

LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO DAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

MARCOS DE MIRANDA

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao Instituto Municipal de
Ensino Superior de Assis, como requisito
do Curso de Graduação analisado pela
seguinte comissão examinadora:**

Orientador: Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Analisador: Edson Fernando Pícolo de Oliveira

Assis-SP

2014

DEDICATÓRIA

À minha esposa Sirleyne e aos meus filhos Marcos Junior e Matheus que, com muita compreensão e apoio incondicional, não mediram esforços para que eu chegasse até esta etapa da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, por ter me ajudado a manter a fé nos momentos mais difíceis, permitindo que tudo isso acontecesse ao longo de minha trajetória no Curso de Direito.

Hino de adoração (Romanos 11:33-36):

Ó profundidade das riquezas, tanto da sabedoria, como da ciência de Deus! Quão insondáveis são os seus juízos, e quão inescrutáveis, os seus caminhos!

Porque quem compreendeu o intento do Senhor? Ou quem lhe deu primeiro a ele, para que lhe seja recompensado?

Porque dele, e por ele, e para ele são todas as coisas; glória, pois, a ele eternamente. Amém!

À minha família, que sempre me incentivou para a realização dos meus ideais, encorajando-me a enfrentar todos os momentos difíceis, as horas de desânimo e cansaço.

A todos meus professores que, fosse com exigentes cobranças, palavras de apoio ou histórias de superação, me serviram de profunda inspiração. Em especial ao Prof. Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves pela orientação, apoio, confiança e, mais que isso, pelo exemplo de vida a ser seguido, ao qual me espelho.

“As verdadeiras leis de um país são as que se formam consoante os costumes, usos e tradições do povo, se harmonizam com a educação do mesmo e correspondem às suas necessidades”

*Manuel Porfírio de Oliveira Santos,
(1919, p.243)*

RESUMO

“Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas” é o tema escolhido para este trabalho de conclusão de curso. Inserido no campo do Direito Administrativo, tem como objetivo pesquisar a Administração Pública e seus atos, sendo que o foco deste estudo estará direcionado para os atos discricionários: seus limites e meios de controle.

O interesse pelo assunto deu-se a partir da intrigante questão de como conciliar princípios basilares do nosso direito como: da legalidade, de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário – princípios com expreso respaldo na Constituição Federal, com o exercício de ação discricionária, conferida pela lei à Administração para o desempenho de certos atos.

Diante da controvérsia: importância dos princípios constitucionais versus discricionariedade, uma vez que a ofensa àqueles fragiliza as vigas que sustentam todo o sistema, buscou-se aprofundar o estudo do exercício de atos administrativos que gozam dessa liberdade discricionária.

O objetivo final é analisar quais os limites no exercício desse poder e o alcance do Controle Judicial. Tal controle está limitado à análise da legalidade estrita ou poderá atingir o mérito dos atos administrativos discricionários?

Palavras-chaves: Direito Administrativo – Ato Administrativo Discricionário – Princípios da Administração Pública - Discricionariedade – Controle Judicial.

ABSTRACT

"Limits of Discretionary Power of Administrative Authorities" is the subject chosen for this final paper. Regarding the field of Administrative Law, this document aims to be a research about the Public Administration and its acts, while the focus of this study will be directed to the discretionary acts: their limits and ways of control.

Interest in the subject came from the intriguing question of how to reconcile the fundamental principles of our law, such as: legality, that no injury or threat to rights can be subtracted from the appreciation of the Judiciary – principles with expressed support in the Federal Constitution, in exercise of discretionary action, conferred by the law to Administration for the execution of certain acts.

Given the controversy: the importance of constitutional principles versus discretion, since the offense to those weakens the bases that support the entire system, we sought to further study the exercise of administrative acts that enjoy this discretionary freedom.

The ultimate goal is to analyze what are the limits in exercise of this power and the reach of Judicial Control. Is such control limited to the examination of strict legality or can it reach the merits of discretionary administrative acts?

Keywords: Administrative Law - Administrative Discretionary Act - Principles of Public Administration - Discretion - Judicial Control.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. NOÇÕES PRELIMINARES.....	11
2.1. Considerações gerais e conceito de Direito Administrativo	11
2.2. Origem do Direito Administrativo.....	14
2.3. Conceito de Administração Pública.....	15
2.4. Natureza e Finalidade da Administração Pública	17
3. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	20
3.1. <i>PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....</i>	<i>20</i>
3.1.1. Princípio da Legalidade	20
3.1.2. Princípio da Impessoalidade	22
3.1.3. Princípio da Moralidade	23
3.1.4. Princípio da Publicidade	25
3.1.5. Princípio da Eficiência.....	26
3.2. <i>PRINCÍPIOS - LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999</i>	<i>28</i>
3.2.1. Princípio da Motivação.....	28
3.2.2. Princípio da Segurança Jurídica	30
3.2.3. Princípio da Supremacia do Interesse Público	33
3.2.4. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade	35
4. SÍNTESE DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	39
5. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	42
5.1. Considerações Gerais.....	42
5.2. Espécies de Poderes	43
5.3. Poder Vinculado e Discricionário	44
5.4. Poder Hierárquico	45
5.5. Poder Disciplinar	47

5.6. Poder Normativo ou Regulamentar	48
5.7. Poder de Polícia.....	50
6. ATOS ADMINISTRATIVOS	53
6.1. Conceito	53
6.2. <i>Requisitos ou elementos do ato:</i>	54
6.2.1. Sujeito ou Competência.....	56
6.2.2. Finalidade	57
6.2.3. Forma	57
6.2.4. Motivo.....	58
6.2.5. Objeto ou Conteúdo.....	59
6.3. <i>Atributos dos Atos Administrativos</i>	60
6.3.1. Presunção de Legitimidade	60
6.3.2. Imperatividade	61
6.3.3. Exigibilidade	61
6.3.4. Autoexecutoriedade	62
6.4. <i>Classificação dos atos administrativos</i>	64
6.4.1. Vinculação e Discricionariedade	64
7. LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO	68
7.1. Discricionariedade	69
7.2. Mérito do Ato Administrativo	69
7.3. Teoria dos Motivos Determinantes.....	71
7.4. Tutela Jurisdicional	76
7.5. O Controle Judicial do Ato Administrativo	76
7.6. Meios de controle.....	80
8. CONCLUSÃO	81
9. REFERÊNCIAS	84

1. INTRODUÇÃO

O tema escolhido é muito atrativo, ressaltada sua importância e relevância no nosso dia a dia, que, por mais superficialmente seja a forma de acompanhar a Administração Pública, saltam aos nossos olhos atos de improbidade administrativa.

O que incomoda é uma realidade cada vez mais crescente da conversão do poder discricionário em arbitrário, quando o administrador público corrompendo a liberdade de atuação que a Lei lhe confere - , comete abusos e desvios de poder, aviltando os princípios da Administração Pública.

E o que dizer, quando numa daquelas aulas de Direito Administrativo o professor lecionando sobre Atos Administrativos, traz o assunto do dia “Discricionariedade Administrativa”: intrigante. Ao pesquisar a matéria se percebe que, apesar das notáveis repercussões doutrinárias e trabalhos de monografia, albergam a matéria de controle jurisdicional de atos praticados a título de discricção administrativa. Quanto ao Controle Judicial do mérito do ato administrativo - a discricionariedade - a matéria é fecunda em controvérsias.

O estudo se desenvolve a partir de uma compreensão melhor sobre os fundamentos da discricionariedade – que transfere ao administrador certa “flexibilidade, liberdade” para eleger no caso concreto uma solução ideal, para obtenção dos resultados legalmente desejados, com fim ao interesse público - esta pesquisa passou a analisar os métodos aplicáveis e capazes, na prática, para coibir os abusos no exercício desse poder.

Sob o prisma da temática proposta, analisou-se a possibilidade de apreciação, por meio do Controle Judicial, do mérito do administrativo, por força imperativa dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O tema ora apresentado e a forma de exposição do trabalho será em citações de autores credenciados na área do Direito Administrativo, dentre outros, José

Cretella Júnior, Celso Antônio Bandeira de Mello, Hely Lopes Meirelles e Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

O item 2. Noções Preliminares, trata de dois aspectos: O Direito Administrativo - considerações gerais, seu conceito e origem, e Administração Pública - seu conceito, natureza e finalidade. O terceiro item traz os principais princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública e o seu importante papel na análise do mérito administrativo. Decorrem desses princípios, alguns poderes para as autoridades administrativas, os quais serão examinados no item 5. Poderes da Administração Pública. Na sequência, o item 4 é uma síntese do Regime Jurídico Administrativo e o sexto item faz uma abordagem dos atos administrativos, seu conceito, requisitos, atributos e a distinção entre atos vinculados e discricionários. Por fim, no item 7. Limites do Poder Discricionário, se analisará os métodos de controle, aplicáveis e capazes, na prática, para coibir os abusos no exercício do poder discricionário. Abordaremos ainda, o controle judicial, levando em consideração seu conceito, abrangência e extensão. Este tópico é o epicentro deste estudo – *o Controle Judicial poderá atingir o mérito dos atos administrativos discricionários?*

2. NOÇÕES PRELIMINARES: DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para iniciarmos o estudo do tema proposto, necessariamente, partiremos das noções gerais do Direito Administrativo - seu conceito e origem, e da Administração Pública - seu conceito, natureza e finalidade.

2.1. Considerações gerais e conceito de Direito Administrativo

Inicialmente, devemos considerar que o estudo do Direito Administrativo parte da noção geral do Direito onde irradia toda Ciência Jurídica. No seu núcleo, o direito está dividido em dois grandes ramos: Direito Público e Direito Privado, conforme a sua destinação.

O Direito Administrativo verte do Direito Público, que tem como objetivo cuidar dos interesses da sociedade como um todo, ou seja, o interesse público, e é neste contexto que concentra todo enfoque do nosso estudo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, 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 bifurca em dois grandes ramos, submetidos a técnicas jurídicas distintas: o Direito Público e o Direito Privado. Este último se ocupa dos interesses privados, regulando 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 desejem e servem-se para tanto dos meios que elejam a seu alvedrio, 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 ideia de função, de dever de atendimento do interesse público.

Como visto acima, o Direito Público se ocupa de interesses públicos e este 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” (2013, p. 62).

Convém afirmar que o representante dos interesses públicos é o Estado e reafirmar que o Direito Administrativo é um ramo do Direito Público que ocupa-se de uma das funções do Estado: a função administrativa.

Necessário se faz, ainda que de forma sucinta, identificar a função administrativa, comparando-a com as demais funções do Estado: a legislativa, a administrativa (ou executiva) e a jurisdicional.

A função pública é a atividade exercida no cumprimento do dever de alcançar o interesse público mediante o uso dos poderes, cujas atribuições correspondem a seus próprios nomes: Legislativo, Executivo e Judiciário.

Para aclarar as funções do Estado ou suas distintas atividades, assim conceitua Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 35):

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 hierárquicos* e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, infraconstitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário.

Assim, o regente da função administrativa, bem como das pessoas e órgãos que exercem tal função, é o Direito Administrativo que verte do Direito Público, definição que entoa no mesmo tom do conceito de Direito Administrativo de Celso Antônio Bandeira de Mello: *“É o ramo do Direito Público que disciplina a função administrativa, bem como as pessoas e órgãos que a exercem”*. (2013, p. 37)

Já o conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para Hely Lopes Meirelles, “*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.*” (2014, p. 40)

O mesmo autor faz a seguinte análise dos elementos deste conceito:

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 próprios, 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, praticados 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 só poderá atender completamente seus fins através da atuação da administração, legislação e jurisdição. O Direito Administrativo orienta esta atuação 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. Assim nos ensina Hely Lopes Meirelles, “*o Direito Administrativo rege, toda e qualquer atividade de administração, provenha ela do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. E, na realidade, assim é, porque o ato administrativo não se desnatura pelo só fato de ser praticado no âmbito do Legislativo ou do Judiciário, desde que seus órgãos estejam atuando como administradores de seus serviços, de seus bens, ou de seu pessoal.*” (2014, p. 41)

Depois das considerações gerais sobre Direito Público e Privado e dos conceitos de Direito Administrativo, vamos abordar a origem do Direito Administrativo.

2.2. Origem do Direito Administrativo

Este segundo item do primeiro capítulo trata da origem do Direito Administrativo, de onde e como surgiu este ramo autônomo do Direito Público.

Em sua exposição, Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 38), ensina que:

O que hoje conhecemos por 'Direito Administrativo' nasceu na França. Mais que as leis regulassem as relações entre Administração e administrados, foi sendo construído por obra da jurisprudência de um órgão - Conselho de Estado - encarregado de dirimir as contendas que surgissem entre as duas partes. Tal órgão, diga-se de passagem, 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.

O Direito Administrativo e o Conselho de Estado tiveram origem quando, sobrevindo a Revolução Francesa, inexistiam disposições que subjugassem ao Direito a conduta soberana do Estado em suas relações com os administrados. Era preciso aplicar um Direito 'novo', ainda não legislado. 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'.

Quanto à formação do Direito Administrativo como ramo autônomo, assim explica Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 2):

Teve início juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de **Estado de Direito**, estruturado sobre o **princípio da legalidade** (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o **princípio da separação de poderes**, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.

Daí a afirmação de que o Direito Administrativo nasceu das Revoluções que acabaram com o velho regime absolutista que vinha da Idade Média. 'Constitui disciplina própria do Estado Moderno, ou melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas, e, outrossim, nas relações com os governados. Na verdade, o Direito Administrativo só se plasmou como disciplina autônoma quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções.'

Ainda segundo a citada autora, *“alguns vão ao ponto de afirmar que o Direito Administrativo é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos. Onde não houve a mesma luta que convergiu para a mudança brusca de regime, não existe Direito Administrativo”*.

2.3. Conceito de Administração Pública

Administração Pública segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em sentido subjetivo, pode-se definir como: *“o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado”*. (2013, p. 58)

Neste sentido, o estudo da Administração Pública em geral – sua estrutura e atividades -, deve partir do conceito de Estado, que tem a responsabilidade de organizar e dar funcionamento aos serviços públicos a serem prestados aos administrados.

O conceito de Estado varia pelo aspecto em que é considerado:

- Sob o prisma constitucional, segundo (Biscaretti di Ruffia), citado por Hely Lopes Meirelles (2014, p. 62): *é pessoa jurídica territorial soberana;*
- O nosso Código Civil conceitua o Estado como pessoa jurídica de Direito Público Interno (artigo 41, inciso I).

Como ente personalizado, o Estado tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público.

Continua Hely Lopes Meirelles: *“Esse é o Estado de Direito, ou seja, o Estado juridicamente organizado e obediente às suas próprias leis, o que significa dizer que Estado de Direito é a limitação do poder e o exercício do poder dentro da lei”*. (2014, p. 62)

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, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário, da clássica tripartição de Montesquieu adotada nos Estados de Direito, independentes e harmônicos entre si (CF, artigo 2º).

Na organização da administração, segundo Hely Lopes Meirelles, *“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 (pessoas físicas)”*. (2014, p. 65)

Já Administração Pública, segundo o mesmo autor, *“em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; e 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, portanto, 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 que veremos no capítulo IV.

Considerando as pontuações feitas, Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 86 e 87) conceitua administração da seguinte forma:

O conceito de administração pública não oferece contornos bem definidos, quer pela diversidade de sentidos da própria expressão, quer pelos diferentes campos em que se desenvolve a atividade administrativa. Apesar disso, tentaremos balizar o âmbito de ação do administrador público e assinalar os princípios jurídicos básicos que devem nortear a gestão dos negócios estatais.

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 governo como à gestão mesma dos interesses da coletividade.

Bem como acentua Renato Alessi, citado por Hely Lopes Meirelles (2014, p. 86), 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, empresariais e outras) e os entes de cooperação (entidades paraestatais).

2.4. Natureza e Finalidade da Administração Pública

Na sequência do nosso estudo, abordaremos a natureza e finalidade da Administração Pública como atividade tendente a realizar os objetivos do Estado.

A *Natureza* segundo Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 88):

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.

A Administração Pública tem como finalidade o fim a ser alcançado, e nunca a vontade do administrador. Para tanto, supõe a preexistência de uma regra jurídica, reconhecendo a atividade administrativa como uma finalidade própria.

Quanto aos fins da administração pública, assim esclarece Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 88):

Os fins 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. Quando o administrador se afasta ou desvia deste, 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.

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

Como já dito anteriormente, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, expressas em aspirações ou vantagens lícitamente almeçadas por toda a comunidade administrativa, ou por uma parte expressiva de

seus membros. Em suma: o ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público configura desvio de finalidade.

Assim, 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, seja 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, princípios estes que veremos no item seguinte.

3. PRINCÍPIOS BÁSICOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O objetivo desse item é realizar uma releitura dos princípios gerais que regem a Administração Pública.

Previstos expressamente no caput do artigo 37 da Constituição Federal, estão apenas cinco princípios, a saber: **da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.**

Entretanto, há outros princípios que, embora não mencionados no caput do artigo 37, foram textualmente enumerados pelo artigo 2º da Lei Federal nº 9784, de 29.1.99.

A interpretação do Direito Administrativo deve sempre ser presidida e orientada pelos princípios. Nesse processo, quando no caso concreto, um princípio ou mais pode prevalecer sobre outros, podendo ser afastado mas não eliminado do sistema.

Como enfatiza Hely Lopes Meirelles: *“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, os fundamentos da ação administrativa, ou seja, as vigas e colunas mestras 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”.* (2014, p. 90)

A observância dos princípios é obrigatória à Administração, constituindo parâmetros da atuação administrativa. Vejamos tais princípios:

3.1. PRINCÍPIOS EXPRESSOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1.1. Princípio da Legalidade

Previsto expressamente no caput do artigo 37 da Constituição Federal, este princípio deverá ser obedecido por toda a Administração Pública e em todos os níveis. Essa Administração possui limites, não deixando a atuação do governante à sua vontade somente, mas sujeitando-a à obediência da lei.

Segundo Francysco Pablo Feitosa Gonçalves, (Revista dos Tribunais | vol. 910 | p. 21 | Ago / 2011 - Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 1 | p. 831 | Nov / 2012 | DTR\2011\2293):

“A legalidade possui íntima relação com a ideia de segurança, na medida em que confere uma maior previsibilidade ao convívio humano. Como é sabido, a sociedade estabelece padrões em que os indivíduos devem se enquadrar, normas que devem seguir e metas que devem ser tomadas como desejáveis; o princípio da legalidade é, de certa forma, uma decorrência e avanço na organização social, pois com o estabelecimento oficial de regras, visando reger o convívio humano, dispõe às pessoas uma maior possibilidade de se organizarem e se adequarem ao meio social.

A legalidade, também tem certa relação com a justiça, pois na medida em que as pessoas, acreditam que uma lei, por mais que lhes seja desfavorável, seria aplicável a outras pessoas na mesma situação – segurança. Embora uma lei possa ser tomada como injusta, quando ela submete todas as pessoas e o próprio Estado, igualmente, esta medida é, de certa forma, justa.

A legalidade é, portanto, dotada de elevado grau de fundamentalidade, como lembra Celso Antônio Bandeira de Mello, em interessante paralelo com a supremacia do interesse público, é a legalidade que caracteriza o Estado de direito: Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p.102-103):

Com efeito, enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

Nesse sentido de submissão do Estado à lei, aliás, surge a importância da legalidade no âmbito do Direito Administrativo, porquanto submete o arbítrio estatal e, por via de consequência, confere liberdade ao cidadão. A legalidade é tão fundamental para o Direito Administrativo que, além de justificar o controle da Administração pelo Judiciário, chega a adentrar em algumas definições de Direito Administrativo.

Nessa especial relação da Administração como objeto de controle e da Justiça como órgão de controle, encontra o moderno Estado de Direito o

meio mais eficaz para o asseguramento do princípio da legalidade da Administração”.

3.1.2. Princípio da Impessoalidade

Esse princípio tem previsão constitucional no artigo 37, ‘*caput*’ e sua demasiada importância se verifica na medida em que a atividade da Administração deve ser sempre norteada pelo interesse público e atuar pela coletividade é atuar com impessoalidade.

Nas palavras de Francysco Pablo Feitosa Gonçalves, (Revista dos Tribunais | vol. 910 | p. 21 | Ago / 2011 - Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 1 | p. 831 | Nov / 2012 | DTR\2011\2293):

“Tida por uns como sendo sinônimo ou decorrência do princípio da igualdade (Bandeira de Mello, 2008, p. 114) e por outros como algo diverso (Figueiredo, 2001, p. 62).

À Administração deve ser vedado agir com pessoalidade-parcialidade. Noutras palavras, fatores pessoais e subjetivos da pessoa do agente jamais poderão impelir a atividade administrativa, quaisquer formas de discriminações, perseguições, favoritismos; da mesma forma, ações movidas por simpatias ou antipatias pessoais são intoleráveis na atividade administrativa.

Conforme lembra Odete Medauar: ‘Com o princípio da impessoalidade a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comuns em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a ideia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto, a resultados desconectados de razões pessoais. Em situações que representam interesses coletivos ou difusos, a impessoalidade significa a exigência de ponderação equilibrada de todos os interesses envolvidos, para que não se editem decisões movidas por preconceitos ou radicalismos de qualquer tipo’ (Medauar, 2002, p. 152).

A impessoalidade assume, em tais casos, características de um valor a ser otimizado, um fim a ser buscado através da ponderação. É possível, ademais, se pensar na possibilidade de colisão entre a impessoalidade e princípios outros, como com a eficiência ou com a continuidade do serviço público. Imaginemos, apenas a título de exemplo, que a Administração celebrou um contrato que em alguma medida fere a impessoalidade, mas que tal contrato possibilita a realização de um serviço público necessário de forma eficiente e contínua; pode acontecer que, neste caso, a simples anulação do contrato em defesa da impessoalidade faça mais mal do que bem, tal situação certamente

demanda ponderação, buscando uma solução que preserve os princípios em colisão da melhor forma possível, sendo que uma das respostas viáveis pode ser a manutenção do referido contrato com a determinação da realização do – dependendo do caso – concurso ou licitação que possibilitará a realização do serviço público em questão, em respeito também, ao princípio da impessoalidade”.

3.1.3. Princípio da Moralidade

A atividade administrativa deve pautar-se na lealdade, boa-fé, sinceridade e honestidade para com os administrados. A Constituição Federal exaltou a moralidade jurídico-administrativa como importante princípio norteador da Administração Pública.

Conquanto as atividades administrativas sejam realizadas com fundamentos legais, não se justificam quando motivadas por outras razões que não encontram garantia no interesse público. Significa dizer que a moralidade é medida obrigatória nas práticas administrativas.

Nos ensina Francysco Pablo Feitosa Gonçalves, (Revista dos Tribunais | vol. 910 | p. 21 | Ago / 2011 - Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 1 | p. 831 | Nov / 2012 | DTR\2011\2293):

“Assim como definir o que seja moralidade não é tarefa fácil, ‘O princípio da moralidade administrativa é de difícil expressão verbal. A doutrina busca apreendê-lo, ligando-o a termos e noções que propiciem seu entendimento e aplicação’ (Medauar, 2002, p. 153).

De toda sorte, falar em moral é sempre complicado, mesmo quando assumimos licitude e honestidade como os critérios diferenciadores entre direito e moral, nem sempre é fácil estabelecer o que é honesto e quais são os valores de uma sociedade plural, igualmente difícil separar os campos da moral e o da religião, ou melhor, os das várias religiões.

Os administrativistas, pelo menos desde Hauriou, vem distinguindo a moral comum da moral administrativa, aquela ligada à distinção que se faz – e ao que se entende como sendo – bem e mal e está relacionada à distinção entre boa e má administração (cf. Meirelles, 2006, p. 89, Moreira Neto, 2005, p. 96). Havendo quem ressalte, entretanto, que ofensas à moral comum ofenderiam também a moralidade administrativa (cf. Di Pietro, 2000, p. 79). A moral administrativa assumiria, portanto, características mais específicas e quiçá mais rígidas que a moral comum.

Em sua origem, a moralidade administrativa parece ter surgido e se desenvolvido associada à ideia de desvio de poder, no direito brasileiro, entretanto, tendo o desvio de poder se tornado causa de ilegalidade dos atos administrativos, “a moralidade administrativa teve seu campo reduzido” (Di Pietro, 2000, p. 79), e conseqüentemente a legalidade passou a reger um campo mais amplo. O que não significa, entretanto, que a legalidade tenha absorvido a moralidade nem que elas se identifiquem, “porque a lei pode ser imoral e a moral pode ultrapassar o âmbito da lei” (Di Pietro, 2000, p. 79), de qualquer forma, mesmo que o desvio e o excesso de poder possam representar condutas ilícitas, dependendo do caso criminoso; é possível que pequenos excessos no exercício do poder de polícia ou no da discricionariedade não sejam considerados ilegais, no âmbito administrativo ou judicial, ainda assim, não se pode dizer que eles são morais.

A partir das lições de Carlos Alberto Tolovi (2007), chegamos à conclusão que uma possibilidade adequada para compreensão da moralidade administrativa seria com base na ética kantiana, a partir do imperativo prático “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (Kant, 2004, p. 59); este ideal, associado à noção de política, enquanto gestão da polis, conduziria o gestor a uma ética administrativa que consistiria no ideal utópico de atuar, tendo sempre a coletividade como um fim em si mesma, e nunca como um meio para a consecução de seus fins. A ética administrativa, nesta perspectiva, seria um valor diretamente relacionado à supremacia do interesse público, à impessoalidade, à eficiência etc.

Uma ideia que parece não ser tão inovadora, quando se pensa que, desde há muito, o bem comum vem se colocando como finalidade da sociedade organizada, sua originalidade advém da incapacidade que a doutrina sempre demonstrou de precisar o conteúdo do tal bem comum, tendo Alfredo Augusto Becker (1972) demonstrado, com muita felicidade, que o bem comum pode inclusive ser falso. As diretrizes kantianas, por outro lado, talvez pudessem fornecer um conteúdo mais verificável à moralidade administrativa.

Mesmo admitindo esta concepção baseada no imperativo prático kantiano, o conteúdo do que é ou não moral acaba sendo sempre dotado de alguma subjetividade e, sobretudo, variabilidade em virtude dos grupos sociais e, mesmo num determinado grupo, ao longo do tempo.

Um interessante ponto citado anteriormente é o da possibilidade de conflito entre moralidade e legalidade: um determinado ato administrativo pode ser legal, mas não ser moral. Nesse sentido, determinadas condutas adotadas nos procedimentos, a forma que determinados atos assumem, a fim de exemplificar a possibilidade de atos administrativos que resultem legais, mas imorais.

A própria execução da lei, com vistas a beneficiar ou favorecer alguém, pode ser imoral (cf. Medauar, 2002, p. 115); da mesma forma, a obtenção de determinadas mordomias, sobretudo, em épocas de austeridade, pode até se revestir de forma legal, mas certamente será imoral (cf. Medauar, 2002, p. 153-154; e Figueiredo, 2001, p. 59-60).

O princípio da moralidade para os doutrinadores pesquisados neste presente estudo, a saber: Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meirelles, é o dever da Administração e seus agentes atuar na conformidade de princípios éticos, de lealdade e boa-fé.

Afirma Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 119) que ‘Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando ilicitude que assujeita a conduta viciada a invalidação, porquanto tal princípio assumiu foros de pauta jurídica, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da lealdade e boa-fé.’

Segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 92,94):

‘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, consagra o princípio da moralidade administrativa, como princípio a que se obriga a Administração Pública; e dispõe no parágrafo único, inciso IV, ‘atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé’.

3.1.4. Princípio da Publicidade

O princípio da publicidade está consagrado expressamente no artigo 37, caput, como também no artigo 5º, inciso XXXIII (direito à informação), da Constituição Federal.

Conforme Francysco Pablo Feitosa Gonçalves, (Revista dos Tribunais | vol. 910 | p. 21 | Ago / 2011 - Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 1 | p. 831 | Nov / 2012 | DTR\2011\2293):

“A Lei 9784/99, dispõe que nos processos administrativos é obrigatória a divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XXXIII, quando, “imprescindível à segurança da Sociedade e do Estado”.

A publicidade é decorrência lógica da atividade administrativa, para que a mesma possa ser controlada e para que os particulares possam ter ciência dos efeitos dos atos da Administração. De fato, a publicidade acaba sendo um requisito à produção dos efeitos externos dos atos administrativos. A fiscalização dos atos administrativos, a priori, pode e deve ser realizada por qualquer particular, esta é uma decorrência lógica do Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido.

Há diversas formas de se dar publicidade a um ato administrativo, desde a sua fixação na parede da repartição, passando pela publicação em diário oficial e através de meios de comunicação como rádio e TV. Na perspectiva de mandado de otimização, a publicidade deve ser cumprida na maior medida possível, dentro das possibilidades concretas e do que

é razoável e proporcional. Desnecessário, por exemplo, que uma pequena prefeitura do interior do Amazonas mande publicar todos os seus atos no Rio Grande do Sul, para uma população que, provavelmente, não terá qualquer interesse neles.

No sentido inverso, não se justifica uma publicidade mínima para um ato ou processo administrativo importante, como salienta Lucia Valle Figueiredo (2001, p. 61): 'Destarte, decisões secretas, editais ocultos, mesmo a publicidade restrita ao mínimo exigido por lei (e conhecida de pouquíssimos), não atendem, de forma alguma, aos princípios constitucionais e, sobretudo, à transparência da Administração.'

Um ponto que não podemos deixar de mencionar é que, em matéria de direito administrativo, publicidade não é sinônimo de propaganda, são duas coisas diversas e em alguns casos até opostas. Não é incomum o uso de verbas públicas a pretexto de divulgação das "realizações" dos políticos, muitas vezes, com evidente intuito de promoção pessoal. Este tipo de atitude, pernicioso, fere a moral administrativa, contraria o interesse público e agride a própria publicidade, na medida em que o espaço e os meios usados para enaltecer o político poderiam estar tornando públicos atos e processos realmente importantes".

3.1.5. Princípio da Eficiência

O princípio da eficiência foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio através da Emenda Constitucional nº 19/98. Acrescentado ao *caput* do artigo 37 da Constituição, tem como objetivo evitar a má prestação do serviço público por meio da produtividade e economicidade. Essa exigência impõe à Administração a execução dos serviços com presteza, perfeição e rendimento funcional.

O princípio da eficiência tem como fundamento ou escopo principal: dar maior efetividade à prestação do serviço público e, paralelamente, tornar essa prestação menos onerosa para os cofres públicos. Também acrescentou ferramentas aos meios de controle externo - (Poder Judiciário, Tribunais de Contas, etc.) - que passaram a analisar não só a legalidade formal dos atos administrativos, como também outras questões relevantes, como: eficiência, economicidade e legitimidade de tais atos.

Segundo Francysco Pablo Feitosa Gonçalves, (Revista dos Tribunais | vol. 910 | p. 21 | Ago / 2011 - Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo | vol. 1 | p. 831 | Nov / 2012 | DTR\2011\2293):

“Por eficiência se compreende a obtenção do melhor resultado com o uso racional dos meios disponíveis. Sobre este princípio, interessantes são os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que prefere compreendê-lo como decorrência do princípio da boa administração: ‘A Constituição se refere, no art. 37, ao princípio da eficiência. Advirta-se que tal princípio não pode ser concebido, (entre nós, nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria a postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. O fato é que o princípio da eficiência não parece ser mais do que uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da ‘boa administração’. Este último significa, como resulta das lições de Guido Falzone, em desenvolver a atividade administrativa ‘do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças à escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto’. Tal dever, como assinala Falzone, ‘não se põe como um dever ético ou como mera aspiração deontológica, senão como um dever atual e estritamente jurídico’. (2013, p.125)

Jorge Luís Terra da Silva, entende que a realização prática da eficiência pela Administração deve ser buscada ao máximo:

‘(...) pode-se concluir que o dever de eficiência, no direito pátrio, está vinculado à otimização dos meios disponíveis, bem como ao alcance de resultados positivos. A sua inclusão no caput do art. 37 da Lei Maior, quando se procurou adotar uma Administração Pública Gerencial, teve a intenção de provocar mudança institucional e cultural, ensejando que a eficiência fosse considerada um critério normativo para a atuação administrativa que deve ser no sentido de perseguir fins de interesse público, fazendo com que a legalidade seja material’ (Silva, 2006, p. 41).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 84):

‘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’.

A busca pela eficiência, entretanto, deve sempre estar ponderada em relação e em respeito aos demais princípios, não se pode, a pretexto de uma administração pretensamente eficiente realizá-la de forma imoral ou não impessoal. Fazendo um paralelo com a cultura popular, onde ora se diz que os fins justificam os meios, no que concerne à Administração pública, poderíamos dizer que os fins só justificam os meios quando estes são impessoais, morais, e, obviamente, legais.

Sobre a relação entre a legalidade e a eficiência, aliás, da mesma forma como foi visto em linhas anteriores que um ato pode ser legal, mas não ser moral, ele pode ser eficiente ou se prestar a produzir eficiência, mas não ser legal. Num exemplo que foge um pouco à temática do presente trabalho, poderíamos dizer que é inegável que a tortura é um meio altamente eficiente, para obter confissões e informações, seu uso, entretanto, é ilegal e imoral, injustificável, portanto.

Ainda sobre este princípio, vale frisar que a análise dos casos concretos, pode tornar difícil precisar se a eficiência foi, ou não, atingida; é, portanto, princípio de difícil controle no que tange à atividade

administrativa. Em todo caso, tal dificuldade não justifica, em hipótese alguma, que a atividade administrativa se dê de forma contrária à eficiência. 'Eficiência contrapõe-se à lentidão, a descaso, à negligência, à omissão – características habituais da Administração Pública brasileira, com raras exceções' (Medauar, 2002, p. 157)".

3.2. PRINCÍPIOS - LEI Nº 9.784, DE 29 DE JANEIRO DE 1999

Além dos cinco princípios mencionados de modo expresso na Constituição Federal, já estudados acima, a Lei Nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, arrola outros, que devem ser igualmente observados pela Administração Pública e que merecem igual relevância.

Dispõe o artigo 2º da referida Lei:

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

3.2.1. Princípio da Motivação

O princípio da motivação é previsto no artigo 2º, caput, da Lei Nº 9.784/99 e parágrafo único, inciso VII, preceituando a 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.

O princípio da motivação determina que a administração deverá apresentar as razões que a levaram a tomar uma decisão, ou seja, os atos administrativos precisam ser motivados, levando as razões de direito que levaram a proceder daquele modo. A motivação é uma exigência do Estado de Direito, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito a uma decisão fundada,

motivada, com explicitação dos motivos. Na inobservância de tal princípio, torna-se extremamente difícil sindicá-la, sopesar ou aferir a correção daquilo que foi decidido, por isso, é essencial que se apontem os fatos, as inferências feitas e os fundamentos da decisão. A falta de motivação no ato discricionário abre a possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder, dada a dificuldade ou mesmo a impossibilidade de efetivo controle judicial, pois, pela motivação, é possível aferir a verdadeira intenção do agente.

Quanto à aplicação do princípio da motivação nos atos administrativos, para uns, só se circunscreve nos atos vinculados, ou seja, demonstrando que estão de acordo com a lei, para outra corrente, só há obrigatoriedade para os atos discricionários, aqueles em que poderia haver um certo grau de subjetividade, pois só assim poderia controlar a legitimidade do ato praticado pela administração pública.

Para Celso Antonio Bandeira de Melo, *“em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferência de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Todavia, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de apreciação e sopesamento dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.”* (2013, p. 115)

Hely Lopes Meirelles (2014, p.107) 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, porém, que afetam o interesse individual do administrado, a motivação é obrigatória, para o exame de sua legalidade, finalidade e moralidade administrativa. A motivação é ainda obrigatória para assegurar a garantia da ampla defesa e do contraditório prevista no art. 5º, LV, da CF/88.

A motivação, portanto, 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’.

Diogenes Gasparine (2005. p. 23), ensina que:

“a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo, pois a falta de motivação ou indicação de motivos falsos ou incoerentes torna o ato nulo, com base no que dispõe a Lei n.º 9.784/99, em seu art. 50 que: ‘prevê a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer distinção entre atos vinculados e os discricionários’, embora mencione nos vários incisos desse dispositivo quando a motivação é exigida.”

Importante observar que a Constituição Federal, tem como regra geral, a obrigatoriedade de motivar os atos administrativos, com base também na consagração do princípio da moralidade, auferindo a atuação ética do administrador exposta pela indicação dos motivos e para garantir o próprio acesso ao judiciário.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Melo diz que: “*o Princípio da Motivação implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada*”. (2013. p. 115)

O entendimento que os Tribunais têm demonstrado nas decisões, é que a motivação é necessária para todo e qualquer ato administrativo; entendimento contrário, deixaria extremamente prejudicada a análise das condutas administrativas, sem as razões motivadoras que permitissem reconhecer seu afinamento ou desafinamento com os princípios administrativos: da legalidade, finalidade, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, contraditório e ampla defesa.

3.2.2. Princípio da Segurança Jurídica

O princípio da segurança jurídica possui seu fundamento legal insculpido no artigo 5º, XXXVI, da Constituição Federal, porém foi expressamente 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).

Em consequência dessa determinação, ao tratar da interpretação da norma administrativa, essa lei veda textualmente a *'aplicação retroativa de nova interpretação'* (artigo 2º, parágrafo único, inciso XIII).

O princípio da segurança jurídica é resultado de uma construção que ocorre a partir da interpretação sistemática da Constituição Federal, obtida com base em dispositivos que garantem a legalidade, a irretroatividade e a anterioridade e está, intimamente ligado à confiança que o cidadão possui em um ordenamento que está sempre em mutação. É neste prisma que o princípio da segurança jurídica tem o condão de garantir ao cidadão o amparo que ele necessita para poder esboçar a confiança que, teoricamente, deveria ter na Administração que conduz seus interesses. O cidadão deve ter a segurança de que pode confiar nos atos e decisões públicas incidentes sobre os seus direitos e nas posições jurídicas emanadas da Administração, afastando-se a ideia de que estas são modificadas por motivos circunstanciais.

A segurança não é apenas a proteção da vida, da incolumidade física ou do patrimônio, mas também e principalmente a segurança jurídica. Nas palavras do culto magistrado Mauro Nicolau Junior, *"A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes"*. (Nicolau Junior, Mauro, www.jurid.com.br, p.21)

A importância do princípio da segurança jurídica, remonta aos primórdios da elaboração da ideia do Estado Democrático de Direito e, neste pensar, assinala J.J Gomes Canotilho, (1991, p.384), tal princípio se constituiria em uma das vigas mestras da ordem jurídica, cujo elevado entendimento é também esposado por Hely Lopes Meirelles, (2014, p.103)

A Prof.^a Maria Sylvia Zanella di Prieto, (2013, p.85) nos ensina que:

O princípio se justifica pelo fato de ser comum, na esfera administrativa, haver mudança 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.

Celso Antônio Bandeira de Mello, (2013, p. 127) entende que:

A ordem jurídica corresponde a um quadro normativo proposto precisamente para que as pessoas possam se orientar, sabendo, pois, de antemão, o que devem ou o que podem fazer, tendo em vista as ulteriores consequências 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.

A Lei nº 9.784/99, em seu art. 2º, parágrafo único, inc. XIII, veda a aplicação retroativa de nova interpretação de matéria administrativa já anteriormente avaliada. A segurança jurídica tem íntima afinidade com a boa-fé. Se a Administração adotou determinada interpretação como a correta para determinado caso concreto vem, por respeito à boa-fé dos administrados, a lei estabilizar tal situação, vedando a anulação de atos anteriores sob pretexto de que os mesmos teriam sido praticados com base em errônea interpretação de norma legal administrativa.

Como a lei deve respeitar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por decorrência da aplicação cogente do princípio da segurança jurídica, não se afigura admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo, muitas vezes deflagradas por interesses pretensamente jurídicos, mas que são, em análise mais aprofundada, plenamente escusos. Esta instabilidade institucional não se coaduna com o Estado Democrático de Direito e a necessidade de se preservar a dignidade da pessoa humana, por decorrência direta da norma constitucional.

Por fim, se de um lado a Administração, para o devido atendimento a suas finalidades precípuas, é revestida de poderes e prerrogativas próprias e se relaciona com o administrado em posição de exercer seu *ius imperium*, de outro lado é igualmente verdade que tal revestimento de poderes é mitigada pelos direitos fundamentais dos indivíduos, que ela não pode desrespeitar, sob pena de

evitar de nulidade insanável sua atuação. Dentre os princípios garantidores do Estado Democrático de Direito que necessariamente informam a conduta estatal, o princípio da segurança jurídica ocupa lugar destacado como resultado da dignidade da pessoa humana e da secular necessidade de estabilidade nas relações sociais. Assim, a decadência, que no processo administrativo atua como freio do poder de autotutela da Administração, principalmente se conjugada à boa-fé do administrado.

3.2.3. Princípio da Supremacia do Interesse Público

O princípio do interesse público está expressamente previsto no artigo 2º, caput, da Lei 9784/99. É um dos princípios de observância obrigatória e mais, constitui princípio mor da Administração Pública.

O Princípio da Supremacia do Interesse Público além de nortear outros princípios é conhecido também pelos doutrinadores como Princípio da Finalidade Pública. Este princípio está presente não apenas no momento da elaboração da lei, mas também no momento da sua execução em concreto. Visa este, por meio da administração pública, impor nos termos da lei, obrigações a terceiros, já que a administração pública representa os interesses da coletividade. Tais atos são imperativos e conforme este princípio, a administração pública pode exigir o cumprimento de tais atos pelos administrados por meio de sanções ou providências indiretas.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 99, 101):

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, adstrita ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatória objetivá-las para colimar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público – o do corpo social - que tem de agir, fazendo-o na conformidade da lei. Portanto, exerce “função”, que se traduz na ideia 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.

Como visto acima, no âmbito da chamada “doutrina clássica nacional”, em especial as pesquisadas neste estudo, a saber, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Hely Lopes Meirelles, o princípio da supremacia do interesse público proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando sua prevalência sobre o interesse do particular, como condição da sobrevivência e do asseguramento deste último, consoante leciona Mello, como sendo verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público.

Sua existência se funda na obrigação do Estado em atingir uma série de finalidades, estatuídas pela Constituição e pelas leis. Para atingir esses objetivos o Estado necessita de poderes não disponíveis aos particulares, justificando-se, entretanto, tão somente na estrita medida necessária à consecução destes fins impostos pelo ordenamento jurídico.

Neste sentido, este princípio é apresentado como pressuposto de uma ordem social estável, no sentido de que em sua posição privilegiada, conferida pela ordem jurídica, a Administração Pública pode assegurar a proteção aos interesses públicos, bem como porque a manifestação de vontade do Estado tem em vista o interesse geral, como expressão do interesse da sociedade em geral.

Sendo assim, o princípio da supremacia do interesse público respalda toda atuação administrativa em que sejam impostas, unilateralmente, obrigações ao administrado, ou ainda, em que seja restringido ou condicionado o exercício de atividades ou de direitos dos particulares.

O princípio da supremacia do interesse público só será legítimo quando seu uso encontra-se na medida necessária ao atendimento dos interesses públicos e não da pessoa que exerce o poder administrativo, nem tão somente do aparelho estatal.

Nas palavras de José Sérgio da Silva Cristóvam, (Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3554, 25 mar. 2013):

“O princípio da supremacia do interesse público sofre limitações e temperamentos, tendo lugar na conformidade do sistema normativo, segundo seus limites e condições, respeitados os direitos adquiridos e atendidas as finalidades contempladas nas normas que o consagra”.

Continua o autor; “para vislumbrar a ação do princípio da supremacia do interesse público como fundamento do regime jurídico administrativo, relevante destacar os exemplos colhidos por Mello de situações em que se verificam algumas “vantagens” para a Administração Pública em decorrência deste princípio: a presunção de veracidade e legitimidade dos atos administrativos; o benefício dos prazos maiores para intervenção ao longo do processo judicial; prazos especiais para prescrição das ações em que é parte o Poder Público, dentre outros.”

Importante observar que, ligado ao princípio de supremacia do interesse público está o da indisponibilidade desse interesse, isto é, sendo interesses qualificados como próprios da coletividade, não se encontram à livre disposição de quem quer que seja. 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 lei.

3.2.4. Princípio da Razoabilidade e Proporcionalidade

Os princípios da proporcionalidade e razoabilidade estão implícitos na Constituição Federal, mas podem ser vistos como decorrentes da legalidade, uma vez que se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade.

O artigo 2º da Lei 9784/99 dispõe que os princípios da proporcionalidade e razoabilidade devem ser observados pela Administração Pública e o inciso VI do parágrafo único traz seus conceitos: adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquela estritamente necessária ao atendimento do interesse público.” A adequação referida diz respeito à razoabilidade, enquanto a proibição de excessos refere-se à proporcionalidade.

Os excessos cometidos pela Administração no atendimento ao interesse público em detrimento de liberdades individuais devem ser imediatamente invalidados ou

até anulados pelo Poder Judiciário, quando provocado. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *“pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.”* (2013, p. 225)

A razoabilidade e a proporcionalidade, muito embora existam para adequar os meios e os fins dos atos administrativos e para impedir que o poder público ultrapasse os limites de suas prerrogativas, podem ser utilizadas também para aumentar o subjetivismo das decisões.

Assim como o agente público não pode afastar a proporcionalidade e razoabilidade exigidas pelo caso concreto sob o pretexto de aplicar a lei, também não deve lançar mão destes princípios para justificar um ato ilegal. Muitas vezes, os administradores extrapolam na utilização da razoabilidade e proporcionalidade sob o pretexto de estar atuando de acordo com a prerrogativa da discricionariedade.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 110) este princípio enuncia a ideia de que:

As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade correspondentes ao que seja realmente demandado 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 (2013, p. 114),

“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 ideia 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”.

Como já dito inicialmente, 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 impede à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer atividade administrativa.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 112):

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 a finalidade integra a própria lei. Em consequência será anulável pelo Poder Judiciário, a requerimento do interessado.

Conforme estudo deste segundo capítulo, os princípios são de suma importância para qualquer ramo do Direito; neste contexto se insere o Direito Público, onde esta albergada a Administração Pública. Tal importância se verifica na medida em que esses princípios atuam como garantia contra o abuso da atuação discricionária da Administração Pública. Portanto, o Administrador Público deverá, obrigatoriamente, realizar atos observando os princípios presentes no Direito, explícita ou implicitamente.

Neste sentido, o célebre conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello, define princípio como: *“mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico”* (2013, p. 54).

Dos princípios que regem a Administração Pública decorrem alguns poderes para as autoridades administrativas, tais poderes administrativos estudaremos mais adiante, após uma síntese do Regime Jurídico Administrativo.

4. SÍNTESE DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Regime Jurídico da Administração Pública, em seu sentido amplo, diz respeito aos regimes de direito público e de direito privado a que pode estar sujeita a Administração Pública. Porém quando tratamos de **Regime Jurídico Administrativo**, este tão somente abrange o conjunto de traços, de conotações que tipificam o Direito Administrativo, dando a Administração Pública posição privilegiada, vertical, na relação jurídica-administrativa.

De uma forma bem básica, o regime administrativo resume-se a duas expressões: prerrogativas e sujeições.

Segundo o ensinamento de (Rivero), citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.61), afirma que:

As particularidades do Direito Administrativo parecem decorrer de duas ideias opostas: “as normas do Direito Administrativo caracterizam-se, em face das do direito privado, seja porque conferem à Administração prerrogativas sem equivalente nas relações privadas, seja porque impõem à sua liberdade de ação sujeições mais estritas do que aquelas a que estão submetidas os particulares.

O Direito Administrativo nasceu enquanto o Estado liberal em seu bojo cultivava os princípios do individualismo em todos os aspectos, inclusive jurídico; já o regime administrativo traz em seu seio, traços de autoridade, de supremacia sobre o indivíduo, com fins de interesse geral.

Nas palavras de (Garrido Falla), citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro; “*é curioso observar que fosse o próprio fenômeno histórico-político da Revolução Francesa o que tenha dado lugar simultaneamente a dois ordenamentos distintos entre si: a ordem jurídica individualista e o regime administrativo. O regime individualista foi se alojando no campo do direito civil, enquanto o regime administrativo formou a base do direito público administrativo*” (2013, p.62)

Assim, o Direito Administrativo teve origem e desenvolvimento baseado em duas ideias opostas: por um lado, a proteção aos direitos individuais frente ao Estado:

fundamento ao princípio da legalidade que é uma das bases do Estado de Direito; por outro lado, a necessidade de satisfação dos interesses coletivos, que fundamenta à outorga de prerrogativas e privilégios para a Administração Pública, seja para limitar o exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo, seja para a prestação de serviços públicos.

Portanto, o Direito Administrativo tem dois polos: liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – restrições e prerrogativas. No que tange a liberdade, sujeita-se a Administração Pública à observância da lei e do direito, incluindo princípios e valores previstos na Constituição; em suma, é a aplicação do princípio da legalidade ao Direito Público. Quanto a autoridade da Administração Pública, necessária para atingir a satisfação dos interesses coletivos, são-lhe outorgados prerrogativas e privilégios que lhe permitam assegurar a supremacia do interesse público sobre o particular.

Segundo (Cretella Júnior), citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p.62), as **prerrogativas públicas** são:

as regalias usufruídas pela Administração, na relação jurídico-administrativa, derogando o direito comum diante do administrador, ou, em outras palavras, são as faculdades especiais conferidas à Administração, quando se decide a agir contra o particular.

Portanto, significa que a Administração Pública possui prerrogativas ou privilégios, desconhecidos na esfera do direito privado. Exemplo: a autoexecutoriedade, a autotutela, de alterar ou rescindir unilateralmente os contratos, etc. Goza também de determinados privilégios. Exemplo: a imunidade tributária, presunção de veracidade de seus atos, etc.

Porém, o outro polo da Administração, ao inverso das prerrogativas, existem determinadas restrições a que se sujeita a Administração, sob pena de nulidade do ato administrativo e, dependendo do caso, até mesmo de responsabilização da autoridade pública. Dentre as restrições, a de maior relevo é a observância da finalidade pública, bem como o atendimento dos princípios que norteiam a Administração Pública.

Essas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios, já estudados no capítulo anterior, que informam o direito público e, em especial, o Direito Administrativo.

Assim podemos concluir que: as **prerrogativas** colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, e as **restrições** a que está sujeita , limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e conseqüentemente nulidade dos atos da Administração.

O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares, constitui o - **Regime Jurídico Administrativo**.

5. PODERES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Analisados os princípios que estão na base de toda função administrativa do Estado, é necessário examinar alguns dos poderes que deles decorrem para as autoridades administrativas; tais poderes são inerentes à Administração Pública e, sem eles, não seria possível fazer sobrepor a vontade da lei à vontade individual, o interesse público ao interesse privado.

5.1. Considerações Gerais

Os poderes da Administração têm **natureza instrumental**, isto é, surgem como instrumentos conferidos pelo ordenamento jurídico à Administração para preservar interesses da coletividade. O uso desses poderes é um dever-poder, pois é por meio deles que se irá alcançar a preservação dos interesses da coletividade.

Sobre esse tema, ensina Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 130):

Para bem atender ao interesse público, a Administração é dotada de poderes administrativos - distintos dos poderes políticos - consentâneos e proporcionais aos encargos que lhe são atribuídos. Tais poderes são verdadeiros instrumentos de trabalho, adequados à realização das tarefas administrativas. Daí o serem considerados poderes instrumentais, diversamente dos poderes políticos, que são estruturais e orgânicos porque compõem a estrutura do Estado e integram a organização constitucional.

Os poderes administrativos nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Dentro dessa diversidade, são classificados consoante a liberdade da Administração para a prática de seus atos, em *poder vinculado* e *poder discricionário*; segundo visem ao ordenamento da Administração ou à punição dos que a ela se vinculam, em *poder hierárquico* e *poder disciplinar*; diante de sua finalidade normativa, em *poder regulamentar*; e, tendo em vista seus objetivos de contenção dos direitos individuais, em *poder de polícia*.

Esses poderes são inerentes à Administração de todas as entidades estatais - União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios - na proporção e limites de suas competências institucionais e podem ser usados isolada ou cumulativamente para a consecução do mesmo ato. Tal o que ocorre, por exemplo, com o ato de polícia administrativa, que é

normalmente precedido de uma regulamentação do Executivo (poder regulamentar), em que a autoridade escalona e distribui as funções dos agentes fiscalizadores (poder hierárquico), concedendo-lhes atribuições vinculadas (poder vinculado) ou discricionárias (poder discricionário), para a imposição de sanções aos infratores (poder de polícia).

Como já conceituado, esses poderes administrativos de natureza instrumental são prerrogativas de autoridade – poderes-deveres, as quais, só podem ser exercidas nos limites da lei.

Os poderes da administração são irrenunciáveis e seus limites são: 1) *preservação do interesse público* – (O administrador só poderá usá-los para preservar os interesses públicos. Se ultrapassar os limites haverá abuso de poder e desvio de finalidade, que são espécies de ilegalidade); 2) *princípio da legalidade* – (o administrador só poderá usar os poderes estabelecidos em lei. Se usar outros será ilegal, pois há uma subsunção do administrador à lei).

Importante ressaltar que não se confundem os *poderes da Administração Pública*, que são instrumentais, com os *poderes estruturais do Estado* – poderes políticos – a saber, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. O administrador no uso daqueles, não poderá invadir o campo de atuação destes, sob pena de ilegalidade.

5.2. Espécies de Poderes

- Poder Vinculado e Discricionário
- Poder Hierárquico
- Poder Normativo ou regulamentar
- Poder Disciplinar
- Poder de Polícia

Feitas as considerações gerais, vejamos, resumidamente, cada um desses poderes administrativos.

5.3. Poder Vinculado e Discricionário

Poder vinculado é aquele em que o administrador se encontra inteiramente preso ao enunciado da lei, que estabelece previamente um único comportamento possível a ser adotado em situações concretas, não existindo um espaço para juízo de conveniência e oportunidade.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2013, p.90,91) ensina que:

(...) quando se diz que determinada atribuição da Administração é vinculada, quer-se significar que está sujeita à lei em praticamente todos os aspectos. O legislador, nessa hipótese, preestabelece todos os requisitos do ato, de tal forma que, estando eles presentes, não cabe à autoridade administrativa senão editá-lo, sem apreciação de aspectos concernentes à oportunidade, conveniência, interesse público, equidade. Esses aspectos foram previamente valorados pelo legislador.

Diversamente do poder vinculado, dispõe a Administração do *poder discricionário* para praticar certos atos com maior liberdade de ação.

Poder discricionário é aquele pelo qual a Administração Pública de modo explícito ou implícito, pratica atos administrativos com liberdade de escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Esta liberdade exercida pelo administrador está condicionada aos limites fixados pela lei, logo, não se confunde com arbitrariedade - que é ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido.

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 133), diz que:

(...) a discricionariedade é sempre relativa e parcial, porque, quanto à *competência*, à *forma*, e à *finalidade* do ato, a autoridade está subordinada ao que a lei dispõe, como para qualquer ato vinculado. Com efeito, o administrador, mesmo para a prática de um ato discricionário, deverá ter *competência legal* para praticá-lo; deverá obedecer à *forma legal* para sua realização; e deverá atender a *finalidade legal* de todo o ato administrativo, que é o interesse público. O ato discricionário praticado por autoridade incompetente, ou realizado de forma diversa da prescrita em lei, ou informado de finalidade estranha ao interesse público, é ilegítimo e nulo. Em tal circunstância, deixaria de ser ato *discricionário* para ser ato *arbitrário* – ilegal, portanto.

Reafirma o mesmo autor: *“mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa.”*

Caso o administrador pratique ato que, embora discricionário, busque outro objetivo senão o do bem comum – identificado com o interesse social -, incidirá em ilegalidade, por desvio de poder ou de finalidade, que poderá ser reconhecido e declarado pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário.

As palavras do professor, Hely Lopes Meirelles (2014, p. 135), enfatiza que:

“Erro é considerar-se o ato administrativo imune à apreciação judicial, pois a Justiça, poderá dizer sobre a sua legitimidade e os limites de opção do agente administrativo, ou seja, a conformidade da discricionariedade com a lei e com os princípios jurídicos.

O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Não pode, assim, invalidar opções administrativas ou substituir critérios técnicos por outros que repete mais convenientes ou oportunos, pois essa valoração é privativa da Administração. Mas pode sempre proclamar e coibir os abusos da Administração.”

5.4. Poder Hierárquico

Segundo Hely Lopes Meirelles, *“Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores de seu quadro de pessoal”*. (2014, p. 135)

O Poder Hierárquico compreende a prerrogativa que tem a Administração para coordenar, controlar, ordenar e corrigir as atividades administrativas dos órgãos e agentes no seu âmbito interno.

Do poder hierárquico decorre para o superior as prerrogativas de dar ordens, para organizar as atividades, fiscalizar o cumprimento dos deveres de seus subordinados, bem como, rever suas condutas; delegar atribuições e avocá-las, quando necessário. Já, para os subordinados, decorre o dever de obediência ao

superior hierárquico, só podendo furtar-se ao cumprimento de ordens manifestamente ilegais, que caso ocorram, geram para o subordinado, o dever de representar contra a ilegalidade cometida pelo superior.

Os subordinados não podem deixar de cumprir ordens, ou retardá-las, a não ser no caso supra referido, sob pena de incorrerem em falta disciplinar e, ainda, em crime funcional – prevaricação - previsto no artigo 319 do CP.

Do poder hierárquico, decorre para o superior, o dever de fiscalizar os atos dos subordinados, para que se enquadrem nos padrões exigidos para as atividades realizadas.

Por delegação, entende-se a possibilidade do superior, delegar a subordinados atribuições genéricas, não individualizadas nem fixadas como privativas de certo executor. De forma geral, podem ocorrer dentro de um mesmo Poder, não sendo admitidas, as delegações de um Poder para outro. Não são todas as atribuições que podem ser delegadas, pois as de natureza política são indelegáveis.

A competência é irrenunciável e a delegação deve respeitar as seguintes regras: 1) possibilidade de delegação ao menos que haja impedimento legal; 2) a delegação é sempre parcial, não podendo atingir todas as atribuições do cargo ou do órgão; 3) o ato que estabelece a delegação deve ter duração certa podendo ser revogada a qualquer tempo, sempre devendo ser publicado o ato nos meios oficiais; 4) a delegação pode conter ressalva de exercício no tocante a atribuição delegada; 5) as decisões tomadas por delegação devem conter expressamente que assim foram feitas, sendo do delegado toda a responsabilidade por seus atos.

Segundo a lei do processo administrativo não podem ser objeto de delegação a edição de atos de caráter normativo; as decisões de recursos administrativos e as matérias de competência exclusiva do órgão ou da autoridade.

Por avocação, entende-se o poder do superior avocar para si, atribuições originariamente entregues ao subordinado. Da mesma forma como não podem ser delegadas atribuições que a lei confere de forma específica a determinado órgão ou agente, também neste caso não se pode avocar. A delegação e a avocação, encontram-se delineadas na lei 9784/99.

Por revisão entende-se o poder do superior em rever os atos dos subordinados sob todos os aspectos a fim de mantê-los ou invalidá-los, que seja de ofício ou mediante provocação do interessado. Todavia, permite-se a revisão enquanto o ato não tenha se tornado imutável para a própria Administração, ou que não tenha criado direito subjetivo para o particular oponível à Administração.

5.5. Poder Disciplinar

Não se deve confundir poder disciplinar com poder hierárquico, embora haja estreita relação entre eles. Constitui o poder-dever que possui a Administração para apurar e punir as infrações funcionais cometidas pelos servidores e por todos aqueles que de alguma forma se submetam a disciplina e a regulamentação da Administração.

Também não se há de confundir poder disciplinar, que é próprio da Administração, com poder punitivo do Estado, realizado pelo Poder Judiciário e destinado a combater as condutas tipificadas na legislação penal. As duas instâncias, administrativa e penal, são independentes. O mestre Hely Lopes Meirelles, preleciona: *“A punição disciplinar e a criminal tem fundamentos diversos e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau, é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da ação conjunta das duas penalidades sem que ocorra bis in idem.”* (2014, p. 139)

Com base em boa parte da doutrina, pode-se dizer, que é reconhecido ao Administrador uma certa dose de discricionariedade no exercício do poder disciplinar. A discricionariedade, portanto, fica restrita à escolha da penalidade, quando a lei não a vincula a uma determinada conduta e ao enquadramento da conduta do servidor quanto a certas infrações que não estão bem definidas em lei. A discricionariedade não existe, quando a lei é taxativa em vincular a conduta à penalidade.

A penalidade aplicada administrativamente pode ser objeto de controle por parte do Judiciário. Entretanto, se houve vício na sua aplicação, não pode o juiz substituir o administrador na aplicação da pena, devendo invalidá-la.

Limites ao exercício do poder disciplinar:

- Necessidade de abertura de sindicância ou processo administrativo disciplinar (instrumentos para apurar irregularidades da área administrativa).
- Necessidade de oferecimento ao servidor de contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV da CF). Há presunção de inocência (art. 5º, LVII da CF). Se forem violados, será inconstitucional.
- Necessidade de motivação da decisão: A Administração está obrigada a motivar todos os atos que edita, pois quando atua representa interesses da coletividade. Até mesmo quando deixar de aplicar uma penalidade deverá motivar o ato, pois se era caso de aplicar e não o fez, recairá em condescendência criminal (art. 320 do CP).

5.6. Poder Normativo ou Regulamentar

Quando se fala em poder normativo, deve-se lembrar, primeiramente, o poder que detém a Administração para editar normas, definidas como instruções normativas, resoluções, portarias, decretos, etc.

O poder regulamentar, é uma das vertentes do poder normativo e o conceito do mestre Hely Lopes Meirelles, define esse poder como *“a faculdade de que dispõem os Chefes de Executivos (Presidente, Governadores, Prefeitos) de explicar a lei para sua correta execução, ou de expedir decretos autônomos sobre matéria de sua competência ainda não disciplinadas por lei. É um poder inerente e privativo do Chefe do Executivo (CF, art.84,IV), e por isto mesmo, indelegável a qualquer subordinado”*. (2014, p. 142)

A doutrina costuma classificar o poder regulamentar em três categorias: decreto ou regulamento de execução; decreto autônomo e decreto ou regulamento autorizado.

Decretos de execução ou regulamentos, são regras que se destinam a possibilitar a fiel execução da lei que regulamentam. São normas de caráter abstrato e impessoais, editadas em decorrência de uma lei. É de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Deve restringir-se aos limites e conteúdos da lei, detalhando seus dispositivos para melhor compreensão e alcance.

O artigo 84, IV, da CF/88, prevê a edição deste tipo de regulamento, que possui como pressuposto, a existência anterior de uma lei (ato primário) que necessita ser regulamentada para que possa ter aplicação. Esta regulamentação, através de um regulamento ou decreto (ato secundário) não pode contrariar a norma a ser regulamentada, nem ir além dela, devendo restringir-se aos limites e conteúdos da lei.

Quanto ao respeito a estes limites, há uma forma de controle legislativo, previsto no artigo 49, V da própria Constituição Federal que atribui ao Congresso Nacional competência exclusiva para “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar”

- Decretos e regulamentos de execução ou decretos regulamentares: São aqueles que dependem de lei anterior para serem editados. Têm objetivo de oferecer fiel execução à lei. Se extrapolarem os limites previstos na lei serão ilegais, recaindo sobre eles um controle de legalidade.

Decretos autônomos são aqueles que existem para regulamentar situações, independentemente da edição prévia de lei. Ou seja, nascem sem subordinação à lei e por isto são chamados autônomos.

- Decretos e regulamentos autônomos: São aqueles que não dependem de lei anterior para serem editados, pois estão regulamentando a própria Constituição Federal. São autônomos em relação a lei. Se extrapolarem os

limites que lhe eram permitidos, serão inconstitucionais, recaindo sobre eles um controle de constitucionalidade.

Por *regulamento autorizado*, entende-se o ato administrativo secundário que complementa disposições contidas em lei, com base em determinação expressa nela contida, autorizando o Poder Executivo a assim proceder. Não se admite o regulamento autorizado para a disciplina de matérias reservadas à lei ficando vedado o uso deste regulamento como substituto da atividade do legislador ou mesmo da lei delegada.

5.7. Poder de Polícia

Hely Lopes Meirelles, define o poder de polícia como *“a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.”*

O mesmo autor, em linguagem menos técnica, assim conceitua: *“podemos dizer que o poder de polícia é mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual. Por esse mecanismo, que faz parte de toda Administração, o Estado detém a atividade dos particulares que se revelar contrária, nociva ou inconveniente ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.”* (2014, p. 145, 146)

O Código Tributário Nacional traz o seguinte conceito:

“Art. 78. Poder de polícia é a atividade da administração pública que limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos”

Distingue-se o poder de polícia administrativo do poder de polícia judiciária, pois enquanto o primeiro destina-se a restringir o exercício de atividades lícitas, o segundo destina-se a coibir atividades ilícitas.

A Administração Pública atua de duas formas. Primeiro, preventivamente, ao editar atos normativos disciplinadores de direitos, interesses ou liberdades ou quando realiza atos concretos impedindo a realização de um dano futuro, como por exemplo quando expede uma licença. Segundo repressivamente através de atos concretos quando já violada uma norma, restando apenas a imposição de sanção.

O poder de polícia fundamenta-se na supremacia do interesse público sobre o interesse privado . Por ser um poder instrumental, atualmente sua abrangência é enorme, pois basta existir a possibilidade de dano à coletividade para que esteja presente a possibilidade da Administração exercer o Poder de Polícia.

Doutrinariamente, são reconhecidos como atributos específicos do poder de polícia a discricionariedade, a auto-executoriedade e a coercibilidade.

A discricionariedade significa que o agente tem a liberdade de escolha observando os critérios de conveniência, oportunidade e conteúdo dos atos administrativos. Entretanto, tratando-se do poder de polícia, esta discricionariedade fica adstrita a escolha da medida a ser tomada, vez que o poder de polícia trata-se de poder-dever, não dando ao agente público a faculdade de exercê-lo ou o. Aqui também guarda enorme relevância o princípio da razoabilidade entendido como a necessidade de adequar-se a limitação imposta ao benefício coletivo que se quer alcançar.

A executoriedade, consiste na faculdade que tem a Administração, quando já tomou decisão executória, de realizar diretamente a execução forçada, usando, se for o caso, da força pública para obrigar o administrado a cumprir a decisão“ Como exemplo, podemos citar a interdição de estabelecimento, o embargo de obra, etc.

Coercibilidade, por sua vez, acha-se intimamente ligada à auto-executoriedade, pois o ato praticado no exercício do poder de polícia é imperativo.

No que tange a imposição de sanções, estas regulam-se pela observância da legalidade das medidas punitivas, que devem estar previstas, observando-se, também o quesito competência. Deve ser assegurado, ainda, ao sujeito passivo, a observância do contraditório e da ampla defesa, por força do princípio constitucional inserido no artigo 5º, LV da Constituição Federal. São sanções decorrentes do poder de polícia entre outras: cassação de licença, revogação de autorização, apreensão e destruição de gêneros alimentícios deteriorados, guinchamento de veículos, fechamentos de estabelecimentos, interdição de atividades, etc.

6. ATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública realiza sua atividade executiva através de atos jurídicos denominados de - Atos Administrativos. São estes atos, o foco do nosso estudo neste item. São por eles que a Administração Pública manifesta sua vontade.

Examinaremos o conceito, os requisitos de validade, bem como seus atributos, ressaltando a sua classificação em atos vinculados e discricionários.

6.1. Conceito

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, (2013, p.203) define o ato administrativo considerando os seguintes dados:

1. “ele constitui **declaração do Estado** ou de quem lhe faça as vezes;
2. Sujeita-se a **regime jurídico administrativo**,
3. **Produz efeitos jurídicos imediatos**;
4. é sempre passível de controle judicial;
5. sujeita-se à lei.”

Conclui a conceituada autora: “*Com esses elementos, pode se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário*” (2013,p. 204).

Na lição do professor Hely Lopes Meirelles, seguindo a diretriz traçada pelo Código Civil, entende que o conceito de ato administrativo compreende: “*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.*” (2014, p.165)

Outro importante ensinamento jurídico, é apresentado pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 389, 390):

Ato Administrativo em sentido amplo;

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.

E, em sentido estrito;

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 prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou, excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

Diante de relevantes ensinamentos acima citados, pode-se conceituar ato administrativo como sendo todo ato unilateral emanado da Administração Pública, com atributos específicos do direito público, cujos efeitos finais sejam adquirir, transferir, proteger, modificar, extinguir direitos ou impor próprios entes estatais.

Para maior clareza, veremos a seguir cinco requisitos ou elementos necessários à formação do ato administrativo, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

6.2. Requisitos ou elementos do ato:

A expressão “elementos do ato administrativo” é usada para indicar os requisitos do ato.

Ato administrativo é o meio pelo qual a Administração Pública exterioriza sua vontade, a fim de produzir efeitos jurídicos. Embora haja muita divergência no assunto, a maioria da doutrina inclina-se em reconhecer que os elementos do ato

administrativo encontram-se elencados no art. 2º da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular – LAP), a saber:

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

- a) incompetência;*
- b) vício de forma;*
- c) ilegalidade do objeto;*
- d) inexistência dos motivos;*
- e) desvio de finalidade”*

Conforme elencado acima, embora sem uníssona concordância, os elementos do ato habitualmente referidos são:

- Sujeito ou Competência;
- Finalidade;
- Forma;
- Motivo;
- Objeto;

Ao examinarmos o ato administrativo, esses elementos revelam-se necessários à sua formação, e constituem a estrutura do ato, seja ele vinculado ou discricionário. A ausência de tais requisitos implicará na falta de condições de eficácia para produzir efeitos válidos.

O raciocínio é o seguinte: ato administrativo válido é aquele que tenha sido produzido de conformidade com regras competenciais (**competência** do agente), formais (**forma** do ato deve ser legal e solene, isto é, compatível com a lei, escrito e manifesto, pois, em princípio, o silêncio administrativo não produz efeitos), com conteúdo qualificado pela licitude (**objeto** lícito e possível) e pela exposição dos fatos e fundamentos jurídicos geradores da vontade administrativa que se exterioriza no ato (**motivo**), além de estar direcionado ao atendimento do interesse público (**finalidade**). Portanto, são elementos do ato administrativo:

competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Prova disso é que a LAP comina de inválidos atos que tenham sido editados na ausência desses elementos.

6.2.1. Sujeito ou Competência

Sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato. Como é sabido, para que o ato, vinculado ou discricionário, seja praticado validamente, é necessário que o agente público tenha competência, ou seja, que disponha de poder conferido pela lei para fazê-lo.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 167), competência administrativa é:

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.

Entende-se por competência, o poder decorrente da lei que confere ao agente administrativo, desempenhar regularmente suas atribuições. A lei, e somente ela, pode determinar a exata medida, necessária, para alcançar os fins desejados. É um elemento sempre vinculado.

As principais características da competência administrativa são:

- Exercício obrigatório para órgãos e agentes públicos;
- intransferível e improrrogável, podendo, no entanto, ser delegada e avocada, desde que as normas reguladoras da Administração Pública permitam;
- Imodificável pela vontade do agente;
- Imprescritível, tendo em vista que o não exercício da competência não gera a sua extinção.

6.2.2. Finalidade

A finalidade é o resultado que a Administração deve alcançar com a prática do ato. É aquilo que se pretende com o ato administrativo. O princípio que este requisito deve resguardar é o interesse público, e sempre a finalidade determinada pela lei. Como o anterior, este é um elemento sempre vinculado. O vício neste elemento gera desvio de finalidade, que é uma forma de abuso de poder.

Seguindo as definições de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 168):

A finalidade é outro requisito necessário ao ato administrativo, ou seja, o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo - discricionário ou regrado - 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 hão de se dirigir sempre e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo.

A lei indica a finalidade do ato administrativo; não sendo possível ao administrador qualquer tipo de escolha ou substituição àquela indicada na norma, pois está totalmente vinculada à vontade legislativa.

6.2.3. Forma

O requisito forma é a materialização, ou seja, como o ato se apresenta no mundo real. Consiste no modo pelo qual a declaração de vontade da Administração se exterioriza. O ato deve sempre respeitar a forma exigida, para sua prática. Como regra, todos os atos da Administração Pública são formais, e de acordo com a doutrina majoritária, é um elemento sempre vinculado.

Para Hely Lopes Meirelles (2014, p. 168), forma é:

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. Daí 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, frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade.

A inexistência da forma induz a inexistência do ato administrativo.

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.

6.2.4. Motivo

Motivo consiste na situação de fato e de direito que determina ou autoriza a administração em praticar o ato administrativo. O pressuposto de direito é a lei que baseia o ato administrativo, ao passo que o fato corresponde, as circunstâncias, situações, acontecimentos, que levam a prática do ato.

Essas circunstâncias fáticas e jurídicas que determinam ou autorizam a prática do ato podem vir expresso em lei, configurando assim, um ato vinculado, ou não, caracterizando-se como um ato discricionário.

Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2013, p. 218):

Motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo. Pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato. Pressuposto de fato, com o próprio nome indica, corresponde ao conjunto de circunstância, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato.

O motivo, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 169) é:

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

Importante diferenciar motivo e motivação, ambos não se confundem. Motivação é a exposição dos motivos, a sua exteriorização, a declaração escrita das razões

que determinaram a realização de um ato administrativo; portanto, todo ato administrativo deve apresentar motivos. Todos os atos administrativos se sujeitam à regra da motivação, inclusive os atos discricionários. Ou seja, a flexibilidade de atuação admitida pela lei não contempla a prerrogativa incondicionada do administrador realizar atos ao seu livre arbítrio. Entende-se por motivação não somente a mera citação do dispositivo legal que autoriza a medida tomada pelo administrador, como também a exposição da razão fática que levou o agente público a dar concretude à norma jurídica, mediante a materialização do ato administrativo.

Importante frisar que o motivo é sempre obrigatório, sem o qual o ato estaria eivado de vício, tornando-se, um ato nulo; o que é dispensável em alguns casos é a motivação, a qual só será obrigatória nos casos expressos em lei. O motivo nem sempre é elemento vinculado do ato, o que quer dizer que por meio da discricionariedade administrativa é possível o exame da oportunidade e conveniência na prática de determinado ato. Para o exame da legalidade do ato vinculado, é suficiente analisar se há correlação dos motivos elencados na legislação e a expedição do ato. Já no que concerne aos atos administrativos discricionários, os quais a lei não delimita os motivos necessários para sua edição, a motivação do ato permitirá que se verifique se esta se adéqua às exigências de oportunidade e conveniência do caso concreto, ou seja, à realidade fática.

6.2.5. Objeto ou Conteúdo

Objeto, também chamado de conteúdo, é o efeito jurídico imediato que o ato produz. ou seja, é a modificação fática realizada pelo ato no mundo jurídico.

Objeto, na definição de Hely Lopes Meirelles (2014, p. 170):

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.

Assim, podemos em síntese concluir que o sujeito ou competência é o autor, quem detém os poderes jurídico-administrativos necessários para produzir o ato administrativo – primazia de validade; forma é o revestimento externo do ato - sua exteriorização; objeto ou conteúdo corresponde ao efeito jurídico imediato do ato: é o que ele estabelece; motivo é a situação ou razões que autoriza ou exige a prática do ato; finalidade é o bem jurídico a que o ato deve atender. Sem tais elementos não há ato administrativo ou na inobservância deles, a natureza dos atos administrativos pode ser considerada nula.

6.3. Atributos dos Atos Administrativos

Os atributos dos atos administrativos surgem em razão dos interesses que a Administração representa quando atua, e são eles: à presunção de legitimidade, à imperatividade, à exigibilidade, e à autoexecutoriedade. São meios jurídicos peculiares, ou certas prerrogativas de que não desfrutam os particulares.

6.3.1. Presunção de Legitimidade

Presunção de legitimidade é a presunção de que os atos administrativos são válidos, isto é, de acordo com a lei até que se prove o contrário. Trata-se de uma presunção relativa.

Para Hely Lopes Meirelles (2014, p. 174),

“essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração que, nos Estados de Direito, informa toda a atuação governamental. Além disso, a presunção de legitimidade e veracidade 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.”

6.3.2. Imperatividade

Imperatividade é o poder que os atos administrativos possuem de impor obrigações unilateralmente aos administrados, independentemente da concordância destes, isto é, qualidade pela qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independente de concordância, constituindo unilateralmente obrigações. A imperatividade do ato administrativo, não depende da sua declaração de validade ou invalidade, sendo assim, deve ser cumprido ou atendido, pois as manifestações de vontade do Poder Público trazem em si este atributo - a presunção de legitimidade.

Hely Lopes Meirelles (2014, p. 177), ensina 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 autoexecutórios) ou pelo Judiciário (atos não autoexecutórios)”.

6.3.3. Exigibilidade

Exigibilidade é o poder que os atos administrativos possuem de serem exigidos quanto ao seu cumprimento, sob ameaça de sanção. Vai além da imperatividade, pois traz uma coerção para que se cumpra o ato administrativo. A exigibilidade e a imperatividade podem nascer no mesmo instante cronológico ou primeiro a obrigação e depois a ameaça de sanção, assim a imperatividade é um pressuposto lógico da exigibilidade.

No conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 423):

“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 par induzir o administrado a observá-la”.

6.3.4. Autoexecutoriedade

O atributo da autoexecutoriedade que detém os atos administrativos consiste na possibilidade, mais ainda, no poder que possuem, de serem executados pela própria Administração independentemente de qualquer solicitação ao Poder Judiciário. Atributo que vai além da imperatividade e da exigibilidade.

Executar, no sentido jurídico, é cumprir aquilo que a lei pré-estabelece abstratamente. O particular não tem executoriedade, com exceção do desforço pessoal para evitar a perpetuação do esbulho. Exemplo: O agente público ao constatar que uma danceteria toca músicas acima do limite máximo permitido, poderá lavrar auto de infração, já o particular tem que se socorrer do Poder Judiciário.

Requisitos para a autoexecutoriedade:

- Previsão expressa na lei: A Administração pode executar os seus atos quando existir previsão na legal.
- Previsão tácita ou implícita na lei: Administração pode executar os seus atos quando ocorrer uma situação de urgência em que haja violação do interesse público e inexista um meio judicial idôneo capaz de a tempo evitar a lesão.

A autorização para a autoexecutoriedade implícita está na própria lei que conferiu competência à Administração para fazê-lo, pois a competência é um dever-poder e ao outorgar o dever de executar a lei, outorgou o poder para fazê-lo, seja ele implícito ou explícito.

Os princípios que regem a Administração Pública, e neste caso, limitam o administrador na autoexecutoriedade são: o princípio da razoabilidade e o princípio da proporcionalidade. Não há liberdade que não tenha limites e se ultrapassados, gera abuso de poder, que é uma espécie de ilegalidade.

De acordo com os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 423), afirma que:

A autoexecutoriedade 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 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.

Em síntese, no que diz respeito aos atributos do ato administrativo: deve ser presumidamente legítimo; pela imperatividade, cria para o terceiro, independentemente de sua concordância, uma obrigação; pela exigibilidade, sujeita o administrado à observância, pela própria Administração, sem recorrer ao Judiciário; e pela autoexecutoriedade, subjugua o administrado à obediência por meio da coação direta aplicada pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Essas prerrogativas, que assistem à Administração Pública, se justificam a medida dos interesses que a Administração deve prover. Por isso, só serão legítimas quando usadas para a concretização de interesses públicos e na medida em que sejam necessárias para satisfazê-los.

Tais atributos expressão claramente a posição de supremacia da Administração, a qual não é senão a supremacia dos próprios interesses públicos.

6.4. Classificação dos atos administrativos

O estudo deste item analisa apenas a classificação do ato administrativo em vinculado ou regrado e discricionário, tendo em vista ser esta a que nos interessa para o presente estudo.

6.4.1. Vinculação e Discricionariedade

A separação de atos vinculados dos discricionários é uma das grandes diferenciações que se faz entre os atos administrativos e a qual se atribui grande importância.

As noções esclarecedoras quanto a essa classificação, que veremos a seguir, é do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 434, 435):

Atos vinculados:

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 em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma.

Atos discricionários:

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.

Diferença:

A diferença nuclear entre ambos 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.

Com base nos enunciados acima, podemos dizer que no ato vinculado não há opções; a lei estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir daquela forma. Porém, para os atos discricionários, a lei dá margem à liberdade de decisão diante do caso concreto, assim, a autoridade poderá optar por uma dentre as várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito. Para adoção de uma ou outra solução, a Administração deve fazer segundo critérios de oportunidade e conveniência. Importante ressaltar que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites da lei. A autoridade administrativa não pode ultrapassar os limites da lei, sob pena de cometer ilegalidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 183,184):

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.

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.

Para o mesmo autor, (2014, p. 184,185):

Os atos discricionários são os que a Administração autorizada pela lei, 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 sim no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais convenientes ao interesse público. Discricionariedade 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.

Pode-se dizer que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando: a lei estabelece a solução 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 é discricionária quando: diante do caso concreto, a lei permite à Administração possibilidades, como de apreciar, segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito.

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.

Tal advertência é corroborada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, (2013, p. 978), quando conceitua discricionariedade:

Fala-se em discricionariedade quando a disciplina legal faz remanescer em proveito e a cargo do administrador uma certa esfera de liberdade, perante o quê caber-lhe-á preencher com seu juízo subjetivo, pessoal, o campo de indeterminação normativa, a fim de satisfazer no caso concreto a finalidade da lei.

Não se há de pensar que discricionariedade resulta da ausência de lei, posto que, contrariamente, ela procede da própria disciplina normativa, a dizer, da maneira pela qual se regula dada situação.

‘O poder discricionário não resulta da ausência de regulamentação legal de certa matéria, mas sim de uma forma possível da sua regulamentação’. Esta forma é exatamente a de disciplinar certa matéria sem manietar o administrador. Isto porque a lei pretende que seja adotada em cada caso concreto unicamente a providência capaz de atender com precisão à finalidade que a inspirou.

Segundo Hely Lopes Meirelles, (2014, p. 187) os atos discricionários são indispensáveis na atuação da Administração Pública, porém, para sua prática há limites e responsabilidades a serem observadas, conforme preleciona o autor:

Atos discricionários são, absolutamente necessários ao normal desempenho das funções administrativas. Praticados nos limites legais, e em defesa do bem-estar geral, que há de construir, sempre e sempre, o objetivo da administração, nada têm de arbítrio ou ilegítimo, nem deve o administrador abster-se de utilizá-los em benefício da coletividade.

A responsabilidade pelos atos discricionários não é maior nem menor que a decorrente dos atos vinculados. Ambos representam facetas da atividade administrativa, que todo homem público, que toda autoridade, há de perlustrar. A timidez da autoridade é tão prejudicial quanto o abuso

do poder. Ambos são deficiências do administrador, que sempre redundam em prejuízo para a Administração. O tímido falha, no administrar os negócios públicos, por lhe faltar fortaleza de espírito para obrar com firmeza e justiça nas decisões que contrariem os interesses particulares; o prepotente não tem moderação para usar do poder nos justos limites que a lei lhe confere. Um peca por omissão; outro, por demasia no exercício do poder.

Para o estudo do último item deste trabalho, ressaltamos a citação acima do eminente professor Hely Lopes Meirelles, que tem o propósito de ser uma “ponte” - entre o caminho percorrido, no estudo dos itens anteriores, para o último - onde estão direcionadas as lentes do nosso estudo. Neste item analisaremos os métodos de controle, aplicáveis e capazes, na prática, para coibir os abusos ou omissões no exercício do poder discricionário.

7. LIMITES DO PODER DISCRICIONÁRIO

Neste item, se desenvolverá o centro da problematização da pesquisa – os limites do poder discricionário, seu controle pelo poder judiciário e a relevância dos princípios jurídicos que norteiam a Administração Pública na sociedade contemporânea.

O tópico - Controle Judicial - objetiva verificar o controle que o Poder Judiciário exerce sobre a atividade administrativa, enfatizando as grandes celeumas que giram em torno do tema: - até que ponto pode o Poder Judiciário controlar a atuação da Administração, sem que haja ferimento ao princípio da separação de poderes; - se este controle restringe-se aos aspectos da legalidade ou abrange igualmente o mérito do ato administrativo; - se este controle abrange os atos de competência discricionária ou se é restrito aos atos de competência vinculada. Questionamentos que, apesar de já amplamente debatidos na doutrina, geram inúmeras discussões.

Inobstante grande evolução ao tema, uma minoria da doutrina ainda possui uma posição mais conservadora e adota um sistema de controle restrito, cuja abrangência atinge somente poucos aspectos da legalidade. Assim, o controle verificaria apenas os aspectos da competência, licitude do objeto e forma. Todavia, a grande maioria dos doutrinadores e da jurisprudência já vêm, de algum tempo, admitindo um controle amplo, que abarca não somente tais aspectos da legalidade, mas outros como o motivo, a finalidade e a moralidade.

Por fim, cumpre ressaltar que a atuação do Judiciário na correção dos atos administrativos não deve ser tímida ao ponto de tornar-se ineficaz na defesa dos administrados, não devendo, contudo, ser ampla de maneira a culminar com a

substituição do administrador pelo juiz. Sobre tais questionamentos e afirmações, é a análise que se faz a seguir.

7.1. Discricionariedade

Discricionariedade é a possibilidade de o agente público, na prática do ato, atuar de acordo com um juízo de conveniência e oportunidade. Desse modo, conforme a apreciação do caso concreto, em face da inexistência de vinculação imposta pela lei, pode o administrador avaliar, a partir de uma ponderação de interesses e necessidades públicas, se com sua prática irá realmente satisfazer ao interesse público específico.

Melhor conceitua discricionariedade administrativa, Celso Antônio Bandeira de Mello, (2013 p. 988), concluindo que:

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

Discricionariedade, atualmente, deve ser observada a partir de um enfoque ampliativo. Deve-se, pois, compreendê-la como uma liberdade decisória atribuída ao administrador público pela norma jurídica dirigida à satisfação dos interesses públicos. O legislador confere certa liberdade de atuação ao agente público, que deve desempenhar suas funções com a observância dos limites impostos pelo ordenamento jurídico, principalmente dos princípios jurídicos.

7.2. Mérito do Ato Administrativo

O mérito do ato administrativo pode ser conceituado como o juízo de conveniência e oportunidade de adequação, efetuado pelo agente a quem se conferiu o poder discricionário, no estrito atendimento do interesse público. Assim, se torna evidente que somente haverá o chamado “mérito do ato administrativo” nos atos discricionários, onde exista suposto campo de liberdade na lei para que o administrador público, diante da impossibilidade objetiva de determinada ação aplicada ao caso concreto, opte, entre duas ou mais opções, para o atendimento do fim esperado.

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, *“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”*. (2013, p. 981)

Para Hely Lopes Meirelles (2014, p. 171), o mérito do ato administrativo:

Consubstancia-se, portanto, 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 poderá ser assinalada toda vez que a Administração decidir ou atuar, valorando internamente as consequências 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 *processus* 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), outros existem (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.

Portanto, de acordo com os ensinamentos desses autores, mérito administrativo é a análise da conveniência e oportunidade de um ato administrativo, com vistas a atingir os fins legais.

O mérito do ato administrativo, portanto, é a liberdade conferida pela norma jurídica de o administrador público poder realizar uma ponderação de interesses, um juízo subjetivo de valor a respeito da situação fática, verificando a melhor forma de proceder para o atendimento do interesse público. Nesse modo de atuar, o agente leva em consideração regras para uma boa administração, bem como parâmetros fixados pela lei e pelos princípios. Será avaliado se o momento é adequado, ou seja, se é oportuno para a prática do ato, sendo, por conseguinte, útil ao atendimento do interesse público e da finalidade específica do ato.

Neste diapasão, a Administração pública tem o dever, por força imperativa dos princípios constitucionais, de não realizar esta escolha, ou seja, adequação, a bel prazer do agente competente, mas norteadada pela força constitucional.

Já adiantando a análise realizada no item controle judicial - a doutrina clássica jamais admitiu um controle de mérito do ato administrativo. Os clássicos pensadores do Direito eram categóricos no sentido de afirmar que a apreciação do mérito administrativo caberia apenas ao administrador, sob presunção de legitimidade da “melhor escolha”; a exemplo: José Cretella Júnior, (1995, p.266).

Felizmente, a visão pós-positivista vem se consolidando de forma mútua ao Estado Democrático de Direito, uma vez que entende a relação entre o Direito e a Justiça, insculpido em valores e princípios. Conforme citações a seguir:

Odete Maduar – “*aponta que o contraponto clássico entre legalidade-mérito encontra-se atenuado no momento presente, (2010, p. 116)*”; Na mesma linha de raciocínio, Juarez Freitas “*aponta que inexistente discricção pura ou não controlável principiologicamente pelo Judiciário, uma vez que o agente público é livre apenas para alcançar a tutela efetiva do direito fundamental à boa Administração Pública*”.

7.3. Teoria dos Motivos Determinantes

Essa teoria se fundamenta nos debates relativos aos elementos dos atos administrativos, especialmente no que se refere ao motivo e a exigência de a forma do ato apresentar motivação.

Embora a regra geral dispõe que atos administrativos tem o dever de motivação, há que considerar as hipóteses que não a demandam, visto que também não exigem motivo. São atos nos quais o legislador libera o administrador do encargo de aduzir os fatos ou fundamentos jurídicos de sua decisão. Em tais hipóteses, não carecendo o ato, para ser considerado válido, de justificativa (motivação).

Porém, pode ocorrer de o administrador, mesmo não precisando, decidir apresentar o motivo que ensejou a manifestação da vontade administrativa. Juridicamente, haveria consequência nessa manifestação, pois aí o mesmo fica vinculado ao fundamento emitido. Logo, se provar a inexistência (inexistência) do motivo, ou a sua falsidade, a consequência jurídica imediata será a invalidação do ato.

É nesse sentido que se afirma que os motivos são determinantes para a prática do ato administrativo. Com base no exposto, o agente não pode expressar sua vontade baseado em motivo inexistente ou inidôneo (falso). Na sua ocorrência, o que há é um ato administrativo viciado em um dos seus elementos (ausência ou falsidade do motivo).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2013, p. 408) descreve a teoria dos motivos determinantes da seguinte maneira:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinaram a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação dos “motivos de fato” falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto essa obrigação de enunciá-los, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2014, p. 215), 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.

Essa teoria tem sido amplamente aceita na jurisprudência do STJ. Inclusive este tribunal superior tem esclarecido que a invalidação dos atos administrativos pela teoria dos motivos determinantes dá-se não apenas quando os motivos elencados não existiram ou eram falsos, mas também quando deles não derivar necessária coerência da fundamentação exposta com o resultado obtido com a manifestação de vontade da Administração Pública.

Segue julgado consoante tal teoria. (grifo nosso):

ADMINISTRATIVO. ATO ADMINISTRATIVO. VINCULAÇÃO AOS MOTIVOS DETERMINANTES. INCONGRUÊNCIA. ANÁLISE PELO JUDICIÁRIO. POSSIBILIDADE. DANO MORAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embaçadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade.

2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011).

3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos

e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade.

4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade.

5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o 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." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.)

6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e de nexos causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ.

Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp 1280729/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, j. 10/04/2012, p. DJe 19/04/2012.)

DIREITO ADMINISTRATIVO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. ATO VINCULADO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.

Outro julgado mais recente, que traz à tona a teoria dos motivos determinantes, é do MS 13.948/DF (3ª Seção, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, j. 26/09/2012). O caso envolvia pedido de apostilamento em cargo público, isto é, que fosse assegurada a percepção da remuneração correspondente a cargo em comissão exercido pelo servidor durante um período determinado em lei, de tal maneira

que, mesmo após deixando o efetivo exercício desse cargo, ele continuasse a perceber a remuneração. Texto do Informativo 505 do STJ (20/09 a 03/10), que informa de que maneira o tribunal decidiu a questão (grifo nosso):

“Há direito líquido e certo ao apostilamento no cargo público quando a Administração Pública impõe ao servidor empossado por força de decisão liminar a necessidade de desistência da ação judicial como condição para o apostilamento e, na sequência, indefere o pleito justamente em razão da falta de decisão judicial favorável ao agente. O ato administrativo de apostilamento é vinculado, não cabendo ao agente público indeferi-lo se satisfeitos os seus requisitos. O administrador está vinculado aos motivos postos como fundamento para a prática do ato administrativo, seja vinculado seja discricionário, configurando vício de legalidade – justificando o controle do Poder Judiciário – **se forem inexistentes ou inverídicos, bem como se faltar adequação lógica entre as razões expostas e o resultado alcançado, em atenção à teoria dos motivos determinantes**. Assim, um comportamento da Administração que gera legítima expectativa no servidor ou no jurisdicionado não pode ser depois utilizado exatamente para cassar esse direito, pois seria, no mínimo, prestigiar a torpeza, ofendendo, assim, aos princípios da confiança e da boa-fé objetiva, corolários do princípio da moralidade. MS 13.948-DF, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, julgado em 26/9/2012”.

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. E, segundo a jurisprudência do STJ, com fulcro na teoria dos motivos determinantes, a nulidade também será decretada se faltar adequação lógica entre as razões expostas e o resultado alcançado pelo ato.

7.4. Tutela Jurisdicional

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, dispõe: “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”.

Bem diferente do pensamento clássico citado no tópico anterior, atualmente o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, petrificado no artigo acima, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, já se tornou indiscutível. Ou seja, nenhuma decisão em âmbito administrativo é afastada do controle jurisdicional. Esta inafastabilidade do poder judiciário evoluiu ao longo do tempo e ainda se encontra em evolução.

7.5. O Controle Judicial do Ato Administrativo

Como visto acima, não há dúvidas de que os atos administrativos poderão sofrer controle pelo poder judiciário. Neste item, veremos como será este controle, especialmente para os atos discricionários.

Segundo Odete Medauar, (2010, p. 406), “*o controle jurisdicional da Administração pública abrange a apreciação, efetuada pelo Poder Judiciário, sobre atos, processos e contratos administrativos, atividades, operações materiais e mesmo a omissão ou inércia da Administração. Em regra é posteriori, sendo repressivo ou corretivo, desencadeado por provocação*”.

Para Hely Lopes Meirelles (2014, p. 802):

A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia. Nos Estados de Direito, como o nosso, não há lugar para o arbítrio, a prepotência, o abuso de poder. A Administração Pública está tão sujeita ao império da lei como qualquer particular, porque o Direito é a medida padrão pela qual se aferem os poderes do Estado e os direitos do cidadão.

Todo ato administrativo, 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.

De acordo com o conceito transcrito acima, o mesmo autor 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”. (2014, p. 803)

Assim conclui o referido autor:

Nem mesmo os atos *discricionários* refogem do controle judicial, porque, quanto à sua competência, constituem matéria de legalidade, tão sujeita ao controle da Justiça como qualquer outro elemento do ato *vinculado*. Já acentuamos que discricionariedade não se confunde com a arbitrariedade: o ato discricionário, quando permitido e emitido nos limites da lei, é lícito e válido; o ato arbitrário é sempre ilícito e inválido. Daí porque o Judiciário terá que examinar o ato arguido de discricionário, primeiro, para verificar se realmente o é; segundo, para apurar se a discricção não desbordou para o arbítrio.

De acordo com os trechos citados acima, entende-se que, o Judiciário tem o poder-dever de apreciar o juízo de conveniência e oportunidade do ato administrativo frente aos princípios constitucionais. Ao apreciar o chamado mérito administrativo, não estará, de forma alguma, substituindo o administrador público e, conseqüentemente, afrontando o princípio da separação dos poderes.

Sendo o judiciário o guardião da constituição, o controle jurisdicional do ato administrativo é amplo, seja ele vinculado ou discricionário, ultrapassando as

fronteiras da legalidade e, adentrando na decisão administrativa, deve analisar se a decisão da Administração seguiu os critérios de impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Se assim não for, deve, de ofício, ordenar a anulação do ato.

Atualmente, pode-se verificar que a jurisprudência tende a se curvar no sentido de que o controle jurisdicional é amplo, não se limitando apenas aos aspectos legais, formais. Ao tratar de controle jurisdicional do ato administrativo, o STJ vem ampliando o campo de atuação do Judiciário, dando a relevante importância ao princípio da Moralidade, mesmo se tratando de ato discricionário, como se vê de forma clara na decisão em que foi relatora a Min. Eliana Calmon: (STJ. **REsp 429570 – GO**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 11 nov 2003, publicado no D.J em: 22 mar 2004. Acesso em: (20/08/2014).

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

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

5. Recurso especial provido.”

O princípio da eficiência, embora seja o mais jovem dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, já vem sendo utilizado pelo Judiciário no controle jurisdicional, mesmo em casos onde se torna evidente a discricionariedade do Administrador, como se observa no trecho da decisão do STJ em que foi relatora a Min. Laurita Vaz: BRASIL. STJ. **MS 9420 – DF**. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 25 ago 2004, publicado no D.J em 06 set 2004. Acesso em: 20/08/14.

“2. Nada impede que o Ministro da Justiça venha a requerer novos esclarecimentos da própria Comissão de Anistia ou consultar outros órgãos de assessoramento que estejam ao seu alcance para solucionar questões que envolvam aspectos de oportunidade ou certificar-se a respeito de possíveis divergências jurídicas.

3. Entretanto, em face do princípio da eficiência (art. 37, caput, da Constituição Federal), não se pode permitir que a Administração Pública postergue, indefinidamente, a conclusão de procedimento administrativo, (grifo nosso) sendo necessário resgatar a devida celeridade, característica de processos urgentes, ajuizados com a finalidade de reparar injustiça outrora perpetrada. Na hipótese, já decorrido tempo suficiente para o cumprimento das providências pertinentes – quase dois anos do parecer da Comissão de Anistia –, tem-se como razoável a fixação do prazo de 60 (sessenta) dias para que o Ministro de Estado da Justiça profira decisão final no Processo Administrativo, como entender de direito. Precedente desta Corte.

4. Ordem parcialmente concedida.”

A partir da Constituição Federal de 1988, a tendência de ampliação do controle jurisdicional da Administração se acentuou, isso porque o texto da Carta Maior dispõe de um espírito geral de priorização dos direitos e garantias ante o poder público. Decorrências desse espírito se vislumbram na indicação de mais parâmetros na atuação da Administração Pública, mesmo discricionária, tais como o princípio da moralidade, da impessoalidade e da publicidade. Este último, por sua vez, impõe transparência na atuação administrativa, o que enseja maior controle; por sua vez, a possibilidade de anulação de atos lesivos decorrentes da moralidade administrativa, independentemente de considerações de estrita legalidade.

7.6. Meios de controle

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.

Com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição, que serve 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: *“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”*. (2013, p. 834)

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”. (2013, p. 834)

Os meios postos à disposição dos administrados para provocação do controle dos atos administrativos pelo Poder judiciário, denominados de remédios constitucionais, encontram-se no bojo da Constituição Federal e de leis esparsas, tais como: ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88, e Lei nº4.717/65); mandado de injunção (art. 5º, LXXI da CF/88); mandado de segurança individual e coletivo (art. 5º, LXIX e LXX, da CF/88, e Lei nº1.533/51); *habeas corpus* (art. 5º, LXVIII e arts. 647 e segs. do Código de Processo Penal); *habeas data* (art. 5º, LXXII); ação civil pública (art. 129, III da CF/88 e Leis nº7.347/85, 8.078/90 e 9.494/97).

8. CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho sob o tema: “Limites do Poder Discricionário das Autoridades Administrativas” foi pesquisar a Administração Pública e seus atos. Tendo em vista a vastidão do assunto, elegeu-se os atos discricionários no que tange aos limites no exercício desse poder e o alcance do Controle Judicial. Aclarando ainda mais, buscou-se pesquisar se tal controle está limitado à análise da legalidade estrita ou poderá atingir o mérito dos atos administrativos discricionários.

Assim, após o estudo dos itens previstos para o cumprimento dos objetivos propostos, conclui-se que o Judiciário poderá, de forma limitada, apreciar os limites do mérito administrativo. Essa análise será possível com o fim de verificar a adequação do mérito administrativo ao ordenamento jurídico como um todo, isto é, se corresponde às regras e aos princípios informadores do Direito. Aponta-se, no entanto, que prima a doutrina e a jurisprudência majoritária, o entendimento de que o mérito do ato administrativo é intangível pelo Judiciário - visão clássica do Direito Administrativo - pois, se assim o fizesse, estaria invadindo ou interferindo a competência típica de outro poder.

Entretanto, tendo em vista a relevância e a hermenêutica sistemática dada aos princípios constitucionais que norteiam a Administração Pública, a visão contemporânea passa a vislumbrar que as decisões administrativas devem, necessariamente, passar pelo crivo dos princípios, não apenas o da legalidade mas também o da impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, dentre outros, da razoabilidade e proporcionalidade, também objeto deste estudo. Ressalta-se ainda que, ao adentrar no mérito das decisões administrativas, analisando o juízo de “adequação ao caso concreto”, não está o magistrado

tomando o papel do administrador - e nem poderá fazê-lo mudando o mérito escolhido pelo administrador por um que julgue mais adequado – mas deverá cumprir seu dever, de ofício, de resguardar os preceitos constitucionais.

Outro princípio que trouxe para o Controle Judicial dos atos discricionários grande relevo, além da razoabilidade e da proporcionalidade, foi o princípio da moralidade. Este ampliou o campo de apreciação dos atos administrativos, atingindo até mesmo aqueles antes impossíveis de serem analisados pelo Judiciário. Isto faz-se necessário para que a discricionariedade não seja usada como um instrumento para a realização de atos abusivos pelos administradores públicos. Não pode o administrador público, quando a lei lhe permitir, dentre as possíveis decisões tomar, às escuras, aquela lhe beneficie, ou que não seja reconhecida pela sociedade como moral ou como a mais eficiente para o atingimento da finalidade da lei com vistas ao interesse público.

Acredita-se que esta quebra de paradigmas é indispensável, sob pena de, como se vê diariamente, continuarem os administradores públicos com o pretexto da discricionariedade, agirem arbitrariamente, ao bel prazer e à margem da Constituição.

Sem se esquecer das normas-regras que fazem parte do sistema normativo brasileiro, que é um todo indissociável, os atos administrativos precisam estar de acordo com as leis e estas em concordância com os preceitos impostos pela Constituição. Assim, ao realizar o juízo de conveniência e oportunidade, a autoridade administrativa não atua de acordo com o seu querer, com seus desejos, pois está manejando atribuições públicas e por isso deve buscar sempre o melhor para o atendimento do interesse público.

A partir daí, compete ao Poder Judiciário constatar se o ato administrativo foi praticado de acordo com o sistema normativo, com os critérios de razoabilidade vigentes em dada sociedade, em certo momento histórico; se a atuação do administrador foi proporcional ao atendimento da finalidade constante em lei; enfim, se o ato administrativo, nos estritos termos em que foi praticado, teve o condão de satisfazer ao interesse público e à sua finalidade específica.

É cristalina a constatação que na doutrina brasileira cresce o entendimento favorável a uma maior amplitude na apreciação pelo Poder Judiciário, dos atos administrativos discricionários, como uma forma de se evitar o cometimento de ilegalidades pelos agentes públicos. Entretanto, como já dito anteriormente, tal atuação não tem o condão de viabilizar a modificação do juízo de conveniência e oportunidade do administrador público pelo mérito escolhido pelo juiz, e sim de verificar se estes foram emitidos de acordo com o ordenamento jurídico pátrio. Portanto, para se aferir a legalidade do ato administrativo discricionário, será preciso avaliar o seu mérito, com o intuito de perceber a sua adequação ao sistema positivo brasileiro como um todo - atos normativos, normas jurídicas, princípios e disposições constitucionais.

9. REFERÊNCIAS

LIVROS

CANOTILHO, J.J. Gomes, **Direito Constitucional**, Coimbra: Almedina, 1991

CRETELLA JÚNIOR, José. **Dos atos administrativos especiais**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 26ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4ª edição ref. e amp. São Paulo: Malheiros, 2009..

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 14ª edição rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 40ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30ª edição. São Paulo: Malheiros, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

SITE

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; PFLEGER, Lilian. A supremacia do interesse público na ordem constitucional brasileira . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n.

3554, 25 mar. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/24044>>. Acesso em: 15/08/14.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa; (Revista dos Tribunais | vol. 910 | p. 21 | Ago / 2011 - **Doutrinas Essenciais de Direito Administrativo** | vol. 1 | p. 831 | Nov / 2012 | DTR\2011\2293)

BRASIL. STJ. **MS 9420 – DF**. Relatora: Min. Laurita Vaz. Julgamento em: 25 ago 2004, publicado no D.J em 06 set 2004. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=494095&sReg=200302214007&sData=20040906&formato=PDF>. Acesso em: 20/08/14.

BRASIL. STJ. **REsp 429570 – GO**. Relatora: Min. Eliana Calmon. Julgamento em: 11 nov 2003, publicado no D.J em: 22 mar 2004. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=441598&sReg=200200461108&sData=20040322&formato=PDF>. Acesso em: 20/08/14.