

**NICOLE MELISSA DOS SANTOS MANFIO**

**Discrecionariade Administrativa e o Controle Judicial**

**Bacharel em Direito**

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS  
ASSIS  
2009**

**NICOLE MELISSA DOS SANTOS MANFIO**

**Discricionariiedade Administrativa e o Controle Judicial**

**Monografia apresentada ao Departamento do Curso de Direito do IMESA (Instituto de Ensino Superior), como requisito para a conclusão de curso, sob a orientação específica do Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves, e orientação geral do Prof. Dr. Rubens Galdino da Silva.**

**FEMA – FUNDAÇÃO EDUCACIONAL DO MUNICÍPIO DE ASSIS  
ASSIS  
2009**

## **Folha de Aprovação**

**Assis, 20 de novembro de 2009.**

### **Assinatura**

**Orientador: Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves** \_\_\_\_\_

**Examinador: Prof. MS. Edson Fernando Pícolo de Oliveira** \_\_\_\_\_

## **Dedicatória**

Dedico este estudo aos meus pais, Izomar e Eni, pelo exemplo de vida, pelo amor e pelo apoio incondicional em todos os momentos; às minhas filhas, Ana Carolina e Camila, pela paciência e compreensão; à minha neta Ana Júlia. Todos contribuíram para a minha formação como operadora do Direito e como pessoa e estarão para sempre dentro do meu coração. A todos, minha eterna gratidão.

## Agradecimentos

A Deus, fonte de amor e vida. Agradeço-Te Senhor por tudo o que tenho e sou, pois sem Ti nada seria. Na Tua palavra diz que: *“... os que confiam no Senhor são como os montes de Sião, que não se abalam, mas permanecem firmes para sempre...”*

*“Louvarei ao Senhor durante a minha vida; cantarei louvores ao meu Deus enquanto viver.”*

Salmos 145

*“Quando passares pelas águas, estarei contigo, e, quando pelos rios, eles não te submergirão; quando passares pelo fogo, não te queimarás, nem a chama arderá em ti.*

*Porque eu sou o senhor, teu Deus, o Santo de Israel, o Teu Salvador; dei o Egito por teu resgate, a Etiópia e Sebá, por ti.”*

Isaías 43

Aos senhores professores, em especial, ao orientador, Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves, por acreditar em mim, pelos conselhos e ensinamentos transmitidos ao longo do curso que enriqueceram sobremaneira o presente estudo, e cuja conduta ética inabalável levarei como ensinamento para a minha vida profissional; aos meus familiares, que fizeram a diferença em minha vida, pelo auxílio e incentivo constante durante o curso, e pela compreensão indispensável por ter me afastado de momentos familiares a fim de enriquecer minha formação intelectual; aos meus amigos, por todos os momentos compartilhados.

## Sumário

Siglas .....	08
Resumo .....	09
Abstract .....	10
Introdução .....	11
<b>I – Do Direito Administrativo e da Administração Pública .....</b>	<b>13</b>
1.1. Considerações gerais e conceito de Direito Administrativo .....	13
1.2. Origem do Direito Administrativo .....	16
1.3. Conceito de Administração Pública .....	17
1.4. Natureza e finalidade da Administração Pública .....	19
<b>II – Dos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública .....</b>	<b>21</b>
2.1. Princípio da legalidade .....	22
2.2. Princípio da impessoalidade .....	23
2.3. Princípio da moralidade .....	24
2.4. Princípio da publicidade .....	25
2.5. Princípio da eficiência .....	26
2.6. Princípio da motivação .....	27
2.7. Princípio da segurança jurídica .....	28
2.8. Princípio da supremacia do interesse público .....	29
2.9. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade .....	31
<b>III – Dos atos administrativos .....</b>	<b>34</b>
3.1. Conceito .....	34
3.2. Requisitos .....	36
3.2.1. Competência .....	36
3.2.2. Finalidade .....	37
3.2.3. Forma .....	38
3.2.4. Motivo .....	39
3.2.5. Objeto .....	40
3.3. Atributos .....	40
3.3.1. Presunção de legitimidade .....	41
3.3.2. Imperatividade .....	41
3.3.3. Exigibilidade .....	42
3.3.4. Auto-executoriedade .....	42
3.4. Vinculação e Discricionariedade .....	44
3.5. Mérito do ato administrativo e Teoria dos motivos determinantes .....	46

IV – Do controle judicial .....	51
4.1. Discricionarietà .....	52
4.2. Meios de controle .....	56
4.2.1. Mandado de segurança individual .....	57
4.2.2. Mandado de segurança coletivo .....	58
4.2.3. Ação popular .....	58
4.2.4. Ação civil pública .....	59
4.2.5. Mandado de injunção .....	60
4.2.6. Habeas data .....	60
4.2.7. Ação direta de inconstitucionalidade .....	60
4.2.8. Medida cautelar .....	61
4.2.9. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão .....	62
4.2.10. Ação declaratória de constitucionalidade .....	62
4.2.11. Arguição de descumprimento de preceito fundamental .....	62
Conclusão .....	64
Referências .....	69

**Siglas**

CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJRN	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte
ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADECON	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

**Resumo**

O tema escolhido para este trabalho de conclusão de curso está inserido no campo do Direito Administrativo, no que tange à discricionariedade administrativa e o controle judicial, pautando-se na Constituição Federal, entretanto fará análises e abordagens em diversas leis esparsas.

O objetivo desta pesquisa consiste na realização de estudos sobre o Direito Administrativo, a Administração Pública e seus atos, em especial, os atos discricionários, tendo como foco os limites da discricionariedade e os limites e extensão do controle judicial.

Como o tema é amplo, partiu-se do procedimento analítico dos dispositivos da Constituição Federal, do Direito Administrativo e das leis esparsas supra mencionadas para chegar às conclusões cabíveis ao tema.

**Palavras – chave**

Direito Administrativo – Administração Pública – discricionariedade – controle judicial

**Abstract**

The chosen theme for this work of course conclusion is inserted in the field of the Administrative Right, with respect to the administrative discretionary and the judicial control, being ruled in the Federal Constitution, however he/she will make analyses and approaches in several scattered laws.

The objective of this research consists of the accomplishment of studies on the Administrative Right, the Public Administration and their actions, especially, the discretionary actions, tends as focus the limits of the discretionary and the limits and extension of the judicial control.

As the theme is wide, he/she broke of the analytical procedure of the devices of the Federal Constitution, of the Administrative Right and of the scattered laws supra mentioned to reach the reasonable conclusions to the theme.

**Keywords**

Administrative right - Public Administration - discretionary - controls judicial

## **Introdução**

Entre os inúmeros temas existentes no Direito, o tema escolhido, por ora, é o que mais nos fascinou, em razão de sua importância e relevância no mundo contemporâneo e pelos inúmeros conflitos existentes entre a discricionariedade administrativa e o controle judicial.

Basta acionar qualquer meio de comunicação para ver como pululam as improbidades na Administração Pública. Incomoda-nos. Então surgiu em nós a necessidade e curiosidade de uma análise sobre a Administração Pública e o que a controla juridicamente falando.

O nosso incômodo é quanto à justificativa dada pelos agentes públicos, que alegam estar alicerçados no campo da discricionariedade administrativa.

Destarte, nossa pesquisa direcionou-se para estabelecer o controle judicial na discricionariedade administrativa, entendendo que esta é uma margem de liberdade dada pelo legislador ao administrador; conseqüentemente esta liberdade é relativa.

O estudo ora apresentado será em citações, uma vez que os autores por mim considerados são os mais credenciados na área do Direito Administrativo, a saber, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, vistos que se complementam na medida em que um é mais didático, outro mais analítico.

A forma de exposição do trabalho por nós escolhida será a de citações, uma vez que, qualquer tentativa nossa em explicar ou analisar o que os autores explanam, se transformaria em uma versão empobrecida do tema.

O estudo está dividido em quatro capítulos. O primeiro trata do Direito Administrativo e da Administração Pública, levando em consideração, em relação a esta, seu conceito, natureza e finalidade; e, em relação a aquele, serão feitas algumas considerações gerais, passando ao seu conceito e origem. O segundo capítulo aborda os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. O terceiro capítulo trata dos atos administrativos, abordando seu conceito, requisitos, atributos, a diferença entre vinculação e discricionariedade. Neste mesmo capítulo, abordaremos, ainda, o mérito do ato administrativo e a chamada teoria dos motivos determinantes. Por fim, o quarto capítulo trata do controle judicial, levando em consideração seu conceito e abrangência, extensão, meios de controle, ao nosso ver, o ponto culminante do presente estudo.

## **I – Do Direito Administrativo e da Administração Pública**

Para iniciarmos o presente estudo, neste primeiro capítulo, trataremos do Direito Administrativo e da Administração Pública, levando em consideração, em relação a esta, seu conceito, natureza e finalidade, e, em relação a aquele, faremos algumas considerações gerais, passando ao seu conceito e origem.

### **1.1. Considerações gerais e conceito de Direito Administrativo**

Primeiramente, faremos algumas considerações gerais sobre Direito e sua divisão nos dois grandes ramos, a saber, o Direito Público e o Direito Privado. Entretanto, nosso enfoque será no Direito Público, que cuida dos interesses da sociedade como um todo, ou seja, o interesse público.

Ademais, como é sabido, o Direito Administrativo, que é um dos assuntos a ser tratados neste capítulo, é um dos ramos do Direito Público.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 27):

O Direito é um conjunto de normas, princípios e regras, dotadas de coercibilidade, que disciplinam a vida social. Conquanto uno, o direito se divide em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o Direito Privado. Este último se opera dos interesses privados, regulando as relações entre particulares. É então,

governado pela autonomia da vontade, de tal sorte que nele vige o princípio fundamental de que as partes elegem as finalidades que desejam alcançar preparam-se ou não a isto conforme desejam e serve-se para tanto dos meios que elejam a sua vontade, contanto que tais finalidades ou meios não sejam proibidos pelo Direito. Inversamente, o Direito Público se ocupa de interesses da sociedade como um todo, interesses públicos, cujo atendimento não é um problema pessoal de quem os esteja a curar, mas um dever jurídico inescusável. Assim não há espaço para a autonomia da vontade, que é substituída pela idéia de função, de dever de atendimento do interesse público.

Salienta-se, que interesse público deve ser conceituado como “*o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade e pelo simples fato de o serem*” (2008, p. 61).

É o Estado que representa os interesses públicos. Desta forma, o Direito Administrativo, sendo um ramo do Direito Público, ocupa-se, então, de uma das funções do Estado: a função administrativa.

Portanto, buscaremos identificá-la, comparando-a com as demais funções estatais, quais sejam, a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional. Primeiramente, faz-se necessário dizer que a função estatal é a atividade exercida no cumprimento do dever para alcançar o interesse público.

Como se sabe, as funções acima mencionadas estão distribuídas em três blocos, denominados ‘Poderes’, cujas atribuições correspondem a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Ensina-nos, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 35) que:

Função legislativa é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de normas gerais, normalmente abstratas, que inovam inicialmente na ordem jurídica, isto é, que se funda diretamente e imediatamente na Constituição.

Função jurisdicional é a função que o Estado, e somente ele, exerce por via de decisões que resolvem controvérsias com força de ‘coisa julgada’, atributo este que corresponde à decisão proferida em última instância pelo Judiciário e que é predicado desfrutado por qualquer sentença ou acórdão contra qual não tenha havido tempestivo recurso.

Função administrativa é a função que o Estado, ou que lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquico e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submetidos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Feitas estas considerações, fica esclarecido que o Direito Administrativo, como visto, é um ramo do Direito Público que rege a função administrativa, assim como as pessoas e órgãos que exercem tal função.

É o que nos afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 37), ao conceituar o Direito Administrativo como sendo:

É um ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa, bem como as pessoas e órgãos que a exercem. Por ser um ramo jurídico autônomo, nele se reconhecem princípios que formam em seu todo, uma unidade e que articulam um conjunto de regras de maneira a comporem um sistema, 'um regime jurídico' que o peculiariza em confronto com outros blocos de regras. Daí a necessidade de se conhecer o 'regime jurídico administrativo', por ser ele que infunde a própria identidade do Direito Administrativo.

O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para Hely Lopes Meirelles (2001, p. 34) sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado, cujos elementos deste conceito passam a ser analisados.

*Conjunto harmônico de princípios jurídicos... significa a sistematização de normas doutrinárias de Direito (e não de política ou de ação social), o que indica o caráter científico da disciplina em exame, sabido que não há ciência sem princípios teóricos, ordenados, e verificáveis na prática;*

*que regem os órgãos, os agentes... indica que ordena a estrutura e o pessoal do serviço público;*

*e as atividades públicas... isto é, a seriação de atos da Administração Pública, praticada nessa qualidade, e não quando atua, excepcionalmente, em condições de igualdade com o particular, sujeito às normas do Direito Privado.*

*Tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. Aí estão a caracterização e a delimitação do objeto do Direito Administrativo. Os três primeiros termos – concreta, direta e imediatamente – afastam a ingerência desse ramo do Direito na atividade estatal abstrata que é a legislativa, na atividade indireta que é a judicial, e na atividade mediata que é a ação social do Estado. As últimas expressões da definição – fins desejados pelo Estado – estão a indicar que ao Direito Administrativo não compete dizer quais são os fins do Estado. Outras ciências se incumbirão disto. Cada Estado, ao se organizar, declara os fins por ele visados e institui os Poderes e órgãos necessários à sua consecução. O Direito Administrativo apenas passa a disciplinar as atividades e os órgãos estatais ou a eles assemelhados, para o eficiente funcionamento da Administração Pública.*

O Estado, como falado anteriormente, para atender seus fins, atua em três sentidos – administração, legislação e jurisdição – e em todos eles se orienta pelo Direito

Administrativo, no que diz respeito à organização e funcionamento de seus serviços, à administração de seus bens, à regência de seu pessoal e à formalização dos seus atos de administração.

Depois de feitas tais considerações a respeito de Direito Público e Privado, e de conceituarmos Direito Administrativo, passaremos então a abordar a sua origem, para melhor entendermos esse ramo do Direito.

## **1.2. Origem do Direito Administrativo**

Neste capítulo, trataremos da origem do Direito Administrativo. De onde e como surgiu este ramo autônomo do Direito Público. Para tanto, utilizaremos as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 38).

O autor supra mencionado, expõe que:

O que hoje conhecemos por ‘Direito Administrativo’ nasceu na França. Por mais que as leis regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência do Conselho de Estado, que era um órgão encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre as duas partes. Tal órgão é alheio o Poder Judiciário. Estava e está integrado no próprio Poder Executivo, a despeito de ter natureza jurisdicional, isto é, de decidir com força de coisa julgada.

A origem do Direito Administrativo e do órgão referido advém de eventos que assim se podem resumir. Sobrevindo a Revolução Francesa, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Daí que era preciso aplicar um Direito ‘novo’, ainda não legislado. É que as normas do Direito até então existentes disciplinavam as relações entre particulares, inadaptadas, pois, para reger vínculos de outra índole, ou seja: os intercorrentes entre o Poder Público e os administrados, já agora submissos todos a uma ordem jurídica. Tais vínculos, consoante se entendia, demandavam uma disciplina específica, animada por outros princípios, que teriam que se traduzir em normas que viriam a ser qualificadas como ‘exorbitantes’, porque exorbitavam dos quadros do Direito até então conhecido, o Direito Comum. Foi o referido Conselho de Estado que, com suas decisões, forjou estes princípios e as concepções que se converteram no que se chama Direito Administrativo.

### 1.3. Conceito de Administração Pública

Neste item, trataremos da Administração Pública. O seu estudo compreende a sua estrutura e as suas atividades, e devem partir do conceito de Estado, que é responsável pela organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados.

Na conceituação do nosso Código Civil, o Estado é a pessoa jurídica de Direito Público Interno (artigo 14, inciso I). Segundo Biscaretti di Ruffia, citado por Hely Lopes Meirelles (2001, p. 55), o *“Estado é a pessoa jurídica territorial soberana, e como ente personalizado, tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público”*.

Esse é o Estado de Direito, ou seja, o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis.

O Estado é constituído por três elementos: Povo, Território e Governo soberano. Povo é o componente humano do Estado; Território é a sua base física; Governo soberano é o elemento condutor do Estado, que detém e exerce o poder absoluto de autodeterminação e auto-organização emanado do povo. A vontade estatal apresenta-se manifestada através dos Poderes de Estado, que na clássica tripartição de Montesquieu, até hoje adotada, são o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, independentes e harmônicos entre si (CF, artigo 2º). Cada um dos Poderes tem uma função de lhe é atribuída precipuamente.

*“Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três Poderes que compõem o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a organização da Administração, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções através de agentes públicos”* (2001, p. 58).

A Administração Pública, segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 59) é:

Em sentido formal, o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. Numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A

Administração não pratica atos de governo, pratica tão somente atos de execução, que são os chamados atos administrativos.

Para o mesmo autor o conceito de administração pública não é bem definido, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa. A esse respeito, tenta-se limitar o âmbito de ação do administrador público e assinalar os princípios jurídicos básicos que devem nortear a gestão dos negócios estatais.

Afirma que:

Em sentido lato, administrar é gerir interesses, segundo a lei, a moral e a finalidade dos bens entregues à guarda e conservação alheias. Se os bens e interesses geridos são individuais, realiza-se administração particular; se são da coletividade, realiza-se administração pública. Administração Pública, portanto, é a gestão de bens e interesses qualificados da comunidade no âmbito federal, estadual ou municipal, segundo os preceitos do Direito e da Moral, visando ao bem comum.

No Direito Público – do qual o Direito Administrativo é um dos ramos - a locução Administração Pública tanto designa pessoas e órgãos governamentais como a atividade administrativa em si mesma. Assim sendo, pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governos como à gestão mesma dos interesses da coletividade (2001, p. 78).

Bem como acentua Renato Alessi, citado por Hely Lopes Meirelles (2001, p. 79), subjetivamente a Administração pública é o conjunto de órgãos e serviços do Estado e objetivamente é a expressão do Estado agindo in concreto para satisfação de seus fins de conservação, de bem estar individual dos cidadãos e de progresso social. Na amplitude desse conceito entram não só os órgãos pertencentes ao poder Público como, também, as instituições e empresas particulares que colaboram com o Estado no desempenho de serviços de utilidade pública ou de interesse coletivo, ou seja, a Administração centralizada (entidades estatais) e a descentralizada entidades autárquicas, fundacionais e empresariais) e os entes de cooperação (entidades paraestatais).

Apreciados o Estado e a Administração Pública na sua estrutura, organização e conceito, passaremos agora ao estudo de sua natureza e finalidade; indicando posteriormente os princípios básicos que devem nortear toda a atividade administrativa.

#### 1.4. Natureza e finalidade da Administração Pública

No estudo ora apresentado, abordaremos neste item, a natureza e finalidade da Administração Pública como atividade tendente a realizar os objetivos do Estado.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 80):

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. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrativos pelo Estado. Na administração particular o administrador recebe do proprietário as ordens e instruções de como administrar as coisas que lhe são confiadas; na administração pública essas ordens e instruções estão concretizadas nas leis, regulamentos e atos especiais, dentro da moral da instituição. Daí o dever indeclinável de o administrador público agir segundo os preceitos do Direito e da moral administrativa, porque tais preceitos é que expressam a vontade do titular dos interesses administrativos – o povo – e condicionam os atos a serem praticados no desempenho do múnus público que lhe é confiado.

Acerca da finalidade da Administração Pública, o que deve ser levado em consideração é o fim a ser alcançado, e não a vontade do administrador. Destarte, supõe a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo à atividade administrativa, uma finalidade própria.

O mesmo autor, anteriormente citado, nos ensina que:

A finalidade da administração pública resume-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade.

No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrativa. Descumpri-los ou renunciá-los equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração.

Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda

a comunidade administrativa, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio da finalidade (2001, p. 81).

Portanto, podemos concluir que o Direito Administrativo traça as diretrizes a serem seguidas pela Administração Pública. Devido à amplitude de seu conceito, é permitido ao Direito Administrativo reger toda e qualquer atividade administrativa, provenha ela do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário, desde que seus órgãos estejam atuando como administradores de seus serviços, bens ou de seu pessoal. Destarte, tenta-se limitar o âmbito de atuação do administrador público e assinalar os princípios jurídicos básicos que devem nortear a Administração Pública, os quais veremos a seguir.

## II - Dos princípios que norteiam a Administração Pública

Neste capítulo abordaremos os princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública. Tais princípios estão expressamente previstos no artigo 37, caput, da Constituição Federal, a saber: princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

Entretanto, existem outros princípios que, embora não mencionados no caput do artigo 37, foram textualmente enumerados pelo artigo 2º da Lei Federal nº 9784/99. Essa mesma norma dispõe que a Administração Pública deve obedecer aos princípios aí referidos, pois nela se contém um verdadeiro conteúdo de norma geral da atividade administrativa.

Necessário se faz salientar que, é por estes padrões que deverão se pautar todos os atos e atividades administrativas dos agentes públicos ou de todo aquele que exercer o poder público.

Constituem, por assim dizer, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 82), “*os fundamentos da ação administrativa, ou seja, o suporte da atividade pública. Desprezá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e esquecer o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais*”.

“*Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes. Princípios, neste sentido, são os alicerces da ciência*”. É o conceito de José Cretella Júnior (Revista de Informação Legislativa, v. 97:7).

Deste modo, os princípios são de suma importância, não só para o Direito Administrativo, como também para todos os demais ramos do Direito, pois constituem a base, o alicerce, o fundamento de todas as normas subsequentes, permitindo assim, que a Administração e o Judiciário estabeleçam o equilíbrio necessário entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da Administração. Vejamo-los.

## 2.1. Princípio da legalidade

O princípio da legalidade constitui uma das principais garantias dos direitos individuais, pois ao mesmo tempo em que a lei define, estabelece os limites da atuação administrativa que, em benefício da coletividade, tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos.

Segundo tal princípio, a Administração Pública só pode atuar em conformidade com a lei, ou seja, a sua vontade decorre da lei.

Enquanto no Direito Privado, os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe; já no Direito Público, a Administração Pública só pode fazer o que a lei expressamente autoriza. É o que nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 68), ao dizer que, *“segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações particulares, o princípio aplicado é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”*.

Nesta mesma linhagem, Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 101) afirma que, *“a função administrativa se subordina à legislativa não apenas porque a lei pode estabelecer proibições e vedações à Administração, mas também porque esta só pode fazer aquilo que a lei antecipadamente autoriza”*.

No direito positivo brasileiro, o princípio da legalidade, além de expresso no artigo 37, também está contido no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, ao estabelecer que ‘ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei’.

Podemos observar que o princípio da legalidade é o da completa submissão da Administração Pública às leis, pois esta deve tão somente obedecê-las, cumpri-las, pô-las em prática. Administrar é prover aos interesses públicos, definidos em lei, agindo em conformidade com os meios e formas estabelecidas. Evidente está que a administração é uma atividade que se submete à lei, que está completamente atrelada a ela e que sua função é a de tão somente fazer cumprir a lei preexistente.

## **2.2. Princípio da impessoalidade**

Neste princípio se traduz a idéia de que a Administração Pública tem que tratar a todos os administrados da mesma forma, sem discriminação ou benefícios. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 114), “nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatia ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa”. Para o mesmo autor, o princípio em causa não é, senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia que está consagrado explicitamente no artigo 37, caput, da Constituição Federal.

De acordo com Hely Lopes Meirelles, o princípio da impessoalidade, referido na Constituição (artigo 37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal, que é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objeto do ato, de forma impessoal.

Ensina-nos Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 71) que:

Exigir impessoalidade da Administração Pública tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento. No segundo sentido, significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato.

Como tal princípio exige que o ato seja sempre praticado em conformidade com a finalidade pública, que é o interesse público; o administrador fica impedido de atuar de forma a buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou alheio. O princípio veda a prática do ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição. Conforme lição de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 86).

### **2.3. Princípio da moralidade**

De acordo com tal princípio, a Administração e seus agentes têm o dever de agir na conformidade dos princípios éticos. É o que nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 119), ao afirmar que:

Violar os princípios éticos implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação. Compreendem-se em seu âmbito, os chamados princípios da lealdade e boa-fé, que dispõem que a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e honestidade, sendo-lhe proibido qualquer comportamento astucioso, contaminado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos.

A moralidade administrativa constitui pressuposto de todo ato da Administração Pública (artigo 37, caput da Constituição Federal). Diz Maurice Hauriou, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 83), que:

Não se trata da moral comum, mas sim de um moral jurídica, entendida como ‘o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração Pública’. Desenvolvendo sua doutrina, explica o mesmo autor que o agente administrativo, como ser humano dotado de capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o bem do mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não poderá desprezar o elemento ético de sua conduta. Por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, pois, nem tudo que é legal é honesto. A moral comenta Hauriou, é imposta ao homem para sua conduta externa; a moral administrativa é imposta ao agente público para a sua conduta interna, segundo as exigências da instituição a que serve e a finalidade de sua ação: o bem comum.

O TJSP decidiu, como inegável acerto, que ‘o controle jurisdicional se restringe ao exame da legalidade do ato administrativo; mas por legalidade ou legitimidade se entende não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo’. Decidiu que, só pela infringência do princípio da moralidade administrativa, é possível a anulação do ato administrativo (RJTJSP 135/31).

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 84):

A moralidade do ato administrativo juntamente com a sua legalidade e finalidade, além de sua adequação aos demais princípios constitucionais constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima. O inegável é que a moralidade administrativa integra o Direito como elemento indissociável na sua aplicação e na sua finalidade, erigindo-se em fator de legalidade.

A Lei 9784/99 prevê o princípio da moralidade administrativa, no artigo 2º, caput, como um dos princípios a que se obriga a Administração Pública; e, no parágrafo único, inciso IV, exige ‘atuação segundo padrões de probidade, decoro e boa-fé’.

## **2.4. Princípio da publicidade**

Tal princípio está consagrado expressamente no artigo 37, caput, como também no artigo 5º, inciso XXXIII (direito à informação), ambos da Constituição Federal. A Lei 9784/99, além de prever o atendimento ao princípio da legalidade, dispõe que nos processos administrativos é obrigatória a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas no artigo 2º, parágrafo único, inciso IV, da Constituição.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 87) afirma que publicidade é:

A divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. Daí porque as leis, atos e contratos administrativos que produzem conseqüências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros. A Constituição Federal declara expressamente, em seu artigo 112 que as leis e atos administrativos externos deverão ser publicados no órgão oficial do Estado, para que produzam os seus efeitos regulares.

Afirma ainda que:

publicidade não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza. Os atos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus efeitos regulares como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade (2001, p. 88).

Como podemos observar, o princípio da publicidade visa proporcionar não só o seu conhecimento, mas também o seu controle pelos interessados. Consagra-se em tal princípio, o dever do administrador de manter a transparência em seus comportamentos, pois não pode haver ocultação dos assuntos públicos a que todos interessam.

## **2.5. Princípio da eficiência**

A Emenda Constitucional nº 19/98, inseriu o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput. Também a Lei 9784/99 fez referência a ele no artigo 2º, caput.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 90-91), fala na eficiência como um dos deveres da Administração Pública, definindo-o como:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”. Acrescenta ele que “esse dever de eficiência, corresponde ao dever de boa administração, da doutrina italiana, o que se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Decreto-Lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (artigos 13 e 25, inciso V), fortalece o sistema de mérito (artigo 25, inciso VIII), sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (artigo 26, inciso III) e recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (artigo 100).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 83):

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho

possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve desprezar na Administração Pública, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Por esse motivo, a Constituição o mencionou como um dos princípios que devem conduzir a função administrativa.

Apesar da Constituição mencionar de modo expresso somente esses cinco princípios acima citados, entretanto existem outros que merecem igual relevância. A Lei 9.784/99 que “regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal”, cujo artigo 2º arrola, entre outros, alguns princípios que devem ser igualmente observados pela Administração Pública, a saber, o da motivação, segurança jurídica, supremacia do interesse público, razoabilidade e proporcionalidade. Passaremos agora a comentá-los.

## **2.6. Princípio da motivação**

O princípio da motivação exige que a Administração indique os fundamentos de suas decisões. Tal princípio está consagrado na Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso X, ao dispor que todas as decisões devem ser fundamentadas. Na Constituição Paulista, o artigo 111 inclui expressamente a motivação entre os princípios da Administração Pública.

Na Lei 9784/99, o princípio da motivação é previsto no artigo 2º, caput, havendo, no parágrafo único, inciso VII, exigência de “indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão”. Além disso, o artigo 50 estabelece a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos.

Tal princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 112), implica para a Administração:

O dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de fato e de direito, 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 aferir

a harmonia da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de suporte. A motivação deve ser prévia ou atual 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 interferências de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicanda pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aplicação dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 93) afirma que:

Pela motivação o administrador público justifica sua ação administrativa, indicando os fatos (pressupostos de fato) que propiciam o ato e os preceitos jurídicos (pressupostos de direito) que autorizam sua prática. Claro está que em certos atos administrativos oriundos do poder discricionário a justificação será dispensável, bastando apenas evidenciar a competência para o exercício desse poder e a conformação do ato com o interesse público, que é pressuposto de toda atividade administrativa. Em outros atos administrativos que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação deve apontar a causa e os elementos determinantes da prática do ato administrativo, bem como o dispositivo legal em que se funda. Esses motivos afetam de tal maneira a eficácia do ato que sobre eles se edificou a denominada 'teoria dos motivos determinantes'.

Assim sendo, os atos administrativos devem ser motivados para que sejam afastadas as suspeitas e resistências decorrentes da desconhecida legalidade do ato; assim como para que fique demonstrada a atuação ética do administrador pela exposição dos motivos que o levaram a praticar o ato em questão.

## **2.7. Princípio da segurança jurídica**

O princípio da segurança jurídica foi inserido como princípio da Administração Pública pelo artigo 2º, caput, da Lei 9784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal e determina a obediência ao princípio da segurança jurídica (artigo 1º). Como uma das conseqüências dessa determinação, ao tratar da interpretação da norma administrativa, essa lei veda textualmente a 'aplicação retroativa de nova interpretação' (artigo 1º, inciso XIII, parte final, do parágrafo único).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 124) diz que:

A ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as conseqüências imputáveis a seus atos. O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social, daí o chamado princípio da segurança jurídica.

O objetivo da inclusão desse dispositivo, segundo Maria Sylvia Di Pietro (2003, p. 84-85), foi o de:

Vedar a aplicação retroativa de nova interpretação de lei no âmbito da Administração Pública. Essa idéia ficou expressa no parágrafo único, inciso XIII, do artigo 2º, quando impo, entre os critérios a serem observados, a interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige, vedada a aplicação retroativa de nova interpretação.

Explica a autora que, o princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudanças de interpretação de determinadas normas legais, com a conseqüente mudança de orientação, em caráter normativo, afetando situações já reconhecidas e consolidadas na vigência de orientação anterior. Essa possibilidade de mudança de orientação é inevitável, porém gera insegurança jurídica, pois os interessados nunca sabem quando a sua situação será passível de contestação pela própria Administração Pública. Daí a regra que veda a aplicação retroativa.

Sabe-se que a lei muda constantemente devida à própria evolução do Direito, e em decorrência dessas alterações é que princípio da segurança jurídica foi instituído, para que o administrado não tenha seus direitos a mercê de interpretações jurídicas que variam no tempo. Ademais, o artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, dispõe que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

## **2.8. Princípio da supremacia do interesse público**

O princípio do interesse público, também chamado de princípio da finalidade pública, está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei 9784/99, que o coloca como um dos

princípios de observância obrigatória pela Administração Pública e especificado no parágrafo único, com a exigência de atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei (inciso II).

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 96):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência.

Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais; que são imperativos como qualquer ato do Estado.

A Administração Pública está, por lei, ligada ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatória objetivá-las para visar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público que tem de agir, fazendo-o na conformidade da lei. Portanto, exerce função, que se traduz na idéia de indeclinável atrelamento a um fim preestabelecido e que deve ser atendida para o benefício de um terceiro. É situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2001, p. 95):

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Essa supremacia do interesse público é o motivo da desigualdade jurídica entre a Administração e os administrados, que no estudo da interpretação do Direito Administrativo é apontado como um de seus pressupostos. A Lei 9784/99, no inciso XII do parágrafo único do artigo 2º, diz que se deve interpretar a norma administrativa de forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige.

Ligado a esse princípio de supremacia do interesse público – também chamado de princípio da finalidade pública - está o da indisponibilidade do interesse público que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2001, p. 96):

Significa que sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas curá-los, na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

Mais além, diz que:

As pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização. Esta disponibilidade está permanentemente retida nas mãos do Estado em sua manifestação legislativa. Por isso a Administração e a pessoa administrativa, autárquica, têm caráter instrumental.

Diante do exposto, nota-se que o princípio da supremacia do interesse público, permite que a Administração Pública tenha a prerrogativa de impor certas obrigações a terceiros por meio de atos unilaterais, para que assim possa atuar como representante do interesse público.

## **2.9. Princípio da razoabilidade e proporcionalidade**

A Lei 9784/99 prevê os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, determinando nos processos administrativos a observância do critério de adequação entre os meios e fins, e veda imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (artigo 2º, parágrafo único, inciso VI).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 81) afirma que:

Embora a Lei 9784/99 faça referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, separadamente, na realidade, o segundo constitui um dos aspectos contidos no primeiro. Isto porque o princípio da razoabilidade, entre outras coisas, exige proporcionalidade entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar. E essa proporcionalidade deve ser medida não pelos critérios pessoais do administrador, mas segundo padrões comuns na sociedade em que vive; e não pode ser medida diante dos termos frios da lei, mas diante do caso concreto. Com efeito, embora a lei deixe um espaço livre para decisão administrativa, segundo critérios de oportunidade e conveniência, essa liberdade às vezes se reduz no caso concreto, onde fatos podem apontar para o administrador a melhor solução. Se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade.

O princípio da razoabilidade, sob aferição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei 9784/99, que impõe à Administração Pública: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (inciso VI); observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII); adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados (inciso IX); e também está previsto no artigo 29, § 2º, segundo o qual os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para estes.

O respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o artigo 37 da Lei Magna, conjuntamente com os artigos 5º, inciso II e 84, inciso IV.

Este princípio, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 110):

Enuncia a idéia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente requerido para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, portanto transbordam do âmbito da competência, ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

O mesmo autor afirma que o princípio da proporcionalidade é decomposto em três elementos a serem observados nos casos concretos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Conforme expressões de Canotilho, a adequação impõe que a medida adotada para a realização do interesse público deve ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes; o princípio da necessidade ou da menor intervenção possível coloca a tônica na idéia de que o cidadão “tem direito à menor desvantagem possível” e o princípio da proporcionalidade em sentido estrito é entendido “como princípio da justa medida”. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim (2008, p. 111).

Segundo lições de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 86):

O princípio da razoabilidade, implícito na Constituição Federal, pode ser chamado de princípio da proibição de excesso, que objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais.

A razoabilidade está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe de instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário ou até mesmo pelos Tribunais de Contas. Entretanto, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 109):

É óbvio que uma providência administrativa desarrazoada, incapaz de passar com sucesso pelo crivo da razoabilidade, não pode estar conforme a finalidade da lei, que se padecer deste defeito será violadora do princípio da finalidade. Isto equivale dizer que será ilegítima, conforme visto, pois finalidade integra a própria lei. Em consequência será anulável pelo Poder Judiciário, a requerimento do interessado.

A Constituição do Estado de São Paulo, no artigo 111, inclui entre os princípios a que se sujeita a Administração Pública o da razoabilidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 80) diz que, “*trata-se de princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de se impor limitações à*

*discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”.*

Diogo de Figueiredo Moreira Neto dá maior realce a esse último aspecto ao afirmar que pelo princípio da razoabilidade, o que se pretende é considerar se determinada decisão, atribuída ao Poder Público, de integrar discricionariamente uma norma, contribuirá efetivamente para um satisfatório atendimento dos interesses públicos. Ele afirma que na discricionariedade tem que haver uma relação de pertinência entre oportunidade e conveniência, de um lado, e a finalidade, de outro. Para esse autor, a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.

Como falado anteriormente, os princípios são de suma importância para qualquer ramo do Direito. Agora que completamos o estudo sobre eles, passaremos a abordar um dos tipos de atos da Administração Pública, a saber, o ato administrativo.

### **III – Dos atos administrativos**

Neste capítulo, trataremos do ato administrativo, levando em consideração seu conceito, requisitos e atributos. Após, abordaremos a diferença entre a vinculação e a discricionariedade do ato administrativo, ou seja, o ato vinculado e ato discricionário. Também será estudado o mérito do ato administrativo e a chamada teoria dos motivos determinantes.

Para iniciarmos, faz-se necessário dizer que o ato administrativo é uma denominação especial dada ao ato jurídico, quando a Administração Pública dele se utiliza para realizar sua função executiva.

#### **3.1. Conceito**

Para conceituarmos o ato administrativo, faremos uso dos ensinamentos e citações de alguns autores que mencionaremos ao longo deste item.

A noção de ato administrativo surgiu para individualizar um tipo de ato estatal, que segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 376):

É marcado por características contrapostas às dos atos civis (privados) e às dos atos típicos dos poderes Legislativo e Judiciário (leis e sentença, respectivamente), parece ser um processo adequado para construção de seu conceito reunir os elementos que os fazem distintos de um e de outros”.

O mesmo autor diz que é possível conceituar ato administrativo como:

Declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (2008, p. 378).

O autor afirma que o conceito dado corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo, e que ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito. Diz ainda que:

Em acepção estrita pode-se conceituar ato administrativo com os mesmos termos utilizados acrescentando as características: concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativa pública, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição Federal, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional (2008, p. 379-380).

A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. Diante disso, conclui-se que o conceito de ato administrativo é o mesmo do ato jurídico, uma vez que os elementos formadores deste são os mesmos daquele, acrescentando-se apenas, a finalidade pública.

É o que nos ensina Hely Lopes Meirelles (2001, p. 141), ao dizer que:

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

Salienta-se ainda, que:

A condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja nessa qualidade, usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado; a segunda é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para a administração, para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores; a terceira é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo forma legal (2001, p. 142).

Desta forma se vê que o ato administrativo típico é sempre manifestação volitiva da Administração, no desempenho de suas funções de Poder Público, visando a produzir algum efeito jurídico; sendo que o ato administrativo é espécie do gênero ato jurídico.

### **3.2. Requisitos dos atos administrativos**

Nessa matéria, o que se observa é a divergência doutrinária quanto à indicação dos requisitos do ato administrativo, também denominados por alguns, de elementos do ato administrativo.

Não há concordância total entre os autores sobre a identificação e o número de tais elementos; porém, apesar das divergências aludidas, adotaremos a orientação que se encontra em nosso direito positivo brasileiro a partir da Lei 4.717/65 (Lei da ação popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos menciona os cinco requisitos dos atos administrativos: competência, forma, objeto, motivo e finalidade.

Tais requisitos, ao examinarmos o ato administrativo, revelam-se necessários à sua formação, e constituem a estrutura do ato, quer seja vinculado, quer discricionário. A ausência deles implicará na falta de condições de eficácia para produzir efeitos válidos.

Deste modo, passaremos a apresentá-los, utilizando os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles, que adota os mesmos requisitos indicados na lei supracitada. Vejamo-los.

#### **3.2.1. Competência**

Para que o ato administrativo possa ser praticado, uma das condições de sua validade é a competência. Independentemente do ato ser vinculado ou discricionário, para ser realizado

validamente, é necessário que o agente público tenha competência, ou seja, que disponha de poder conferido pela lei para praticá-lo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2001, p. 143), entende-se por competência administrativa:

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

Sendo um requisito de ordem pública, a competência administrativa é intransferível e improrrogável, podendo, no entanto, ser delegada e avocada, desde que as normas reguladoras da Administração Pública assim o permitam.

### **3.2.2. Finalidade**

Outro requisito necessário ao ato administrativo é a finalidade, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. Segundo o mesmo autor acima citado (2001, p. 143):

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo, discricionário ou vinculado, porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos não se dirigem sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo.

A finalidade do ato administrativo é aquela que a lei indica; não restando ao administrador qualquer tipo de escolha, pois está totalmente vinculada à vontade legislativa.

Diante disso, fica claro que qualquer alteração na finalidade expressa na norma, caracteriza desvio de poder (ou desvio de finalidade), que acarreta a invalidação do ato, por lhe faltar um de seus requisitos, o fim público desejado pelo legislador, ou seja, a finalidade.

Cada ato tem uma finalidade prevista em lei, por isso, só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo previsão legal. A prática de um ato para alcançar finalidade diversa da lei, caracteriza “desvio de poder” ou “desvio de finalidade”. Ocorre desvio de poder e, conseqüentemente, invalidade do ato, quando o agente busca uma finalidade alheia ao interesse público.

### **3.2.3. Forma**

A forma do ato administrativo consiste na exteriorização do mesmo, ou seja, o modo pelo qual a declaração de vontade da Administração se exterioriza.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 144) afirma que:

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

Partindo-se das considerações feitas acima, pode-se afirmar que a forma é condição de existência do ato. A inexistência da forma induz a inexistência do ato. Claro está que a inobservância das formalidades previstas em lei, vicia o ato, tornando-o passível de invalidação.

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

### 3.2.4. Motivo

A Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seu artigo 2º, inciso VII, dispõe que nos processos administrativos serão observados, entre outros critérios, o da indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinam a decisão. Com isto criou-se o dever de motivar.

O motivo ou causa, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 145) é:

A situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei como pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.

A mesma lei acima referida traz a motivação como um dos princípios a serem observados pela Administração. Denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos e dos fundamentos jurídicos do ato. Assim, motivo e motivação expressam conteúdos jurídicos diferentes.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 392):

Não se confunde o motivo do ato administrativo com a 'motivação' feita pela autoridade administrativa. A motivação integra a formalização do ato, sendo um requisito formalístico dele. É a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciados a regra de Direito, os fatos em que o agente se firmou para decidir e a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e os praticados. Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como causa do ato administrativo.

O motivo pode ou não ser previsto em lei. Quando houver previsão legal, o agente só poderá praticar o ato se houver ocorrida a situação prevista em lei, porém, quando não houver, o agente tem liberdade de escolha do motivo, sob o qual editará o ato. Portanto, se o agente praticar um ato alegando um determinado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo alegado, e a este ficará vinculado.

Portanto, se o motivo alegado for inexistente, o ato será inválido. Esta vinculação entre o administrador e o motivo alegado é conhecida doutrinariamente como teoria dos motivos determinantes, que abordaremos posteriormente.

### 3.2.5. Objeto

Objeto é aquilo sobre o qual o ato dispõe. Não pode haver ato sem que exista algo a que ele se reporte. Sem objeto não pode surgir ato jurídico algum. Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico que o ato produz, ou seja, quando em decorrência dele, nasce, extingue, transforma um determinado direito.

De acordo com as lições de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 146):

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Neste sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes. O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério da Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por uma simples mudança de juízo subjetivo, do administrador pelo do juiz, sem qualquer fundamento em lei.

Podemos sintetizar tudo o que foi dito acima, concluindo que o sujeito é o autor, quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzi-lo, forma é o revestimento externo do ato: sua exteriorização; objeto ou conteúdo é a disposição jurídica expressada pelo ato: é o que ele estabelece; motivo é a situação que autoriza ou exige a prática do ato; finalidade é o bem jurídico a que o ato deve atender. Sem os elementos não há ato algum.

### 3.3. Atributos dos atos administrativos

A Administração Pública, por representar os interesses públicos e por desenvolver atividade voltada à realização dos mesmos, dispõe de meios jurídicos peculiares, ou seja, possui certas prerrogativas de que não desfrutam os particulares.

Os atos administrativos, como emanções do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes dão características próprias e condições

peculiares de atuação. Referimo-nos à presunção de legitimidade, à imperatividade, à exigibilidade e à auto-executoriedade, que veremos a seguir.

### **3.3.1. Presunção de legitimidade**

A presunção de legitimidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração Pública. Trata-se da qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário, isto é, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração, até serem questionados em juízo.

Essa presunção, de acordo com Hely Lopes Meirelles (2001, p. 150):

Decorre do princípio da legalidade da Administração que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade dos atos administrativos responde a exigência de celeridade e segurança das atividades do Poder Público, que não poderiam ficar na dependência da solução de impugnação dos administrados, quanto à legitimidade de seus atos, para só após dar-lhes execução.

Se não existisse tal atributo, toda a atividade administrativa seria diretamente questionada, o que causaria obstáculos para o cumprimento dos fins públicos.

### **3.3.2. Imperatividade**

É a qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância, constituindo-os unilateralmente em obrigações. A imperatividade do ato administrativo, não depende da sua declaração de validade ou invalidade, assim, sendo, todo ato dotado de imperatividade deve ser cumprido ou atendido, pois as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si a presunção de legitimidade.

Hely Lopes Meirelles (2001, p. 152) afirma que:

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles o dispensam, por desnecessários à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa nascem sempre com imperatividade, ou seja, com força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos auto-executórios) ou pelo Judiciário (atos não auto-executórios).

A imperatividade decorre da prerrogativa que tem o Poder Público de, por meio de seus atos unilaterais, impor obrigações a terceiros, independente de sua concordância. A imperatividade é uma das características que distingue o ato administrativo do ato privado; este último não cria qualquer obrigação para terceiros sem a sua concordância.

### **3.3.3. Exigibilidade**

A exigibilidade é um atributo que nem todos os autores mencionam. O conceito dado a seguir é de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 411), que diz que:

A exigibilidade é a qualidade em virtude da qual o Estado no exercício da função administrativa, pode exigir de terceiros o cumprimento, a observância que se impôs. Não se confunde com a simples imperatividade, pois, através dela, apenas se constitui uma dada situação, se impõe uma obrigação. A exigibilidade é o atributo do ato pelo qual se impele à obediência, ao atendimento da obrigação já imposta, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário para induzir o administrado a observá-la.

### **3.3.4. Auto-executoriedade**

A auto-executoriedade consiste em atributo pelo qual o ato administrativo pode ser posto em execução pela própria Administração Pública, sem necessidade de intervenção do Poder Judiciário, ou seja, é a qualidade pela qual o Poder Público pode obrigar materialmente o

administrado, sem precisão de buscar previamente as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 411), que é um dos autores que faz menção à exigibilidade como um dos atributos do ato administrativo, afirma que:

A auto-executoriedade não se confunde com a exigibilidade, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de coação material, de execução do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade, mas que não possuem auto-executoriedade. Exemplo: a intimação para que o administrado construa calçada defronte sua casa ou terreno não impõe apenas esta obrigação, mas é exigível porque, se o particular desatender ao mandamento, pode ser multado sem que a Administração necessite ir ao Judiciário para que lhe seja atribuído ou reconhecido o direito de multar. Ainda mais: a Administração pode construir a calçada, por conta própria, e debitar o custo desta obra ao administrado, igualmente sem necessidade de socorrer-se das vias judiciais para realizar esta construção. Entretanto, não pode obrigar materialmente, coativamente, o particular a realizar a construção da calçada. Nos casos de auto-executoriedade, pelo contrário, a Administração, por si mesma, compele o administrado, como quando interdita uma fábrica, quando se apossa de bens indispensáveis ao consumo da população em caso de calamidade pública, quando apreende medicamentos cujo prazo de validade se expirou, quando interna uma pessoa portadora de moléstia infecto-contagiosa em época de epidemia, entre outras.

Sintetizando o que foi dito acima, podemos verificar que, no que diz respeito aos atributos mencionados, pela presunção de legitimidade, o ato administrativo, quer seja impositivo de uma obrigação, quer seja atributivo de uma vantagem é presumido como legítimo; pela imperatividade o ato cria para terceiro, independentemente de sua concordância, uma obrigação; pela exigibilidade, o ato sujeita o administrado à observância de uma dada situação por meios indiretos impostos pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário; pela auto-executoriedade, o ato subjuga o administrado à obediência por meio da coação direta aplicada pela Administração, independentemente de ordem judicial.

Concluimos que, tendo em vista os interesses públicos que a Administração Pública deve proteger, realizar e assegurar, lhe são conferidas certas prerrogativas a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente as finalidades consagradas como próprias da coletividade. Tais prerrogativas são conhecidas como atributos do ato administrativo, acima analisados.

A justificação das prerrogativas, que assistem à Administração Pública reside na qualidade dos interesses que deve prover. Por isso, a utilização de suas prerrogativas só é legítima quando usada para a realização de interesses públicos e na medida em que sejam necessárias para satisfazê-los.

Tais atributos exteriorizam bem a posição de supremacia da Administração, a qual não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos, a possibilidade de constituir os particulares em obrigação por ato unilateral.

### **3.4. Vinculação e Discricionariedade**

Neste item, trataremos de uma das classificações do ato administrativo, a saber, o ato vinculado ou regrado e o ato administrativo discricionário; uma vez que o presente estudo enfoca-se no controle judicial do ato administrativo discricionário.

Uma das grandes diferenciações que se faz entre os atos administrativos e a qual se atribui grande importância, é a que os separa em atos vinculados e discricionários. Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista, a Administração não interfere com apreciação subjetiva. Já os atos discricionários, pelo contrário, seriam os que a Administração pratica com certa margem de liberdade de avaliação ou decisão segundo critérios de conveniência e oportunidade formulados por ela mesma, ainda que adstrita à lei reguladora da expedição deles.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 422):

A diferença entre eles residiria em que nos atos vinculados, a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos atos discricionários a disciplina legal deixa ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar.

Pode-se dizer que um ato é vinculado quando a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de determinada forma. Porém, em outras hipóteses, lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas

válidas perante o direito. Nesses casos, o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência.

Mesmo assim, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, pois a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites da lei. A autoridade administrativa não pode ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 158):

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Neste caso, as imposições legais limitam, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que a ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-o passível de anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Salienta, ainda que:

Tais atos, estando estreitamente confinados pela lei ou regulamento, permitem ao Judiciário revê-los em todos os seus aspectos, porque em qualquer deles poderá revelar-se a infringência dos preceitos legais ou regulamentares que condicionam a sua prática. Entretanto, não é dado ao Poder Judiciário dizer da conveniência, oportunidade ou justiça da atividade administrativa, mas, no exame da legalidade, na aferição dos padrões jurídicos que serviram de base à realização do ato impugnado (2001, p. 159).

Para o mesmo autor, os atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização. A discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Discrção é liberdade de ação dentro dos limites legais. A discricionariedade administrativa encontra fundamento e justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar e, para os quais a lei não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para o caso concreto.

Em memorável acórdão do TJRN, o então desembargador Seabra Fagundes resumiu a questão da discricionariedade administrativa, nestes termos:

A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, com toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que distingue da competência vinculada é a maior mobilidade que a lei enseja o executar no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está

presa à lei em todos os seus elementos (competência, motivo, forma, objeto e finalidade), no pratica o ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Entre praticar o ato ou dele abster-se, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo, ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário, está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro (TJRN, RDA 1/52).

Pode-se, concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

E a atuação discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

A discricionariedade está em permitir o legislador que a autoridade administrativa escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei, segundo critérios de conveniência e oportunidade.

A atividade discricionária não dispensa a lei, nem se exerce sem ela, senão com observância e sujeição a ela. Para execução de um ato discricionário é indispensável que o Direito ou a legislação administrativa confira tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato.

### **3.5. Mérito do ato administrativo e Teoria dos motivos determinantes**

Tanto para explanarmos sobre o mérito do ato administrativo, quanto para a teoria dos motivos determinantes, faremos uso das palavras de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 146), que seguem abaixo transcritas:

O mérito do ato administrativo consiste na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração Pública incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Sua presença pode

ser constatada toda vez que a Administração decidir ou atuar, valorando internamente as conseqüências ou vantagens do ato.

Nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o processo administrativo, não há de se falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), existem outros (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder.

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

É conveniente reter que o mérito administrativo só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração de oportunidade e conveniência. Em se tratando de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se abrigue qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

Resumidamente, afirma-se que o mérito é o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade, existente somente nos atos discricionários.

A respeito da teoria dos motivos determinantes, tem-se que:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmos os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.

Para maior compreensão, exemplificaremos: se o superior, ao dispensar um funcionário exonerável, declarou que o fez por improbidade de procedimento, essa 'improbidade' passará a ser o motivo determinante do ato e sua validade e eficácia ficarão na dependência da efetiva existência do motivo declarado. Se inexistir a declarada 'improbidade' ou não estiver regularmente comprovada, o ato de exoneração será inválido, por ausência ou defeito do motivo determinante. No mesmo caso, porém, se a autoridade competente houvesse dispensado o mesmo funcionário sem motivar exoneração (e podia fazê-lo, por se tratar de ato decorrente de faculdade discricionária), o ato seria perfeitamente válido e inatacável (2001, p. 188).

Conclui-se que, quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.

#### **IV – Do controle judicial**

Neste capítulo trataremos do controle judicial dos atos administrativos, em especial dos atos discricionários, que é o ponto central do presente estudo. Para tanto, faremos algumas considerações gerais, passando a delimitar a discricionariedade administrativa, bem como a extensão do controle judicial e os meios de controle.

Para iniciarmos, necessário se faz dizer que controle judicial é aquele exercido pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle de legalidade, visto que se restringe à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe que não se pode excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito, individual ou coletivo. Diante disso, é facultado ao Judiciário julgar todo ato administrativo praticado por qualquer agente. Seu julgamento, porém é limitado apenas quanto ao objeto de controle, que deve ser unicamente a legalidade, sendo-lhe vedado pronunciar-se sobre conveniência e oportunidade do ato em exame, ou seja, sobre o mérito administrativo.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 664):

A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia, pois a Administração Pública está sujeita ao império da lei, pois todo ato, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se

desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado.

Até mesmo os atos discricionários ficam submetidos ao controle judicial, pois estão sujeitos à verificação da legalidade como qualquer outro. O que não se permite ao Judiciário é ir além do exame da legalidade, para emitir um juízo de mérito sobre os atos da Administração.

Em consonância com o sobredito, têm-se os ensinamentos do mesmo autor acima citado, que afirma que:

A competência do Judiciário para a revisão dos atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade pública. Tanto é ilegal o ato que desatende à lei formalmente, como ilegítimo o ato que violente a moral da instituição ou se desvia do interesse público (2001, p. 665).

Salienta-se, ainda que:

Ao Poder Judiciário é permitido indagar todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência e oportunidade, pois assim, estaria emitindo um pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, foge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais de Direito (2001, p. 666).

Não se pode confundir, o mérito administrativo do ato, que não permite a verificação judicial, com o exame de seus motivos determinantes, sempre passíveis de verificação em juízo. O controle judicial não poderá versar sobre a conveniência e oportunidade, mas poderá e deverá sempre examinar seu cabimento e a regularidade formal de sua imposição.

Neste sentido é a orientação do STF, deixando julgado que:

A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo.

Pode-se afirmar que, se tal critério é utilizado para os atos vinculados ou regrados, também pode ser aplicado aos atos discricionários da Administração, pois estes só se diferenciam

daqueles, por haver apenas maior liberdade no modo de sua prática, sem reconhecer ao Poder Público o direito de agir arbitrariamente, ou além de sua competência, ou contrariamente à moralidade e à finalidade administrativa, ou sem a publicidade necessária.

Como visto, é princípio em nosso ordenamento jurídico, e com respaldo na Constituição Federal, que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV). Nem mesmo a lei poderá esquivar-se deste preceito.

Um ato administrativo que venha a ser gravoso, provenha de onde provier, pode ser submetido ao órgão judicial a fim de que este verifique sua legitimidade e o elimine se restar configurada ofensa a um direito.

De acordo com o princípio da legalidade, a Administração só pode agir em obediência à lei, pautada nela e tendo como foco o fiel cumprimento das finalidades nela assinaladas. Como se sabe, enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, na atividade administrativa só pode fazer o que a lei expressamente permitir.

A Constituição Federal em seu artigo 37 dispõe que a Administração direta e indireta dos três Poderes, se sujeitará ao princípio da legalidade. Nota-se que os atos administrativos são rigorosamente marcados pelos ditames legais.

Salienta-se que qualquer norma constitui uma demarcação de um comportamento permitido e o obstáculo que interdita os comportamentos proibidos. Tal demarcação assemelha-se a uma linha que não pode ser ultrapassada, sob pena de violação do Direito.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 942):

O ditame constitucional tem caráter basilar em nosso sistema, alçando-se à categoria de verdadeiro princípio, que é por definição, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a compreensão das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Diante do exposto, evidente está que violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. O descumprimento ao princípio implica ofensa não apenas a um mandamento obrigatório, mas a todo um sistema de comandos, já que os princípios são os alicerces do ordenamento jurídico.

O descumprimento de um princípio é a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, pois representa a rebelião contra todo o sistema. Isto porque, ao ofendê-lo, abala-se toda a estrutura do sistema neles reforçada.

Destacada a importância dos princípios constitucionais, compete verificar como este se concilia com o exercício da discricionariedade, deferida pela lei à Administração. A adequação entre estes fornece a medida da extensão de atuação do Judiciário no controle de atos administrativos expedidos no exercício da liberdade discricionária.

#### **4.1. Discricionariedade**

Discricionariedade é a margem de liberdade, dado ao administrador pelo legislador, para que aquele possa eleger, segundo critérios de conveniência e oportunidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto, a fim de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da imprecisão das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução única para a situação de que se trata.

A discricionariedade justifica-se pela impossibilidade de o legislador prever todas as situações possíveis que o administrador poderia enfrentar; isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração necessário para atender às infinitas necessidades coletivas. A constante mudança do interesse público exige flexibilidade de atuação, com a qual pode revelar-se incompatível o moroso procedimento de elaboração das leis.

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe quando a lei expressamente a confere à Administração; quando a lei é omissa e não estabelece a conduta a ser adotada.

A distinção entre atos discricionários e atos vinculados tem importância fundamental no que diz respeito ao controle que o Poder Judiciário sobre eles exerce.

Com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu.

Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 210):

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

Pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; caso a autoridade tenha ultrapassado o espaço livre deixado pela lei, terá assim, invadido o campo da legalidade, e o Judiciário poderá invalidar o ato.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 961):

Nota-se que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que discricionários, pode se estender à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum impedimento existe, pois é meio pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do Direito.

No que tange ao exame dos motivos, nada impede que sejam verificados pelo Judiciário, pois em recente acórdão (RE 17.126), o STF exprimiu que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração.

Caio Tácito, mencionado por Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 962), diz que:

Se inexistir o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio do Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autoriza a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário a mero endossante

da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 963), afirma que:

Assim como ao Judiciário compete eliminar todo comportamento ilegítimo da Administração que violem a ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, eliminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto da discricionariedade, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária. A análise dos pressupostos de fato que embasaram a situação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao confronto entre o enunciado legal e a situação concreta.

No que diz respeito ao exame da finalidade, assim como no exame dos motivos, cabe ao Poder Judiciário controlar a legitimidade da atuação administrativa. Apesar disso, tem-se a teoria do desvio de poder, também conhecida como teoria do desvio da finalidade.

Tal teoria consiste na prática do ato, pelo administrador, em desacordo com a finalidade prevista em lei, ou seja, é o exercício de uma competência em descompasso com a finalidade em vista da qual foi instituída.

No desvio de poder, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 964):

O agente, ao manipular um entrelaçamento de poderes, evade-se da finalidade que lhe é própria, ou seja, extravie-se da finalidade cabível em face da regra em que a calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria que chegar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicanda, como objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou.

Para caracterizar o desvio de poder é necessário que exista uma verdadeira contradição entre a finalidade da lei e a do ato praticado. Ato maculado de desvio de poder é sabidamente nulo.

Por fim, no que tange ao exame da causa do ato, sendo outro meio de controle judicial, este pode ser definido como a adequação entre os pressupostos do ato e seu objeto, ou seja, o vínculo entre o motivo do ato e seu conteúdo. Esta relação se avalia em função da finalidade do ato.

O exame da causa é de suma importância nos casos em que a lei omitiu-se na declaração dos motivos que ocasionaram a prática do ato. Nestas situações, com bem nos ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 964):

Não haverá como comparar o motivo legal com a situação de fato para aferir ajuste ou desajuste entre eles, precisamente por ter faltado à indicação normativa. Ainda aqui a liberdade discricionária encontra cerceios. Admitido que o agente pudesse escolher o motivo em função da qual haja exarado o ato, cumpre, de todo modo, que este esteja logicamente relacionado com o conteúdo do ato, em vista da finalidade que o categoriza.

Conclui-se, diante de tudo o que foi acima exposto, que os motivos e a finalidade indicados na lei, bem como a causa do ato fornecem as limitações ao exercício da discricionariedade administrativa, mesmo que a norma contenha conceitos imprecisos.

Dentro de um sistema jurídico, a própria interpretação contextual reduz a margem de imprecisão dos conceitos expressos na norma, de tal modo que ao Judiciário poderá utilizar-se das indicações extraídas do conceito legal, para delimitar a zona de liberdade da administração.

Tal tarefa, por ser interpretativa, consiste em tentar determinar a vontade do legislador expressa na norma, possibilitando, assim, que o Judiciário estabeleça o confronto entre o ato administrativo praticado e as imposições legais que lhe cabia atender.

*“Se a lei não expressou o motivo legal justificador do ato, cabe, ainda, ao Judiciário investigar se há ou não correlação lógica entre os suportes materiais do ato e o conteúdo idôneo para o atendimento dos fins que a lei elegeu como perseguíveis no caso”* (Celso Antônio B. de Mello. Curso de Direito Administrativo, 25ª edição, Malheiros Editores, 2008, p. 975).

Tal procedimento não é apenas um direito que assiste ao Judiciário, mas, é um dever indeclinável, por ser o meio específico e próprio de identificar os limites da liberdade administrativa e assegurar o princípio da legalidade.

Ademais, representa a expressão de dois outros princípios constitucionais: o de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei e o de que nenhuma lesão ou ameaça a direito individual pode ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

Quando o Judiciário procede desta maneira, não elimina a discricionariedade e nem pode fazê-lo. A discricionariedade é um campo de apreciação subjetiva da Administração, seja pelas imprecisões contidas no conceito legal, seja pela conveniência ou oportunidade de um ato, o qual permanece exclusivo do administrador e, se fosse penetrado pelo juiz,

caracterizaria a invasão de funções, pois a vontade do administrador seria substituída pela do juiz, que seria contrário ao princípio da independência dos Poderes, consagrado no artigo 2º da Constituição Federal.

Este exame é mais necessário quando se sabe que os riscos para os direitos e garantias individuais aumentam nos casos em que a Administração desfruta de certa discricionariedade. É precisamente nos atos discricionários da Administração, que, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 976):

O socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso e mais necessário para o jurisdicionado, já que a providência representa a última garantia para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente pelo sistema normativo.

Constatado que o controle judicial é necessário para aferir os limites da discricionariedade administrativa, passaremos a expor os remédios judiciais, ou seja, os meios de controle de que se podem valer os jurisdicionados para socorrerem-se ao Judiciário.

#### **4.2. Meios de controle judicial**

No exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se ao controle do Poder Judiciário, além de exercer, ela mesma, o controle sobre os próprios atos. Esse controle abrange os órgãos dos três Poderes, quando os mesmos exerçam função tipicamente administrativa.

A finalidade do controle judicial é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, tais como os da legalidade, moralidade, finalidade, publicidade, motivação, impessoalidade, entre outros; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da Administração.

Com base nesses elementos, pode-se definir o controle da Administração Pública, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p. 599):

Como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.

Com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, que seve de fundamento para o direito de ação ou de exceção contra lesão ou ameaça a direito, o administrado pode utilizar dos vários tipos de ações previstos na legislação para impugnar os atos da Administração. Mas a Constituição prevê ações específicas de controle da Administração Pública, às quais a doutrina se refere com a denominação de remédios constitucionais.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2001, p. 625):

As ações são assim chamadas porque têm a natureza de garantias dos direitos fundamentais; estão inseridas no Título II da Constituição, concernentes aos “direitos e garantias fundamentais”: o seu objetivo é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos.

Afirma, ainda, que:

Têm, porém, a dupla natureza de direitos e de garantias. São direitos em sentido instrumental, da mesma forma que é o direito de ação decorrente do inciso XXXV do artigo 5º, e são garantias porque reconhecidos com o objetivo de resguardar outros direitos fundamentais (em sentido material) previstos no artigo 5º da Constituição Federal (2001, p. 625).

São remédios constitucionais, portanto meios de provocar o controle judicial de ato da Administração, o mandado de segurança individual, o habeas corpus, o habeas data e o mandado de injunção são garantias de direitos individuais; o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública são garantias de interesses coletivos ou difusos, ainda que acessoriamente possam garantir também interesses individuais, os quais veremos, sucintamente, a seguir.

#### **4.2.1. Mandado de segurança individual**

É o meio constitucional (artigo 5º, inciso LXIX) posto à disposição de toda pessoa física ou jurídica, órgão com capacidade processual ou universalidade reconhecida por lei para proteger

direito individual, próprio, líquido e certo, não amparado pelo habeas corpus, lesado ou ameaçado de lesão por ato de qualquer autoridade, seja de que categoria for e sejam quais forem as funções que exerçam. Está regulado pela Lei 12.016/09. Entende-se, por ato de autoridade, suscetível de mandado de segurança, toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus delegados, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las. Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração. O prazo para impetração é de 120 dias do conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Esse remédio admite suspensão liminar do ato, e, quando concedida, a ordem tem efeito mandamental e imediato, não podendo ser impedida sua execução por nenhum recurso comum, salvo pelo presidente do tribunal competente para apreciação da decisão inferior.

#### **4.2.2. Mandado de segurança coletivo**

É o remédio constitucional (artigo 5º, inciso LXX) posto à disposição de partido político com representação sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída, e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa de interesses de seus membros ou associados. Seus pressupostos são os mesmos do mandado de segurança individual, inclusive quanto ao direito líquido e certo, só que, como é evidente, a tutela não é individual, mas coletiva. A liminar, nestes casos, só será concedida após audiência da pessoa jurídica de Direito Público (Lei 8437/92).

#### **4.2.3. Ação popular**

É a via constitucional (artigo 5º, inciso LXXIII) posta à disposição de qualquer cidadão (eleitor) para obter a anulação de atos ou contratos administrativos lesivos ao patrimônio

público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa e ao meio ambiente natural ou cultural. Está regulada pela Lei 4717/65.

A ação popular é um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. Por ela não se amparam direitos próprios, mas sim, interesses da coletividade. O beneficiário direto e imediato da ação não é o autor popular, é o povo o titular do direito. Tem fins preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva do patrimônio público, assim entendidos os bens e direitos de valores econômico, artístico, estético ou histórico. A própria lei regulamentadora (Lei 4717/65) indica os sujeitos passivos da ação popular e aponta casos em que a legalidade do ato já faz presumir a lesividade ao patrimônio público, além daqueles que ficam a cargo do autor popular. A norma constitucional isenta o autor de custas e sucumbências, salvo comprovada má-fé.

#### **4.2.4. Ação Civil Pública**

Disciplinada pela Lei 7347/85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular (artigo 1º). Não ampara direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta comissiva ou omissiva do réu.

Em seu artigo 129, inciso III, a Constituição Federal atribui ao Ministério Público, como função institucional, a promoção de inquérito civil e de ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Essa legitimação não impede a de terceiros, na forma do § 1º do artigo 129 da Constituição Federal. A Lei 7347/85 prevê outros legitimados. A liminar, na ação civil pública, depende de audiência da pessoa jurídica de Direito Público (Lei 8437/92).

#### **4.2.5. Mandado de Injunção**

É o meio constitucional posto à disposição de quem se considera prejudicado pela falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (artigo 5º, inciso LXXI, CF)

Se a norma existe, não cabe o mandado de injunção, mas sim, o exame de sua inconstitucionalidade ou ilegalidade. Só tem legitimidade para a impetração, o titular de um direito instituído e definido em norma da Constituição, cujo exercício esteja obstado por omissão legislativa.

#### **4.2.6. Habeas Data**

É o meio constitucional posto à disposição de pessoa física ou jurídica para lhe assegurar o conhecimento de registros concernentes ao postulante e constantes de repartições públicas ou particulares acessíveis ao público, ou para retificação de seus dados pessoais (artigo 5º, inciso LXXII, CF).

#### **4.2.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)**

A ADIN de lei ou ato normativo federal ou estadual está presente na Constituição Federal, no artigo 102, inciso I, alínea “a”, como competência originária do STF. A Lei 9868/99 dispõe sobre o seu processo e julgamento. Por essa ação, que pode ser ajuizada a qualquer tempo pelo Procurador Geral da República ou por qualquer das autoridades, entidades ou órgãos que a própria Constituição enumera em seu artigo 103, ataca-se a lei em tese, ou qualquer outro ato normativo, antes mesmo de produzir efeitos concretos, e a decisão declaratória de

inconstitucionalidade tem eficácia contra todos e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública. Mas, fundado em razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, o STF, por maioria de dois terços de seus membros, poderá restringir os efeitos da declaração, ou dispor que só venha ter eficácia a partir do trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

Com essa ação, as leis em tese e atos normativos violadores das Constituições sujeitam-se ao controle judicial preventivo antes mesmo que gerem qualquer atividade concreta e específica de administração.

Concluimos que, as leis e atos inconstitucionais podem deixar de ser cumpridos pelas autoridades responsáveis por sua execução que assim os considerem, devendo, em tal caso, ajuizar a ação ou solicitar o seu ajuizamento.

#### **4.2.8. Medida Cautelar**

A Lei 9868/99, prevê a concessão de medida cautelar, com eficácia contra todos, com efeito, em regra, ex nunc. Nesse caso, a liminar suspende a execução da lei, mas não o que aperfeiçoou durante a sua vigência. Porém, o STF pode conceder-lhe eficácia retroativa. Tal concessão torna aplicável a legislação anterior acaso existente, salvo expressa manifestação do STF em sentido contrário; mas a suspensão definitiva cabe ao Senado Federal, até que a norma seja revogada pelo legislativo que a votou – pois o Judiciário não anula nem revoga normas legislativas (só anula atos administrativos ilegais), reconhecendo e declarando, sua ineficácia quando contrárias à Constituição.

#### **4.2.9. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão**

Está prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, e segue, quanto à legitimidade ativa e a competência, as mesmas regras da ação direta de inconstitucionalidade. Ela não objetiva a prática de um determinado ato, concretamente, mas sim, a expedição de ato normativo necessário para o cumprimento de preceito constitucional que, sem ele, não poderia ser aplicado. Cinge-se, pois, à comunicação ao órgão legislativo competente para que supra a omissão.

#### **4.2.10. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON)**

A ADECON de lei ou ato normativo federal, também está prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e será apreciada pelo STF. Tem legitimidade para propô-la o presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara e o Procurador Geral da República. A referida Lei 9868/99 dispõe sobre o seu processo e julgamento, Os efeitos da declaração de constitucionalidade são os mesmos da ação direta de inconstitucionalidade. Esta lei também prevê medida cautelar na ação declaratória, “consistente na determinação de que os juízes suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou ato normativo, objeto da ação, até seu julgamento definitivo” (artigo 21).

#### **4.2.11. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)**

Este instrumento, previsto no § 1º do artigo 102 da Constituição, é ação destinada a argüir o descumprimento de preceito fundamental, quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre a lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive os

anteriores à Constituição, como prevê a Lei 9882/99, que dispõe sobre o processo e julgamento dessa argüição. Tal argüição será proposta perante o STF, pelos mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, e tem por objetivo evitar ou reparar lesão à preceito fundamental resultante de ato do Poder Público.

Segundo José Afonso da Silva, “preceitos fundamentais” não é expressão sinônima de ‘princípios fundamentais’. É mais ampla, abrange a estes e todas prescrições que dão a sentido básico do regime constitucional, especialmente as designativas de direitos e garantias fundamentais”.

A medida liminar poderá constituir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da argüição, salvo de decorrente da coisa julgada (§ 3º do artigo 5º, da Lei 9882/99).

O necessário para qualquer controle judicial é que o Judiciário seja solicitado a pronunciar-se através da via processual adequada e por quem tenha interesse e legitimidade para obter a prestação jurisdicional devida.

## **Conclusão**

Diante de todo o exposto, evidente está que, mesmo sendo discricionário o ato praticado pela Administração Pública, que é aquele em que o legislador confere ao administrador uma certa margem de liberdade, para que este escolha, entre as várias possibilidades de solução, aquela que melhor corresponda, no caso concreto, ao desejo da lei, o Poder Judiciário pode e deve exercer um controle em tais atos quando a discricionariedade ultrapassar os limites previstos no comando legal, mas tal controle será inoportuno quando a discricionariedade estiver pautada em juízo subjetivo de conveniência e oportunidade previsto pela norma em questão.

Celso Antônio Bandeira de Mello observa que os limites à discricionariedade são delineados pelo próprio ordenamento jurídico: são regras, princípios ou teorias que delimitam o campo de atuação do administrador público de modo a impedir que este se desvie da lei (princípio da legalidade), da finalidade específica prevista no comando normativo (desvio de poder), que fundamente sua conduta com motivos inexistentes ou incompatíveis com a decisão adotada (motivos determinantes) ou que utilize via jurídica incompatível com os pressupostos fáticos ou jurídicos justificadores de sua decisão (causa do ato administrativo).

O controle jurisdicional exercido pelo Judiciário sobre os atos administrativos discricionários não é realizado indistintamente, está adstrito à legalidade, à finalidade específica do ato, à sua 'causa' e aos motivos determinantes, ou seja, aos limites à discricionariedade, não podendo adentrar no mérito administrativo caracterizado pelo juízo de oportunidade e conveniência aferido subjetivamente pelo administrador.

Como visto, a discricionariedade administrativa consiste na margem relativa de liberdade conferida pelo ordenamento jurídico ao agente público para que este escolha, dentre as alternativas oferecidas, aquela que melhor atenda ao interesse público específico; tendo, por conseguinte, espaço livre na avaliação do motivo e na eleição do objeto por juízo de conveniência e oportunidade.

A atividade discricionária justifica-se pelo fato de o legislador não poder prever todas as ocorrências que possam vir a acontecer no mundo dos fatos, pela imprecisão dos conceitos utilizados na linguagem normativa, e, por ser a discricionariedade indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas.

Aponta-se três teorias que identificam os limites à discricção: a teoria do desvio de poder ou de finalidade, a teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação e a teoria acerca da causa do ato administrativo.

No que se refere à Teoria do desvio do poder ou de finalidade, esta sintetiza a idéia de ser limite ao resultado almejado pelo agente, pois este deve visar sempre o resultado prático que concretize o fim tutelado na norma legal, que será eminentemente público.

Essa teoria tem por objetivo fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário, pois em tese esse não pode invadir a esfera funcional do Poder Executivo.

Há no Brasil, além dos conceitos doutrinários, a definição legal de desvio de poder, expressa na lei que trata da ação popular, Lei n.º4717, de 29 de junho de 1965, em seu artigo 2º, parágrafo único, alínea 'e', que preceitua que: "o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência".

Estará agindo com desvio de poder o agente administrativo que, ao praticar o ato, não observa o interesse público, ou o pratica afastando-se do objetivo, implícita ou explicitamente, previsto na lei.

A Administração Pública incorrerá em desvio de poder, toda vez que não aderir à finalidade legal prévia e abstratamente instituída. Assim, haverá desvio de poder nos casos em que o

administrador atua não visando a qualquer finalidade pública; quando o fim perseguido, apesar de ser público, não é o fim específico que a lei determinou.

No que tange sobre a Teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação, conclui-se que motivo é o pressuposto fático (conjunto de circunstâncias, de acontecimentos e situações que levam a Administração à prática do ato) e jurídico (dispositivo legal que traça os contornos do ato) que autoriza ou fundamenta a prática do ato administrativo.

Os motivos podem ou não estar previstos em lei. Quando houver previsão legal do motivo, a atuação do administrador público estará obrigatoriamente vinculada ao motivo alegado para a prática do ato. Já quando inexistir tal previsão poderá escolher a situação fática em vista da qual editará o ato, porém nos limites legais previamente estabelecidos.

Motivação, que não se confunde com o motivo. Como visto, motivação é a exposição dos motivos, a fundamentação na qual são enunciadas a regra de Direito, os fatos em que o agente se alicerçou para decidir, a relação entre os fatos ocorridos e os atos praticados.

A teoria dos motivos determinantes preceitua que os motivos que determinaram à vontade do agente, ou seja, que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato administrativo. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se baseou para praticar determinado ato, este só será válido e, portanto, legal, se os motivos declarados ocorrerem e justificarem o ato praticado.

Atualmente, a motivação dos atos administrativos foi inserida através da Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, que fixou a necessidade de ser observado, dentre outros princípios, a necessidade de motivação dos atos realizados pela Administração Pública.

O ato administrativo é válido quando for expedido em absoluta harmonia com os requisitos estabelecidos pela ordem jurídica, visto que a validade é a adequação do ato às exigências normativas.

O controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários também pode ser exercido pelo exame dos motivos que ensejaram a edição do ato ou pelo que preceitua a teoria dos motivos determinantes.

Motivos são as razões pelas qual o administrador tomou certa decisão, podendo consistir em fundamentos de direito ou em fatos. Exame dos motivos, por sua vez, é a forma de se

conhecer os fundamentos fáticos e jurídicos que serviram de suporte à prática do ato, o que se dá mediante a motivação do ato. Motivação é a exposição ou apresentação dos motivos, ou seja, é a narração ou descrição dos fundamentos que ensejaram a prática do ato administrativo.

Se inexistir motivação quando esta é imprescindível, se a motivação não corresponder aos motivos alegados, ou ainda se estes inexistirem ou não justificarem a atuação da Administração Pública, estar-se-á diante de uma situação passível de revisão judicial, pois se qualquer dessas situações ocorrerem, a conduta administrativa não estará amparada pela lei e nem pautada na finalidade prevista na norma e, assim sendo, haverá afronta ao princípio da legalidade e, conseqüentemente controle jurisdicional.

Ao tratar do exame dos motivos como meio hábil a ensejar o controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que assim como ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.

Tanto a teoria dos motivos determinantes como a 'teoria do desvio de poder' se pautam no fim que o ato deve alcançar, não somente um fim público, mas o fim delimitado na norma jurídica. A inobservância desse fim é causa suficiente para a realização do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários praticados com tal razão.

No que tange à causa do ato administrativo, esta pode ser definida como a relação entre o motivo e o conteúdo do ato em função da finalidade do ato.

Mesmo quando a lei der liberdade ao administrador para escolher os motivos, estes devem guardar relação com a decisão tomada e estarem adstritos à finalidade específica prevista para o ato que pretende praticar.

Motivo é o pressuposto de fato e de direito, que autoriza ou fundamenta a prática do ato administrativo e causa é a relação existente entre o motivo e o conteúdo do ato (que é a disposição jurídica do ato) em função da finalidade.

Dessa maneira, chega-se à conclusão que a causa do ato administrativo é um dos limites à discricionariedade administrativa e, caso não seja observada, enseja o controle jurisdicional do ato maculado.

É através da causa do ato que se pode examinar se os motivos em que se baseou o agente, ainda que não previstos na norma jurídica, possuem relação com a decisão tomada diante da finalidade que se pretende atender. Não estando presente esta relação, a finalidade alcançada é inválida e, conseqüentemente, o ato administrativo que a concretizou, portanto o Poder Judiciário tem a função de corrigi-la, incumbe a este o controle do ato administrativo eivado de nulidade.

Registre-se que é por meio do exame da causa do ato administrativo, assim como pelas outras formas acima descritas, que se impõem limites à atuação discricionária.

O exercício da atividade discricionária não é arbitrário, uma vez que todas as atividades da Administração Pública são subordinadas ao princípio da legalidade e à satisfação do interesse público. Assim, mesmo quando o administrador público agir discricionariamente pelo fato de o comando normativo não especificar a conduta a ser adotada no caso concreto, ou seja, não haver vinculação, deverá obedecer à lei e à finalidade que esta pretende alcançar.

Existe uma relação entre os limites à discricionariedade e o controle exercido pelo Poder Judiciário, uma vez que este é cabível quando a discricionariedade ultrapassar os limites previstos no comando legal e, é inoportuno quando estiver pautada em juízo subjetivo de conveniência e oportunidade previsto pela norma em questão.

Sendo assim, cabe ao Poder Judiciário corrigir a ilegalidade mediante a revisão do ato administrativo eivado de nulidade.

O controle jurisdicional dos atos da Administração Pública não invade o mérito administrativo, não afronta o princípio da separação dos poderes ou contesta a ordem jurídica vigente, pelo contrário, além de ser um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais do homem, uma vez que tem por função precípua impedir que a Administração ultrapasse os limites da lei, que evada de seus objetivos ou ofenda os interesses individuais ou coletivos.

## Referências

### a) Livros

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 25<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26<sup>a</sup> edição. São Paulo: Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 15<sup>a</sup> edição. São Paulo: Atlas, 2003.

### b) Leis

12.016/09 (Mandado de Segurança)

4.717/65 (Ação Popular)

6.404/76 (Sociedades Anônimas)

6.938/81 (Política Nacional do Meio Ambiente)

7.347/85 (Ação Civil Pública)

8.429/92 (Improbidade Administrativa)

8.437/92 (Medida Cautelar)

9.096/95 (Partidos Políticos)

9.507/97 (Habeas Data)

9.784/99 (Processo Administrativo)

9.868/99 (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade)

9.882/99 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental)