito, os atos administrativos são as declarações *unilaterais* do Estado de efeitos *concretos*.

Abordando essas características, Hely Lopes Meirelles conceitua que o 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 seus administrados ou a si própria.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147)

Já Marçal Justen Filho, avaliando a definição de ato administrativo usada pelo mestre Hely Lopes, prefere uma definição mais condizente com o funcionamento material da Administração Pública. Acrescenta o autor:

“Essa é uma definição influenciada pelo direito privado, que resulta da adaptação da definição contida no então vigente Código Civil para o ato jurídico em geral. Embora tenha suas virtudes, a definição deixa de apanhar alguns aspectos muito relevantes do conceito de ato administrativo.

Prefere-se, então, a seguinte definição:

*“Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa.”* (JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 191)

No entanto, isso não significa que os atos normativos não se qualifiquem como atos administrativos em sentido amplo, sendo, ainda, atos administrativos emanados do exercício de um dos poderes da Administração; o poder normativo, conforme já tratado.

Nesse sentido, a título de acréscimo, Diogo de Figueiredo Moreira Neto elucidada que o ato emanado do Estado não se reduz às manifestações de vontade concretas, sendo necessário estendê-lo também às manifestações de vontade abstratas, para compreender todos os atos normativos do poder público, ficando excluídas, apenas, as atividades formalmente legislativas. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002, p. 132).

Contudo, o foco de estudo deste trabalho são os atos de efeitos concretos. Uma vez concluído que *ato administrativo* é espécie de ato jurídico submetido a regime jurídico de direito administrativo, possuindo atributos e elementos característicos, passa-se a defini-los.

### **III. Atributos dos Atos Administrativos**

Os atributos dos atos administrativos são características que os diferenciam dos atos meramente privados; são prerrogativas excepcionais que o ordenamento jurídico os concede, a fim de permitir que o poder público exerça as suas funções.

Tais atributos decorrem da posição de supremacia da Administração Pública frente aos administrados e são qualidades necessárias às declarações do Estado para que este exerça com eficiência a atividade administrativa, conforme afirma Cunha Junior. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 90)

A doutrina administrativista elenca como atributos do ato administrativo:

- a) presunção de legitimidade ou veracidade;
- b) imperatividade;
- c) exigibilidade;
- d) executoriedade (ou auto-executoriedade)
- e) tipicidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que *a presunção de legitimidade* dos atos administrativos diz respeito à conformidade destes com a lei; e a presunção de veracidade, que tange aos fatos, os quais alegados pela Administração Pública são tidos como verdadeiros até prova em contrário.

Assim, em favor dos atos administrativos existe uma presunção *juris tantum* de legitimidade, o que implica na produção de efeitos do ato até que seja decretada sua invalidade. Além disso, cabe àquele que alega a existência de vício em relação ao ato administrativo fazer a prova do alegado. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 191)

No entanto, isso não significa que a motivação do ato seja dispensada.

Quanto ao atributo da *imperatividade*, Maria Silvia Di Pietro define como o que permite que os atos administrativos se imponham a terceiros, independentemente de sua concordância. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 184)

E a doutrinadora ainda distingue o aspecto da *imperatividade* do aspecto dos atos de direito privado, ressaltando que aquele cria direitos sem a concordância de terceiros:

“A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato de direito privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 185)

Assim, a *imperatividade* consiste na qualidade de que dispõe o ato administrativo de impor obrigações ao administrado independentemente da aquiescência deste, podendo a Administração constitui-lo unilateralmente em obrigações, mesmo que não concorde.

Quanto ao atributo da *exigibilidade*, Cunha Junior refere-o como a qualidade da Administração Pública exigir as obrigações que ela impôs aos administrados de forma unilateral, sob pena de lhe infligir multa ou outras penalidades administrativas em caso de descumprimento. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 91)

Por sua vez, a *executoriedade* ou *auto-executoriedade*, de acordo com Toshio Mukai, consiste na possibilidade de a Administração executar determinados atos sem que seja necessária autorização para que se obrigue a execução do ato. (MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 213)

Sobre a justificativa deste atributo, Odete Medauar ressalta a necessidade de não retardar o atendimento dos interesses da coletividade e a presunção de legalidade dos atos administrativos:

“Algumas justificativas buscam explicar essa característica dos atos e decisões administrativas: a necessidade de não retardar o atendimento dos interesses da coletividade ante interesses contrários; a presunção de legalidade, que é própria de todos os atos e medidas administrativas” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130)

E por fim, a *tipicidade*, conforme sublinha Maria Sylvia Zanella Di Pietro, é a característica de que os atos administrativos devam corresponder a figuras previamente definidas em lei, de modo que para cada finalidade que a Administração pretenda alcançar exista um ato definido em lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 186).

E Cunha Junior ressalta a garantia de legalidade e previsibilidade em que consiste o atributo da tipicidade para o administrado:

“A tipicidade dos atos administrativos é decorrência direta do Princípio da Legalidade, que veda a Administração Pública praticar atos inominados, ou seja, não previstos em lei. Este atributo-sujeição representa uma garantia para o administrado, pois veda à Administração Pública expedir atos dotados de imperatividade e executoriedade, vinculando unilateralmente o particular, sem que haja previsão legal. Também fica afastada a possibilidade de ser praticado ato totalmente discricionário, pois a lei, ao prever o ato, já define os limites em que a discricionariedade poderá ser executada”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 93)

Uma vez definidos os atributos do ato administrativo, cabe traçar os elementos que o integram.

#### **IV. Elementos dos Atos Administrativos**

Conforme explica Odete Medauar, o ato administrativo forma-se pela conjugação de alguns elementos, os quais, por sua vez, devem atender a preceitos legais para a produção de efeitos jurídicos válidos. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135)

No entanto, os administrativistas pátrios não estão de acordo quanto à identificação desses elementos, não sendo unânimes em afirmar quantos e quais seriam. Nesse sentido, assim constata a autora:

“Reina discórdia na doutrina pátria quanto a certos pontos dessa matéria, em especial na terminologia e no elenco dos elementos” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135)

No entanto, a Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, em seu art. 2º, traz o seguinte: "São nulos os atos lesivos ao patrimônio público das entidades mencionadas no artigo anterior, nos casos de: a) incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade de objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade".

Assim, a doutrina majoritária prevê que um ato administrativo deve ser formado por cinco (05) elementos, quais sejam: sujeito competente ou competência, finalidade pública, forma prescrita em lei, motivo e objeto.

Dessa forma, a análise de cada elemento é importante, na medida em que permite que sejam identificados os vícios presentes no ato administrativo para a verificação de eventual controle jurisdicional.

##### **IV. 1. Competência ou Sujeito Competente**

A competência, ou sujeito competente, refere-se à característica que o ato administrativo tem de necessitar ser editado por um sujeito apto, isto é, que não basta ser

expresso pela Administração Pública, mas que o sujeito tenha titularidade jurídica para expressar a vontade do Ente Público delimitada por lei.

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles destaca que a competência:

“[...] é entendida como o poder atribuído ao agente da Administração, resultante de lei e por ela delimitada, para o desempenho específico de suas funções” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. Ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 127)

Toshio Mukai, por sua vez, afirma que

“[...] a competência é a medida de poder dada pela Constituição ou pela lei ao agente público para a prática de certos atos”.(MUKAY, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, p. 210)

Maria Sylvia Di Pietro explicita que a competência decorre sempre de lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições; é inderrogável, seja pela vontade do Ente, seja por acordo com terceiros, haja vista que a competência é conferida sempre em benefício do interesse público; pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 189).

Assim, a competência é concebida como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo ordenamento jurídico. A Administração Pública, desse modo, deve atuar dentro dos limites competentes para a regularidade de seus atos.

#### **IV. 2. Finalidade Pública**

A finalidade pública condiz com o resultado ou o bem jurídico que a Administração Pública deseja alcançar com a prática do ato. Vale dizer, é o resultado prático e final a que deve atingir o objeto do ato, que é sempre uma atividade desenvolvida com vistas a atender ao interesse público.

Nesse aspecto, ressalta Eduardo Garcia de Enterría:

“[...] os poderes administrativos não são abstratos, utilizáveis para qualquer finalidade; são poderes funcionais, outorgados pelo ordenamento em vista de um fim específico, com o quê apartar-se do mesmo obscurece sua fonte de legitimidade.”(ENTERRÍA, Eduardo

Garcia de. apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 35)

E explica Fernanda Marinela, distinguindo a finalidade de outros elementos do ato administrativo, como o motivo e o objeto, usando como exemplo a hipótese da dissolução de uma passeata tumultuosa:

“(...) a hipótese da dissolução da passeata tumultuosa, tem-se o motivo, que é o tumulto, o objeto, que é a dissolução propriamente dita e a finalidade é a proteção da ordem pública. Para a hipótese de interdição da fábrica poluidora da atmosfera, o motivo que levou o administrador a praticar o ato foi a efetiva poluição com o prejuízo atmosférico, o objeto é o fechamento da empresa e, por fim, a finalidade que é a pretensão da salubridade pública.” (MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Salvador: Editora JusPodim, 2005, p. 193-194)

Tem-se, assim, que a finalidade pública consiste no dever da Administração Pública em sempre buscar, através do ato administrativo, atingir objetivos que atendam ao interesse público e ao interesse coletivo previsto em lei.

#### IV. 3. Forma

A forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade da Administração Pública, sendo que sua ausência não permitiria completar o ciclo de existência do ato administrativo, conforme leciona José dos Santos Carvalho Filho:

“A vontade, tomada de modo isolado, reside na mente como elemento de caráter meramente psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma. Por isso mesmo é que a forma é elemento que integra a própria formação do ato.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2008, p. 106)

Cunha Junior ressalta que a forma do ato administrativo, além de escrita, pode ser oral, dentre outras:

“Em regra, a forma do ato é *escrita*, mas o ordenamento jurídico pátrio admite, de forma excepcional, a manifestação *oral* (ordens dadas a um servidor), *gestual* (agente de trânsito ordenando o trânsito), *pictóricos* (placas de sinalização) e *eletromecânico* (semáforo).” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 97)

No entanto, o autor ainda lembra que “forma não se confunde com a formalização do ato, que é uma solenidade especial exigida para a edição de certos atos

normativos, como sua forma ordinária e regular.” (CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 97)

E, por fim, o administrativista define a formalização, que é, destarte:

“[...] uma solenidade reclamada para a exteriorização de determinados atos, como o regulamento, a desapropriação e a nomeação, que necessitam do decreto para serem expedidos (outros exemplos: os atos expedidos por decreto, instrução, resolução, portaria). A formalização não é exigida para todo ato administrativo, enquanto a forma o é”. (CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 97)

#### IV. 4. Motivo

Motivo é a situação fática que enseja a aplicação do ato administrativo.

Odete Medauar o conceitua como “as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem à edição do ato administrativo”.(MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130)

E citando o ato disciplinar punitivo, exemplifica a administrativista:

“Por exemplo: o ato disciplinar punitivo tem como motivo uma conduta do servidor (circunstâncias de fato) que a lei qualificou como infração funcional (elemento de direito).” (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 130)

Um ato administrativo, assim, carece de um motivo para ser acionado, ou seja, a razão ou circunstância de fato ou de direito que autoriza ou determina a sua edição.

#### IV. 5. Objeto

Por último, objeto é aquilo sobre o que o ato dispõe. O ato não existiria se não houvesse algo acerca do que discorrer.

Nesse sentido, Cunha Junior ressalta que sem objeto lícito e juridicamente possível não poderia surgir ato jurídico algum, ressaltando o disposto na lei de Ação Popular:

“Sem objeto lícito ou material e juridicamente possível não pode surgir ato jurídico algum, seja ele administrativo ou qualquer outra tipologia. Em conformidade com o art. 2º, parágrafo único, alínea c, da Lei 4.717/5 (Lei da Ação Popular), a ilegalidade do objeto ocorre quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato

normativo”.(CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 99)

Feita as considerações acerca dos atributos, bem como dos elementos dos atos administrativos, cabe enquadrá-los em dois grandes grupos: atos administrativos *vinculados* e atos administrativos *discricionários*.

## V. Atos Administrativos Vinculados e Discricionários

Dentre as diversas classificações dos atos administrativos, a que apresenta maior relevo para este trabalho relaciona-se quanto ao grau de liberdade da Administração Pública para a prática do ato. Nessa classificação, os atos administrativos podem ser caracterizados como *vinculados* ou *discricionários*.

Atos administrativos *vinculados* são aqueles em que a lei estabelece todas as condições de sua realização, ou seja, os seus pressupostos, elementos e efeitos encontram-se totalmente descritos em lei, não restando à Administração Pública liberdade para a valoração acerca de sua prática. Assim, uma vez ocorridos os pressupostos contidos em lei que autorizam a prática do ato, a medida prevista na norma deve ser adotada obrigatoriamente.

Na definição de Hely Lopes Meirelles, os atos administrativos vinculados:

“[...] são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa categoria de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal, para a validade da atividade administrativa. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo judiciário, se assim o requer o interessado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 18. Ed. São Paulo: Malheiros, 1991, p. 161)

E complementa Diogenes Gasparini:

“Vinculados são os atos administrativos praticados conforme o único comportamento que a lei prescreve à Administração Pública. A lei prescreve, em princípio, *se, quando, e como* deve a Administração Pública agir ou decidir. A vontade da lei só estará satisfeita com esse comportamento, já que não permite à Administração Pública qualquer outro.” (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 97)

Observa-se, assim, que os atos vinculados consistem na manifestação do poder vinculado da Administração Pública, em que são expedidos sem qualquer margem de liberdade para a escolha de seus elementos ou requisitos, que já vêm previamente definidos

em lei. Como exemplos, poder-se-ia mencionar a licença para construir e às questões relativas à aposentadoria.

Atos *discricionários*, por sua vez, são aqueles em que a Administração Pública edita com certa margem de liberdade para decidir acerca de seus motivos e objeto. Existe, assim, certa liberdade para a Administração decidir acerca de sua conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, Diogenes Gasparini corrobora que os atos discricionários são os

“[...] praticados pela Administração Pública conforme um dos comportamentos que a lei prescreve. Assim, cabe à Administração Pública escolher dito comportamento. Esta escolhe se faz por critério de *conveniência e oportunidade*, ou seja, de mérito.”(GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 98)

Nessa senda, percebe-se que os atos discricionários consubstanciam o exercício do poder discricionário da Administração Pública. Como a lei não consegue prever todas as situações que possam ocorrer no mundo dos fatos, ela confere ao administrador público certa margem de liberdade para decidir sobre a conveniência e oportunidade em sua edição. Como exemplo, poder-se-ia elencar a autorização de porte de arma e a permissão de uso de bem público.

Dessa feita, tem-se que a expressão vinculação alude à ideia de subordinação; traduz o cerne dos atos administrativos vinculados. Por outro lado, o termo discricionariedade reflete a ideia de liberdade, ausência de limitações; configurando a essência dos atos administrativos discricionários.

No entanto, é preciso ressaltar que tanto a ideia de vinculação como a ideia de discricionariedade deve estar adstrita à lei, sendo que a discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, sob pena de anulação ou invalidação do ato.

Cabe, contudo diferenciar a anulação dos atos administrativos de sua revogação.

## **VI. Revogação e Invalidação dos Atos Administrativos**

A revogação e a invalidação são modalidades de extinção dos atos administrativos. Cabe conceituar cada uma destas e estudar como podem ser realizadas.

A *revogação* consiste na extinção do ato administrativo válido ou de seus efeitos por conta de outro ato administrativo, por razões de *conveniência* e *oportunidade*. Cumpre afirmar que a revogação apenas pode ser realizada pela própria Administração Pública, no exercício de sua competência discricionária.

Odete Medauar, nesse sentido, explica que a revogação é editada pela Administração, por razões de mérito para suprimir ato anterior, ressaltando que não cabe ao Poder Judiciária realizá-la:

“Nesse âmbito, revogação é ato editado pela própria Administração para suprimir ato administrativo anterior, por razões de mérito, ou seja, por razões de conveniência e oportunidade no atendimento do interesse público. Tendo em vista que a revogação se fundamenta em razões de mérito, descaba ao Poder Judiciário editá-la, pois sua apreciação se cinge a aspectos de legalidade do ato administrativo.”

Nessa senda, o poder de revogar o ato administrativo consiste na competência da Administração Pública de avaliar as circunstâncias do ato e ponderar sobre o interesse público em questão. E salienta Odete Medauar, ressaltando o modo espontâneo ou provocado que pode se dar o desfazimento do ato, citando exemplos:

“A própria autoridade pode, assim, de modo espontâneo ou por provocação, reavaliar os aspectos de conveniência e oportunidade de uma decisão e concluir pelo seu desfazimento. Vários fatores podem levar à revogação: mudança de circunstâncias, advento de novos fatos, reação contrária da população, engano inicial na apreciação dos fatos.”

Percebe-se, assim, que a revogação é manifestação do poder discricionário da Administração Pública, pois se ampara em juízos de conveniência e oportunidade. Em razão disso, a revogação não existe nos atos vinculados, tendo em vista que nestes não há margem de liberdade para a atuação da Administração. Além disso, cabe lembrar que a revogação apenas pode ser realizada pela própria Administração Pública, não competindo ao Poder Judiciário revogar o ato administrativo discricionário.

A *invalidação* ou *anulação*, por sua vez, consiste na extinção do ato administrativo ou de seus efeitos inválidos, ocasionada por outro ato administrativo, por razões de *legalidade*. Ato inválido é, para Diogenes Gasparini, o ato administrativo que afronta o ordenamento jurídico, que com ele não se conforma ou não se compatibiliza. (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 70).

Diferentemente da revogação, a *invalidação* pode ser declarada tanto pela Administração Pública como pelo Poder Judiciário. Se for realizada pela Administração Pública, tem como fundamento a obediência ao princípio da legalidade, encontrando ainda amparo na Súmula 346 do STJ:

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

E ainda, disposição expressa no art. 53 da Lei 9.784, que regula o processo administrativo federal:

“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”.

No entanto, sendo a *invalidação* realizada pelo Poder Judiciário, terá como fundamento o controle de legitimidade judicial de todos os atos do Poder Público.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro questiona se a invalidação do ato administrativo possui caráter vinculado ou discricionário, ou seja, se se refere a uma faculdade da Administração Pública anular o próprio ato ilegal. Para a autora, trata-se de um dever a Administração anular seus atos administrativos eivados de ilegalidades, sob pena de cair por terra o princípio da legalidade. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 218).

Feita esta distinção, cabe ressaltar que o controle exercido sobre os atos administrativos discricionários, em razão deste trabalho ter por escopo a via jurisdicional, sempre terá como objeto, portanto, a sua invalidação, visto que a revogação é de competência exclusiva da Administração Pública.

Feito essa observação, passa-se, agora, propriamente ao estudo do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

### CAPITULO III

## ESTADO DE DIREITO E CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

### I. Conceito de Estado de Direito

A concepção de Estado de Direito surgiu na segunda metade do século XIX, vinculada ao contexto das ideias políticas então existentes. Na sua forma originária, conforme esclarece Odete Medauar, o Estado de Direito

“[...] revestia-se de significado polêmico contra o Estado absolutista tardio e visava, na essência, limitar o poder pelo direito, como garantia dos indivíduos contra o arbítrio. Com o Estado de direito os governantes e autoridades públicas submetem-se ao direito e são objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima e fora do direito. (MEDAUER, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 135)

Em equivalência ao Estado de Direito, os anglo-saxões cunharam o termo *rule of law*, que pode-se traduzir como o Estado onde o império da lei prevalece. Nesse sentido, segundo a exposição de A.V. Dicey em “The Law of the Constitution” , Estado de direito significa:

“[...] acima de tudo, absoluta supremacia ou predominância do Direito comum em contraposição à influência do poder arbitrário, e exclui a arbitrariedade, o privilégio ou mesmo uma autoridade discricionária ampla por parte do governo” (DICEY A.V. *The Law and the Constitution*. 8. Ed. p. 198)

Canotilho, por seu turno, diferencia Estado de Direito de Estado de não-Direito, ressaltando suas diferenças e características:

“Estado de Direito é um Estado ou uma forma de organização político-estatal cuja atividade é determinada e limitada pelo direito. ‘Estado de não direito’ será, pelo contrário, aquele em que o poder político se proclama desvinculado de limites jurídicos e não reconhece aos indivíduos uma esfera de liberdade ante o poder protegida pelo direito.”(CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996, p. 11)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro sublinha que a própria formação do Direito Administrativo como ramo autônomo, teve início

“[...] juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 24).

José Afonso da Silva, por sua vez, identifica as três características iniciais do conceito de Estado de Direito, construídas pela concepção liberal:

a) submissão ao império da Lei, que era a nota primária de seu conceito, sendo a Lei considerada como ato emanado formalmente do poder legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão;

b) divisão de poderes, que separa, de forma independente e harmônica, os poderes legislativo, executivo e judiciário, como técnica que assegure a produção das Leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares;

c) enunciado e garantia dos direitos individuais.”

(SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 27. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 108)

Por outro lado, Odete Medauar adverte que a expressão “Estado de Direito” poderia equivocadamente levar a entender que uma mera Constituição com um conjunto de normas, de conteúdo qualquer, permitiria qualificar um Estado como “de direito”.

Assim, esclarece a autora, ressaltando que a concepção de Estado de direito se conjectura a determinados valores e elementos básicos:

“Na verdade, hoje, a concepção de Estado de Direito liga-se a um contexto de valores e à ideia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social”. (MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27)

Nesse sentido, a par de analisar a impugnação dos atos administrativos perante o Poder Judiciário, é importante analisar os elementos que estruturam a noção de Estado de Direito.

## I. 1. Legalidade

O princípio da legalidade é arcabouço de todo Estado de Direito, tendo como berços diretos o constitucionalismo e o liberalismo do séc. XIX, agregando em seu conceito também o princípio da reserva legal.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre que o princípio da legalidade, juntamente com o de controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais, ressaltando que é o que melhor se enquadre à ideia de que a vontade da Administração Pública decorre sempre de lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67).

Nessa senda, como afirmam Marcelo Paulo e Vicente Alexandrino, a legalidade é princípio que constitui base direta da noção de Estado de Direito, eis que acentua a ideia de governo das leis, e não mais de governo de homens:

“Trata-se do princípio da legalidade, base direta da própria noção de Estado de Direito, implantada com o advento do constitucionalismo, porquanto acentua a ideia de “governo das leis”, expressão da vontade geral, e não mais “governo dos homens”, em que tudo se decidia ao sabor da vontade, dos caprichos, do arbítrio de um governante”. (PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*: Niterói: Editora Impetus, 2007, p. 145)

Da mesma forma, a legalidade em cunho moderno veio a fazer parte do Direito Administrativo, e, ao mesmo tempo, se tornou elemento estrutural da atividade administrativa.

Sobre a legalidade, em novos termos, bem observa Ela W. V. de Castilho que

“[...] a relação que se instaura entre a lei e a atividade administrativa é uma relação de dependência e subordinação muito mais estrita do que a existente entre a lei e particulares. Enquanto estes podem fazer tudo que não lhes seja proibido por lei, a Administração só pode fazer o que lhes seja, de antemão, permitido pela mesma.”(CASTILHO, Ela Wiecko V. de Castilho. *Controle de legalidade na execução penal*. Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 1988, p. 15)

Reforçando tal disposição, Dirley da Cunha Junior observa que o princípio da legalidade decorre da indisponibilidade do interesse público, em que a atividade administrativa só pode ser exercida em conformidade com a lei.

E assevera o autor:

“O princípio da legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica.

Sabe-se que, no âmbito das relações privadas, vige a ideia de que tudo que não está proibido em lei está permitido. Nas relações públicas, contudo, o princípio da legalidade envolve a ideia de que a Administração Pública só pode atuar quando autorizada ou permitida pela lei. A norma deve autorizar o agir e o não agir dos sujeitos da Administração Pública, pois ela é integralmente subserviente à lei.”(CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 38-39)

Assim, evidente que uma vez desvirtuada a legalidade na prática de atos pela Administração Pública, o particular lesado poderá se insurgir contra tal afronta, seja por intermédio da esfera administrativa ou pela esfera judicial.

## **I. 2. Inafastabilidade da Jurisdição**

A terminologia jurisdição provém das palavras latinas *jus* e *dicere*. A primeira significa direito, enquanto que a segunda significa dizer. Tem-se, assim, que jurisdição significa o poder de dizer o direito.

Nesse sentido, Sérgio Bermudes conceitua a jurisdição no sentido de identificar a norma de direito público preexistente e fazê-la presente em determinada situação:

“[...] nisso consiste a jurisdição na sua essência: dizer o direito, no sentido de identificar a norma de direito objetivo preexistente (ou de elaborá-la, se inexistente) e de fazê-la atuar numa determinada situação” (BERMUDES, Sérgio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 67).

Historicamente, o Estado tomou para si a solução dos litígios existentes na sociedade, sendo o exercício da jurisdição um dos fundamentos do Estado de Direito.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXXV, dispõe que a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Assim, a inafastabilidade da jurisdição possui força constitucional.

Tal postulado, conforme observam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo,

“[...] trata-se de princípio relacionado à própria estrutura jurídico-política do Estado brasileiro, especialmente à independência entre os Poderes, obstando que o Legislativo ou o Executivo reduzam o campo de atuação do Judiciário, mediante a edição de leis, medidas provisórias, enfim, de atos que pretendessem excluir determinadas matérias ou controvérsias da apreciação judicial” (PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*: Niterói: Editora Impetus, 2007, p. 145)

Ademais, os autores ressaltam que a inafastabilidade da jurisdição consubstancia-se como uma das mais relevantes garantias que os indivíduos e pessoas jurídicas têm quando se sentirem lesados em seu direito, lembrando que, ainda, é cláusula pétrea da Constituição da República:

“Consubstancia, outrossim, uma das mais relevantes garantias aos indivíduos (e também às pessoas jurídicas), que têm assegurada, sempre que entendam estar sofrendo uma lesão ou ameaça a direito de que se julguem titulares, a possibilidade de provocar e obter decisão de um Poder Independente e Imparcial. Por essa razão, não só a lei está impedida de excluir determinadas matérias e controvérsias da apreciação do Judiciário; a inafastabilidade de jurisdição, sendo garantia individual fundamental, está gravada como cláusula pétrea (CF, art. 60, § 4º, IV), insuscetível de abolição, nem mesmo mediante emenda à Constituição.”( PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*: Niterói: Editora Impetus, 2007, p.146)

Assim, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário constitui fundamento constitucional, sendo erigida como direito e garantia fundamental, resguardada como cláusula pétrea pela Constituição Federal.

Uma vez feita tal observação, sendo que todos os atos da Administração Pública que gerem, modifiquem, ou extingam direitos não estão excluídos da apreciação judicial, cabe adentrar acerca do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários.

## **II. Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos Discricionários**

Conforme já exposto, o controle judicial integra os princípios da Administração Pública, bem como a Inafastabilidade da Jurisdição constituiu princípio constitucional (art. 5º, inciso XXXV, CF) e, juntamente com o princípio da Legalidade, é elemento estrutural do conceito de Estado de Direito.

Relembrando Paulo Magalhães da Costa, a atividade administrativa submete-se integralmente à jurisdição. (COELHO, Paulo Magalhães da Costa. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 63).

Os atos administrativos discricionários, como já aventados, são aqueles em que a Administração Pública pratica com margem de liberdade para decidir acerca de sua oportunidade e conveniência. A questão a ser abordada é até que ponto o controle judicial pode intervir no ato discricionário, e, sob outro ponto de vista, até onde pode ir a

discricionariedade da Administração Pública no uso de sua conveniência e oportunidade. Ressalta-se, também, que tipo de efeitos o princípio da Inafastabilidade da Jurisdição é capaz de surtir no controle dos atos administrativos discricionários.

Alguns doutrinadores como Hely Lopes Meirelles e Seabra Fagundes defendiam que o Poder Judiciário poderia apenas verificar se os atos administrativos discricionários não tinham ultrapassado os limites da discricionariedade, caso em que o controle judicial poderia ser realizado, pois a Administração Pública teria invadido o campo da legalidade. Assim, a atuação judicial se restringiria apenas à verificação dos pressupostos objetivos de legalidade e legitimidade.

Em parte da doutrina e da jurisprudência ainda se encontra a afirmativa de que ao Poder Judiciário compete unicamente realizar o controle de legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedado exercer outros juízos de controle e mérito, sob pena de violação à separação e independência dos poderes (art. 2º da Constituição Federal).

Nesse sentido, se posicionava o STJ, grifo nosso:

**"ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. CONCESSÃO DE HORÁRIO ESPECIAL. ATO DISCRICIONÁRIO. ILEGALIDADE OU ABUSO. INEXISTÊNCIA.**

**- Foge ao limite do controle jurisdicional o juízo de valoração sobre a oportunidade e conveniência do ato administrativo, porque ao Judiciário cabe unicamente analisar a legalidade do ato, sendo-lhe vedado substituir o Administrador Público.**

- Recurso ordinário desprovido." (STJ, SEXTA TURMA, RMS 14967/SP, Rel. Min. VICENTE LEAL, DJ 22.04.2003 p. 272)

Contudo, já em 1992, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro observava que algumas teorias estavam sendo elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário da Administração Pública, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 165).

Com o advento da Carta Magna de 1988, ao ser incluído ao texto constitucional o princípio da moralidade, Di Pietro ressalta que, além da legalidade, o Poder Judiciário poderia exercer o controle sobre os atos administrativos com fundamento na moralidade administrativa:

“O Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade. (artigo 5º, inciso LXXIII e 37). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 61).”

Nos últimos tempos, o STJ e o STF, consoante as novas teorias desenvolvidas pela doutrina, vêm admitindo que o controle jurisdicional dos atos emanados pela Administração Pública não se restringe à verificação dos pressupostos objetivos de legalidade e legitimidade. Assim, o controle judicial sobre os atos discricionários ganha novos contornos, de modo a ampliar o seu alcance.

Além da compreensão da legalidade ter sido mais alargada, bem como a noção de Estado de Direito e o realce dos atos administrativos aos princípios da Administração Pública, teorias como a dos motivos determinantes, dos conceitos jurídicos indeterminados, do controle dos atos pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além do aprofundamento do conceito de inafastabilidade da jurisdição, receberam largo desenvolvimento e vem sendo constantemente objeto de aplicação, discussão e análise perante a doutrina e jurisprudência.

Dessa forma, passa-se nos tópicos a seguir, após analisar o conceito de mérito dos atos administrativos discricionários, ao estudo de referidas teorias, bem como demais modalidades e possibilidades de controle judicial que concernem ao tema, acrescentando, em sendo o caso, dos respectivos julgados dos tribunais.

## **II. 1. O Mérito dos Atos Administrativos Discricionários**

O *mérito* do ato administrativo consiste em uma valoração realizada pela Administração Pública quanto às vantagens e consequências de sua edição, que serão levadas em conta como pressupostos da atividade administrativa. Diferentemente dos atos vinculados, os atos discricionários são praticados com base em juízos de conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Conforme salienta José dos Santos Carvalho Filho, nos atos vinculados o agente não disporá de nenhum poder de valoração quanto a tais elementos, limitando-se a reproduzi-los no próprio ato. Assim, conclui o autor de que não se pode falar em mérito

administrativo em se tratando de ato vinculado. (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49).

Hely Lopes Meirelles, mencionando Seabra Fagundes, concebe o mérito dos atos administrativos no sentido de fazer valoração dos motivos acerca da conveniência, oportunidade e justiça em sua prática:

“O mérito do ato administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Daí a exata afirmativa de Seabra Fagundes de que ‘o merecimento é aspecto pertinente apenas aos atos administrativos praticados no exercício de competência discricionária’ (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo. Malheiros, 2003, p. p. 152-153)

No entanto, ao longo dos anos, o entendimento em relação aos limites da discricionariedade e do mérito do ato administrativo começou a ceder lugar a outros, inclusive na jurisprudência.

Colaciona-se importante aresto do STJ de 2004 que representa um marco quanto ao tema, grifo nosso:

**ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.**

**1. Na atualidade, a Administração pública está submetida ao império da lei, inclusive quanto à conveniência e oportunidade do ato administrativo.**

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

**3. O Poder Judiciário não mais se limita a examinar os aspectos extrínsecos da administração, pois pode analisar, ainda, as razões de conveniência e oportunidade, uma vez que essas razões devem observar critérios de moralidade e razoabilidade.**

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido." (STJ, SEGUNDA TURMA, REsp 429570 / GO ; Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ 22.03.2004 p. 277 R STJ vol. 187 p. 219)”

Transcreve-se, ainda, a parte do voto da relatora do julgado acima, em que se ressaltou de forma brilhante que o controle da discricionariedade da Administração Pública é matéria que não pode fugir do Poder Judiciário, grifo nosso:

“Ao longo de vários anos, a jurisprudência havia firmado o entendimento de que os atos discricionários eram insusceptíveis de apreciação e controle pelo Poder Judiciário.

Tratava-se de aceitar a intangibilidade do mérito do ato administrativo, em que se afirmava, pelo fato de ser a discricionariedade competência tipicamente administrativa, que o controle jurisdicional implicaria ofensa ao princípio da Separação dos Poderes.

Não obstante, a necessidade de motivação e controle de todos os atos administrativos, de forma indiscriminada, principalmente, os em que a Administração dispõe da faculdade de avaliação de critérios de conveniência e oportunidade para praticá-los, isto é, os atos classificados como discricionários, é matéria que se encontra, atualmente, pacificada pela imensa maioria da doutrina e, fortuitamente, aos poucos acolhida na jurisprudência de maior vanguarda.

**O controle dos atos administrativos, mormente os discricionários, onde a Administração dispõe de certa margem de liberdade para praticá-los, é obrigação cujo cumprimento não pode se abster o Judiciário, sob a alegação de respeito ao princípio da Separação dos Poderes, sob pena de denegação da prestação jurisdicional devida ao jurisdicionado.**

Como cediço, a separação das funções estatais, prevista, inicialmente, por Rousseau e aprimorada por Montesquieu, desde que se concebeu o sistema de freios e contrapesos, no Estado Democrático de Direito, tem se entendido como uma operação dinâmica e concertada.

Explico: **As funções estatais, Executivo, Legislativo e Judiciário não podem ser concebidas de forma estanque. São independentes, sim, mas, até o limite em que a Constituição Federal impõe o controle de uma sobre as outras, de modo que o poder estatal, que, de fato, é uno, funcione em permanente auto-controle, fiscalização e equilíbrio.**

Assim, quando o Judiciário exerce o controle "a posteriori" de determinado ato administrativo não se pode olvidar que é o Estado controlando o próprio Estado.

**Não se pode, ao menor, alegar que a competência jurisdicional de controle dos atos administrativos incide, tão somente, sobre a legalidade, ou melhor, sobre a conformidade destes com a lei, pois, como se sabe, discricionariedade não é liberdade plena, mas, sim, liberdade de ação para a Administração Pública, dentro dos limites previstos em lei, pelo legislador. E é a própria lei que impõe ao administrador público o dever de motivação.**" (art. 13, § 2º, da Constituição do Estado de Minas Gerais, e art. 2º, VII, Lei nº 9.784/99).

Assim, viu-se evolução no sentido de que os quesitos devem também se alinhar aos princípios administrativos e às regras do Estado de Direito, sempre resguardando a legalidade quanto à conveniência e garantindo que o Poder Judiciário possa fazer uma avaliação equânime do caso concreto.

Princípios como razoabilidade, finalidade, proporcionalidade e moralidade, consoante estudados no primeiro capítulo, adquiriram arcabouço legal a partir da evolução do controle, bem como a aplicabilidade de teorias de controle judicial que serão examinadas a seguir.

## II. 2. Motivação e Teoria dos Motivos Determinantes

A motivação, consoante já delineado, é um princípio que se faz necessário em qualquer tipo de ato administrativo. Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro, tanto os atos vinculados como os discricionários carecem de motivação. Para a autora, esse princípio revela a preocupação de possibilitar maior controle da Administração Pública pelo Poder Judiciário, porque, por meio dele, é possível verificar a existência de veracidade dos motivos e a adequação do objeto aos fins de interesse público impostos pela lei. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1992, p. 69).

Nessa seara, uma das hipóteses de controle do poder judiciário sobre o ato administrativo consiste na avaliação dos motivos em que a Administração Pública se baseou para a prática do ato, verificando a ocorrência dos acontecimentos e sua adequação aos fins de interesse público exigidos pela lei. Não estando tais motivos em sintonia com a realidade e a lei, o ato administrativo, mesmo que discricionário, poderá ser invalidado pelo Poder Judiciário.

O Supremo Tribunal Federal vem se posicionando no sentido de a cada vez mais observar a conformidade entre os motivos determinantes e a realidade fática, declarando a invalidade do ato administrativo em caso de seu distanciamento ou discrepância.

Nesse sentido, colaciona-se a ementa do seguinte julgado da Suprema Corte, publicado em maio de 2010, grifo nosso:

“Vistos, etc. Trata-se de recurso extraordinário, interposto com suporte na alínea "a" do inciso III do art. 102 da Constituição Republicana, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Acórdão assim do (fls. 630): REMESSA EX OFFICIO E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA -AÇÃO ORDINÁRIA -**LIMITES DO ATO DISCRICIONÁRIO -TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES** -ART. 93, INCISO IX DA CF -ATO DE BRAVURA DECRETO 666/64 -PROMOÇÃO -RECURSO IMPROVIDO 1 -**Pela teoria dos motivos determinantes, sempre que o ato, a despeito de discricionário, contiver motivos indicados, a estes passa a ser vinculado.2 -Assim, se apresentados os motivos na feitura de um ato discricionário, a esses motivos estará vinculado. A inexistência ou incorreção verídica dos motivos levará à sua invalidação.**3 -In casu, uma vez presentes os requisitos elencados no decreto 666/64, deve-se indubitavelmente coroar com a dita promoção aquele que se encaixar nos moldes de admissibilidade.4 -Recurso improvido."2. Pois bem, a parte recorrente aponta violação ao art. 2º, ao caput e incisos I e II do art. 5º, ao caput do art. 37, ao art. 61, bem como ao art. 169, todos da Magna Carta de 1988.3. A seu turno, a Procuradoria-Geral da República, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral Paulo de Tarso Braz Lucas, opina pelo não conhecimento do recurso, e, se conhecido, pelo seu desprovimento.4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. De saída, anoto que os arts. 61 e 169 do Magno Texto não foram apreciados pelo aresto impugnado, tampouco foram alegados nos embargos declaratórios opostos. Logo, é de incidir no ponto a Súmula 282 do STF.5. De mais a mais, entendimento diverso do adotado pela Instância Judicante de origem exigiria o reexame da legislação infraconstitucional pertinente, bem como a análise do conjunto fático-probatório dos autos. Providências vedadas neste momento processual. 6. **Quanto à alegada ofensa ao art. 2º da Constituição Federal, é firme nesta nossa Corte o entendimento de que "o regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo, desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de poderes"** (MS

23.452, sob a relatoria do ministro Celso de Mello). Ante o exposto, e frente ao caput do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso. Publique-se. Brasília, 20 de maio de 2010. Ministro AYRES BRITTO.

(611525 ES, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 20/05/2010, Data de Publicação: DJe-100 DIVULG 02/06/2010 PUBLIC 04/06/2010)”

Do aresto acima se extrai o entendimento de que, tendo a Administração tomado como fundamento determinados motivos para a concessão do ato administrativo (no caso o benefício de promoção), uma vez preenchidos tais requisitos, a estes o ato discricionário se vincula (teoria dos motivos determinantes). Ainda, o julgado ressaltou que é firme o entendimento do Pretório Excelso que o regular exercício da função jurisdicional, mesmo ante os atos discricionários, não transgride o princípio da separação dos poderes.

Assim, a motivação, bem como a teoria dos motivos determinantes, surgem como importantes mecanismos de controle judicial sobre os atos administrativos discricionários, adequando-os à realidade concreta e obrigando-os a se alinhar com o ordenamento jurídico.

Em outra situação, em julgado de 2005, o STJ já entendia que era possível a anulação de ato discricionário, tendo em vista que suas razões se fundamentavam em vícios, grifo nosso:

“RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. LICENCIAMENTO. ATO DISCRICIONÁRIO. RAZÕES. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. VINCULAÇÃO. VÍCIO. ANULAÇÃO. MOLÉSTIA. INCAPACIDADE DEFINITIVA. REFORMA EX OFFICIO. I - **Apesar de o ato de licenciamento de militar temporário se sujeitar à discricionariade da Administração, é possível a sua anulação quando o motivo que o consubstancia está eivado de vício. A vinculação do ato discricionário às suas razões baseia-se na Teoria dos Motivos Determinantes.** II - E incapaz definitivamente para o serviço ativo das Forças Armadas, para efeitos de reforma ex officio (art. 106, II, da Lei nº 6.880/80), o militar que é portador de síndrome definida no art. 1º, inciso I, alínea c, da Lei nº 7.670/88. Recurso conhecido e desprovido. 6.8801ºIc7.670

(725537 RS 2005/0024122-6, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 19/05/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/07/2005 p. 621)”

Assim, se percebe que a teoria dos motivos determinantes afasta e limita pela via judicial a discricionariade do ato administrativo, contornando-os muito além da legalidade estrita como se entendia anteriormente.

### II. 3. Razoabilidade e Proporcionalidade

Já foi visto que razoabilidade e proporcionalidade são princípios imanentes ao direito administrativo. Embora a Constituição Federal não os preveja expressamente, possuem sede constitucional implícita.

Lembrando Diógenes Gasparini, nada que esteja fora do razoável, do sensato e do normal, é permitido ao agente público, mesmo quando atua no exercício de competência discricionária (GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 25)

Em relação ao princípio da proporcionalidade, a Lei 9.784/99 no inciso VI do artigo 2º assim o concebe: "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".

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade consiste na adequação das medidas adotadas às finalidades contidas na norma. Mesmo que a finalidade da norma seja atingida, se o meio utilizado não foi proporcional, o ato poderá ser anulado, sendo o princípio da proporcionalidade meio de se efetuar o controle sobre os atos administrativos discricionários.

Tais princípios são de grande relevância, pois configuram mecanismos de controle judicial dos atos administrativos discricionários, mormente para inibirem abusos de poder sob a aparência de legalidade.

Nesse sentido, José dos Santos Carvalho Filho ressalta sobre a razoabilidade e proporcionalidade:

“Tais princípios, com já tivemos a oportunidade de consignar, refletem poderosos e modernos instrumentos para enfrentar as condutas eivadas de abuso de poder, principalmente aquelas dissimuladas sob a capa de legalidade”(FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 121)

Por derradeiro, na hipótese de controle do Poder Judiciário, a razoabilidade e proporcionalidade funcionam como princípios para aferir a adequação do ato administrativo à realidade fática.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino trazem um exemplo que estampa muito bem a ideia, citando o caso de um agente de fiscalização que aplica uma penalidade desarrazoada a um estabelecimento:

“Imagine-se que um agente da vigilância sanitária de um município, em visita a um grande supermercado, encontrasse em uma prateleira alguns pacotes de uma determinada marca de biscoitos uns dois ou três dias fora do prazo de validade. O agente, então, como sanção administrativa, decreta a interdição do estabelecimento por 15 dias. Uma lei do hipotético município determina como possíveis sanções para estabelecimentos que ofereçam à população alimentos inadequados ao consumo, aplicáveis a critério da autoridade administrativa, conforme a gravidade e as consequências da infração: a) multa; b) apreensão e destruição das mercadorias impróprias; e c) interdição do estabelecimento por até 15 dias.” (PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Administrativo Descomplicado*. 16. Ed: Niterói: Método, 2008, p. 135)

Percebe-se, nesse caso, que o meio utilizado pelo agente - interdição do estabelecimento – desatendeu a razoabilidade e a proporcionalidade, mesmo que a finalidade, qual seja, defender o interesse público através da proteção ao consumidor, tenha sido atendida. Pode-se dizer, assim, que houve inadequação do instrumento utilizado para a obtenção do fim visado. Dessa forma, é possível que o Poder Judiciário, sendo provocado, invalide o ato discricionário por violação à razoabilidade e proporcionalidade, tendo em vista que a sanção, embora emanada discricionariamente, não foi proporcional.

Os Tribunais brasileiros vêm reconhecendo a importância da razoabilidade e proporcionalidade nos atos administrativos discricionários e aplicando-as bastante às suas decisões.

Nesse sentido, colaciona-se ementa de julgado da 3ª Câmara de Direito Público de São Paulo, na data de 2010, grifo nosso:

“Apelação Cível - Mandado de segurança - Requisito de capital social ou patrimônio líquido para participar de licitação para serviços funerários - **Ato administrativo discricionário Possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário - Princípios da razoabilidade e proporcionalidade violados Inteligência do art. 27, XXI, da CF - Sentença mantida - Recursos oficial e voluntário da Prefeitura improvido.**

(TJSP – Relator Marrey Uint, APL 994061570414 SP, 3ª Câmara, DJ, 14/10/2010)”

Do aresto acima exposto, tem-se que os princípios da razoabilidade e proporcionalidade fulminaram o requisito do edital de licitação, tendo em vista que, mesmo que discricionário, previa critérios desarrazoáveis e desproporcionais para o processo licitatório, qual seja, que os licitantes apresentassem patrimônio líquido no valor de R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) como garantia para serviços funerários.

Outro julgado interessante, desta vez do STF, em ofensa aos princípios ora referidos, consistiu na exigência em concurso público de teste dinâmico de barra fixa para candidatas do sexo feminino para o cargo de oficial da saúde da polícia militar. Embora os critérios para a seleção fossem provenientes de ato discricionário da Administração Pública,

ficou configurado que puderam sofrer controle judicial por serem desarrazoáveis e desproporcionais, grifo nosso:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO: **EXIGÊNCIA DE TESTE DINÂMICO DE BARRA FIXA PARA CANDIDATOS DO SEXO FEMININO.** MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL: OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. DESNECESSIDADE DE EXAME. ART. 323, PRIMEIRA PARTE, DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.Relatório1. Agravo de instrumento contra decisão que não admitiu recurso extraordinário, interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República. 2. O Tribunal de Justiça de Sergipe julgou apelação em mandado de segurança, nos termos seguintes:“MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO - QUADRO DE OFICIAIS DE SAÚDE - POLÍCIA MILITAR - PROVA DE APTIDÃO FÍSICA - NATUREZA ELIMINATÓRIA - LEGALIDADE - TESTE DINÂMICO NA BARRA FIXA - CANDIDATO - SEXO FEMININO - EXIGIBILIDADE - **ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO - ATIVIDADES HOSPITALARES E AMBULATORIAIS - PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE - AFRONTA - NULIDADE.II - Exorbitante ato discricionário da administração que estipula teste dinâmico de barra fixa para candidatos do sexo feminino em concurso público para cargos, cujas atividades são eminentemente desenvolvidas em ambiente hospitalar e ambulatorial,ferindo frontalmente os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.III - Recurso conhecido e improvido.” (fl. 143)**

(...)

(RE 344.833, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 27.6.2003).Não há, pois, o que prover quanto às alegações da parte agravante.8. Pelo exposto, nego seguimento a este agravo (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Publique-se.Brasília, 5 de agosto de 2008.Ministra CÁRMEN LÚCIA”

Assim, na análise dos atos administrativos baseados na discricionariedade, o Poder Judiciário pode avaliar se a escolha levada a efeito pela Administração Pública se manteve nos limites do razoável e proporcional, podendo controlá-los pela ofensa a tais princípios.

## II. 4. Conceitos Jurídicos Indeterminados

Conceitos jurídicos indeterminados, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são noções vagas, vocábulos plurissignificativos, que deixam à Administração Pública a possibilidade de apreciação segundo critérios de oportunidade e conveniência administrativa, como o que ocorre, por exemplo, quando a lei manda punir o servidor que praticar “falta grave” ou “procedimento irregular”, sem definir em que consistem; ou quando a lei prevê o tombamento de bem de valor artístico ou cultural, também sem estabelecer

critérios objetivos que permitam o enquadramento do bem nesses conceitos. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001, p. 54)

Dessa forma, a interpretação e aplicação desses conceitos ao caso concreto se operacionalizam por discricionariedade da Administração. Contudo, essa discricionariedade também se sujeita ao controle, pois tem limites; embora sejam interpretados pela Administração Pública, não está isentos de controle judicial.

Nesse sentido, colaciona-se aresto do STJ, em que se ressaltou a possibilidade de controle dos conceitos indeterminados sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração Pública, grifo nosso:

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

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

**2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração.**

3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos.

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

(AgRg no REsp 675544 SC 2004/0109744-6, EROS GRAU, 29/11/2004)”

Outro aresto concernente ao tema, desta vez do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, em que se abordou a possibilidade de controle judicial sobre a discricionariedade de conceitos jurídicos indeterminados, como a “idoneidade moral” , grifo nosso:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. ACADEMIA NACIONAL DE POLÍCIA. EXCLUSÃO DE ALUNO DO CURSO DE FORMAÇÃO DE AGENTE DE POLÍCIA FEDERAL. **FUNDAMENTO DE NÃO PREENCHER OS REQUISITOS DE PROCEDIMENTO IRREPREENSÍVEL E IDONEIDADE MORAL INATACÁVEL. ANULAÇÃO DA DECISÃO.** CONFIRMAÇÃO EM GRAU DE APELAÇÃO. ENTENDIMENTO DE QUE OS FATOS ALEGADOS NÃO INFIRMAM AQUELES REQUISITOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO EM APLICAR O DISPOSTO NO ART. 37, I, DA CONSTITUIÇÃO E NO ART. 80., I, DO DEC.-LEI N. 2.320/87. CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. CONTROLE JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO.37ICONSTITUIÇÃO8O2.3201. **De acordo com a doutrina mais autorizada, os conceitos jurídicos indeterminados, como, no caso, procedimento irrepreensível e idoneidade moral inatacável, sujeitam-se a controle judicial de sua configuração concreta.**2. Não é omissão de aplicação do disposto no art. 37, I, da Constituição e no art. 80., I, do Dec.-Lei n. 2.320/87 a afirmação de que os fatos alegados - acontecidos há mais de dez anos e em razão dos quais, processado, o apelado restou absolvido - não justificam exclusão do Curso de Agente de Polícia Federal.37IConstituição8oI2.320

(100327 DF 1999.01.00.100327-5, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL JOAO BATISTA MOREIRA, Data de Julgamento: 01/03/2002, QUINTA TURMA, Data de Publicação: 14/11/2002 DJ p.207)

Fica evidente, assim, que a interpretação e hermenêutica discricionária da Administração Pública, mesmo para termos abertos como os conceitos indeterminados, não ficam isentas de controle pelo Poder Judiciário.

## **II. 5. Discricionariedade e Inafastabilidade da Jurisdição**

Nos tópicos anteriores, foram expostas teorias e possibilidades de controle dos atos administrativos discricionários, em que a atuação do Poder Judiciário teria o condão de intervir e restringir a discricionariedade da Administração Pública.

Tais possibilidades se devem ao dever constitucional de o poder judicante estar presente na apreciação de todas as matérias de direito, tendo em vista que no Brasil adota-se o sistema de jurisdição una.

Assim, para concluir, colaciona-se julgado do STJ de 2007 em que o princípio aparece de forma expressa, contrapondo-o à discricionariedade da Administração Pública., grifo nosso:

"RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. INDEFERIMENTO DE PEDIDO ADMINISTRATIVO. LICENÇA-PRÊMIO. DIREITO SUBJETIVO. **INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO.** 1. **Compete ao Poder Judiciário analisar o pedido de concessão da segurança impetrada pela recorrente**

**contra o ato de indeferimento do seu pedido de reconhecimento do direito à licença-prêmio, sob pena de ofensa ao direito à inafastabilidade da jurisdição ou do acesso à justiça.** 2. O critério para verificação do cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção de licença-prêmio é legal, e não discricionário, sendo cabível de apreciação pelo Judiciário. 3. Recurso provido. Retorno dos autos à Corte Estadual, sob pena de supressão de instância, para o exame da existência ou não do direito líquido e certo da impetrante. (RMS 11.569/SP, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ 15/10/2007)

Assim, verifica-se que, embora a discricionariedade para a concessão da licença-prêmio da Administração exista, por sua conveniência e oportunidade, esta não pode negar sua concessão, preenchidos os requisitos legais, tendo em vista o resguardo da inafastabilidade da jurisdição, que proporciona o controle judicial do ato.

## CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho, abordou-se o conceito de Administração Pública e como sua atividade administrativa opera segundo princípios administrativos, poderes e disposições constitucionais.

Em sequência, analisaram-se os meios pelos quais a Administração Pública expressa sua vontade – os Atos Administrativos – ressaltando-se entre estes os atos discricionários, praticados com base em juízos de conveniência e oportunidade pela Administração, e como estes podem sofrer controle pelo Poder Judiciário em um Estado de Direito.

Assim, colocaram-se em foco, sobretudo, os princípios da Legalidade e da Inafastabilidade da Jurisdição, que têm sede constitucional e integram a concepção de Estado de Direito; concepção em que a validade dos atos emanados pelas autoridades tem fundamento na lei e em que todos os atos do poder público não estão isentos de apreciação judicial.

Nessa esteira, conclui-se que os atos administrativos discricionários podem sofrer diversas formas de controle judicial, e, abordando sua evolução, expuseram-se várias teorias e hipóteses para tanto, concluindo-se que um Estado de Direito não deve se subordinar à Administração Pública, assim como o mérito do ato administrativo deve se amoldar aos ditames do ordenamento jurídico.

Claro que é sempre importante frisar, que, em princípio, a discricionariedade administrativa – e os atos administrativos discricionários – são legítimas prerrogativas conferidas pelo Direito à Administração Pública para atuar no exercício de suas funções.

No entanto, entende-se que o sentido que melhor se adéqua à discricionariedade, ao fundo, é de uma vinculação à lei e a todos os princípios do ordenamento jurídico, caracterizando-se propriamente como um dever da Administração Pública em benefício dos administrados. Nesse sentido, mesmo que haja margem de liberdade

para a prática dos atos discricionários, essa liberdade está adstrita aos limites da lei e a todo o ordenamento jurídico, merecendo o controle judicial quando se converter em arbitrariedade, forte nos princípios da Legalidade e da Inafastabilidade da Jurisdição.

### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BERMUDES, Sérgio. Introdução ao processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional. 6. Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 19. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 20. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.
- CASTILHO, Ela Wiecko V. de Castilho. Controle de legalidade na execução penal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Teoria dos Atos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.
- COELHO, Paulo Magalhães da Costa. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 2004.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo. 6. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- DICEY A.V. The Law and the Constitution. 8. Ed.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 1992.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2001.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- ENTERRÍA, Eduardo Garcia de. apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de Direito Administrativo. 6. Ed. atual. amp. São Paulo: Malheiros, 2003.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. O controle da moralidade administrativa. São Paulo: Saraiva, 1974.

GASPARINI, Diogenes. Direito Administrativo. 13. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 2. Ed. São Paulo: Saraiva.

MARINELA, Fernanda. Direito Administrativo. Salvador: Editora JusPodim, 2005.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 12. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 28. Ed. São Paulo. Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 29. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 14. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 12. Ed. Rio de Janeiro: Forense: 2002.

MUKAI, Toshio. Direito Administrativo Sistematizado. São Paulo: Saraiva, 1999.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado: Niterói: Editora Impetus, 2007.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Administrativo Descomplicado. 16. Ed: Niterói: Método, 2008.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

ZYMLER, Benjamin. Direito Administrativo. 1. Ed. Brasília: Fortium, 2005.

