



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GIOVANA DE PAULA ESPOSTE

**A MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS
DISCRICIONÁRIOS**

**Assis/SP
2017**



**Fundação Educacional do Município de Assis
Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis
Campus "José Santilli Sobrinho"**

GIOVANA DE PAULA ESPOSTE

**A MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS
DISCRICIONÁRIOS**

Projeto de pesquisa apresentado ao curso de Direito do Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA e a Fundação Educacional do Município de Assis – FEMA, como requisito parcial à obtenção do Certificado de Conclusão.

Orientando(a): Giovana de Paula Esposte

Orientador(a): Eduardo Augusto Vella Gonçalves

**Assis/SP
2017**

FICHA CATALOGRÁFICA

E77m ESPOSTE, Giovana de Paula

A manifestação do poder judiciário sobre os atos discricionários /
Giovana de Paula Esposte . – Assis, 2017.

55p.

Trabalho de conclusão do curso (Direito). – Fundação Educacio-
nal do Município de Assis-FEMA

Orientador: Ms.Eduardo Augusto Vella Gonçalves

1.Poder judiciário 2.Administração Pública 3.Discricionariedade

CDD 341.2517

A MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO SOBRE OS ATOS DISCRICIONÁRIOS

GIOVANA DE PAULA ESPOSTE

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

Orientador: _____
Eduardo Augusto Vella Gonçalves

Examinador: _____
Edson Fernando Pícolo de Oliveira

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho aos meus pais, Rosemary e Edinaldo, por sempre me apoiarem em todos os momentos; à minha irmã, Talita, pelo companheirismo de sempre; ao meu namorado, Heitor, por sempre me incentivar durante todo o curso. Todos contribuíram para minha formação. À todos, minha eterna gratidão.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, que é fonte de amor e vida. Por ter me dado força e coragem para superar todas as dificuldades da vida.

Agradecer todos os professores que transmitiram seus conhecimentos com tanto amor e carinho, em especial, ao meu orientador, Ms. Eduardo Augusto Vella Gonçalves, por acreditar em mim, e passar grandes ensinamentos ao longo de todo curso, que foram de suma importância para este estudo, levarei todos os ensinamentos por toda minha vida.

À todos meus familiares, por estarem presentes em todos os momentos e aos meus amigos por todos os momentos compartilhados durante todo o curso.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”. (Albert Einstein)

RESUMO

O tema escolhido para este trabalho de conclusão de curso está introduzido no campo do Direito Administrativo, no tocante à discricionariedade administrativa e a manifestação do Poder Judiciário sobre tais atos, inserido na Constituição Federal, e fará também, análises e abordagens em várias leis esparsas. A finalidade desta pesquisa fundamenta-se na efetuação de estudos sobre o Direito Administrativo, a Administração Pública e seus atos, especialmente nos atos discricionários, tendo como foco os limites da discricionariedade e os limites e a intensidade da manifestação do Poder Judiciário sobre esses atos. Como este é um tema muito vasto, partiu-se do sistema analítico dos dispositivos da Constituição Federal, do Direito Administrativo e das Leis para chegar às conclusões aceitáveis ao tema. Esta pesquisa foi realizada através de levantamento bibliográfico de caráter qualitativo, direcionada para o que se aproximava da temática, a partir dos trabalhos de: Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Mello.

Palavras-chave: Direito Administrativo – Administração Pública – Discricionariedade – Manifestação do Poder Judiciário

ABSTRACT

The subject chosen for this conclusion of course work is introduced in the field of Administrative Law, regarding administrative discretionary and the manifestation of Judiciary on these acts, inserted in the Federal Constitution, and also will do, analyzes and approaches in several sparse laws. The purpose of this research is based on the study of Administrative Law, Public Administration and its acts, especially in discretionary acts, focusing on the limits of discretion the limits of discretion and the limits and intensity of the manifestation of the Judiciary of these acts. As this is a very broad topic, it was based on the analytical system of the provisions of the Federal Constitution, Administrative Law and the below metioned Laws, in order to reach the conclusions acceptable to the subject. This research was carried out through a bibliographical survey of a qualitative character, directed to what was approaching the theme, from the works of: Hely Lopes Meirelles, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Celso Antônio Bandeira de Melo.

Keywords: Administrative Law- Discretionary- Manifestation of the Judiciary- Public Administration

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF- CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CC- CÓDIGO CIVIL

STF- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

ADIN- AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

ADECON- AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

ADPF- ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1. DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
1.1 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	13
1.2 NATUREZA E FINALIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	13
1.3 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	15
1.3.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	15
1.3.2 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	16
1.3.3 PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	17
1.3.4 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	18
1.3.5 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	19
1.3.6 PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	20
1.3.7 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	21
1.3.8 PRINCÍPIO DA HIERARQUIA.....	22
1.3.9 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.....	22
1.3.10 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	22
1.3.11 PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE.....	23
1.3.12 PRINCÍPIO DA AUTOTUTELA.....	24
1.3.13 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DA AUTOEXECUTORIEDADE.....	24
1.3.14 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO...	24
2. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	25
2.1 CONCEITO.....	25
2.2 ATRIBUTOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	26
2.2.1 PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE.....	27
2.2.2 IMPERATIVIDADE.....	27
2.2.3 EXIGIBILIDADE.....	28
2.2.4 AUTO-EXECUTORIEDADE.....	28

2.3 REQUISITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	30
2.3.1 COMPETÊNCIA.....	30
2.3.2 FINALIDADE.....	31
2.3.3 FORMA.....	31
2.3.4 MOTIVO.....	32
2.3.5 OBJETO.....	33
2.4 ATOS VINCULADOS E DISCRICIONÁRIOS.....	33
2.5 MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO E TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	35
3. DA MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	36
3.1 DISCRICIONARIEDADE.....	39
3.2 MEIOS DE MANIFESTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO.....	41
3.2.1 MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL.....	43
3.2.2 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO.....	44
3.2.3 AÇÃO POPULAR.....	44
3.2.4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	45
3.2.5 MANDADO DE INJUNÇÃO.....	46
3.2.6 HABEAS DATA.....	46
3.2.7 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.....	47
3.2.8 MEDIDA CAUTELAR.....	47
3.2.9 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO.....	48
3.2.10 AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE.....	48
3.2.11 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.....	49
CONCLUSÃO.....	50
REFERÊNCIAS.....	53

1. INTRODUÇÃO

Existem vários ramos do Direito passível de discussão, mas o ramo do Direito Administrativo nos encanta. As manifestações do Poder Judiciário sobre os Atos Discricionários causam inúmeros conflitos, o que nos provocou grande curiosidade para uma análise mais profunda sobre este tema, além do fato de nos inquietarmos com a justificativa dos agentes públicos; que alegam estar baseados no campo da discricionariedade administrativa.

O presente estudo direcionou-se para estabelecer a Manifestação do Poder Judiciário sobre os atos discricionários, entendendo que a discricionariedade é a margem de liberdade dada pelo legislador ao administrador, para decidir de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade; conseqüentemente esta liberdade é relativa.

O estudo está dividido em três capítulos. No primeiro capítulo abordaremos o Direito Administrativo e os princípios que norteiam a Administração Pública, passando primeiramente pelo conceito, natureza e finalidade do Direito Administrativo e em seguida interpellando o conceito e individualizando os princípios explícitos e implícitos deste ramo do Direito.

O segundo capítulo trata dos atos administrativos, abordando seu conceito, atributos, requisitos, a diferença entre os atos vinculados e os discricionários e por fim, neste capítulo abordaremos também o mérito do ato administrativo e a teoria dos motivos determinantes.

Para finalizar o estudo, no terceiro e último capítulo abordaremos a manifestação do Poder Judiciário sobre os atos discricionários, levando em consideração seu conceito, extensão e os meios de controle por parte do Judiciário, o que é o ponto crucial para este estudo.

I- DO DIREITO ADMINISTRATIVO E OS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para iniciarmos o presente estudo, neste primeiro capítulo, trataremos do Direito Administrativo, abordando seu conceito e também a natureza e finalidade da Administração Pública. Trataremos também dos princípios que norteiam a administração pública. Tais princípios estão expressamente previstos no artigo 37, caput da Constituição Federal.

1.1 Conceito de Direito Administrativo

O Direito Administrativo, que é um dos assuntos tratados neste capítulo, é um dos ramos do Direito Público que trata de princípios e regras que disciplinam a função administrativa e que abrange entes, órgãos, agentes e atividades desempenhadas pela Administração Pública na consecução do interesse público.

Para Hely Lopes Meirelles (2002, p. 38),

“o conceito de Direito Administrativo (...) 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”.

O Estado é que representa nos interesses públicos. Desta maneira, o Direito Administrativo, como é um ramo do Direito Público, dedica-se, então, de uma das funções do Estado: a função administrativa.

1.2 Natureza e finalidade da Administração Pública

O estudo da Administração Pública deve partir do conceito de Estado, que é responsável pelo funcionamento e organização dos serviços públicos a serem prestados à população.

Na conceituação do nosso Código Civil, artigo 14, inciso I, o Estado é a pessoa jurídica de Direito Público Interno. Segundo Biscaretti di Ruffia, citado por Hely Lopes Meirelles (2001, p. 55), o “Estado é a pessoa jurídica territorial soberana, e como ente

personalizado, tanto pode atuar no campo do Direito Público como no do Direito Privado, mantendo sempre sua única personalidade de Direito Público”.

Esse é o Estado de Direito, ou seja, o Estado juridicamente organizado e obediente às próprias leis. Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 80):

A natureza da Administração Pública é a de um múnus público para quem a exerce, isto é, a de um encargo de defesa, conservação e aprimoramento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Como tal, impõe-se ao administrador público a obrigação de cumprir fielmente os preceitos do Direito e da Moral administrativa que regem a sua atuação. Ao ser investido em função ou cargo público, todo agente do poder assume para com a coletividade o compromisso de bem servi-la, porque outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrativos pelo Estado.

Na Administração Pública as ordens e instruções a serem seguidas pelo administrador público está prevista na lei, regulamentos e atos especiais. Daí o dever indeclinável de o administrador público agir segundo os preceitos do Direito e da moral administrativa.

Acerca da finalidade da Administração Pública, o que deve ser levado em consideração é o fim a ser alcançado. Não deve permanecer a vontade do administrador, pois, a vontade do administrador público é limitada ao interesse público. Devendo sempre atender o bem comum.

Hely Lopes Meirelles (2001), no mesmo sentido diz:

A finalidade da administração pública resume-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda atividade do administrador público deve ser orientada para esse objetivo. Se dele o administrador se afasta ou desvia, trai o mandato de que está investido, porque a comunidade não institui a Administração senão como meio de atingir o bem estar social. Ilícito e imoral será todo ato administrativo que não for praticado no interesse da coletividade. No desempenho dos encargos administrativos o agente do Poder Público não tem a liberdade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade. Não pode, assim, deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos. Isso porque os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim para serem utilizados em benefício da comunidade administrativa. Descumpri-los ou renunciá-los equivalerá a desconsiderar a incumbência que aceitou ao empossar-se no cargo ou função pública. Por outro lado, deixar de exercer e defender os poderes necessários à consecução dos fins sociais, que constituem a única razão de ser da autoridade pública de que é investido, importará renunciar os meios indispensáveis para atingir os objetivos da Administração. Em última análise, os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrativa, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato

administrativo realizado sem interesse público configura desvio da finalidade (Meirelles 2001, p. 81).

Diante o exposto, podemos concluir que o Direito Administrativo traça os caminhos a serem seguidos pela Administração Pública. Limitando a atuação do administrador público e traçando os princípios basilares deste ramo do Direito, os quais veremos a seguir.

1.3 Dos princípios que norteiam a administração pública

Neste item abordaremos os princípios constitucionais que norteiam a administração pública, expressamente descritos no artigo 37, caput, da Constituição Federal sendo eles: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência.

Existem também outros princípios que devem ser seguidos, embora não estão explícitos na Constituição Federal, foram textualmente enumerados pelo artigo 2º da Lei Federal nº 9784/99, devendo então, a Administração Pública obedecer aos princípios nela referidos sendo eles: princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Trataremos individualmente de cada princípio mencionado. Todos os atos e atividades administrativas dos agentes públicos ou de todo aquele que exercer atividade pública, deve seguir o padrão e respeitar os princípios acima mencionados.

Segundo Josef Esser, citado por Humberto Ávila (2016, p.55) princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado. Princípios, então, são normas fundantes e nucleares de um sistema que se apresentam como demarcadores do ponto inicial dos estudos de uma disciplina jurídica.

1.3.1 Princípio da Legalidade

O princípio da Legalidade, está expresso no artigo 37 e também está no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, estabelecendo que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Enquanto no Direito Privado os particulares podem fazer tudo o que a lei não proíbe, no Direito Público os administradores somente podem fazer o que a lei expressamente autoriza, portanto, a Administração Pública só pode atuar em conformidade com a lei, pois a sua vontade decorre da lei.

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

É o que nos mostra, no mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 68), ao dizer que, “segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações particulares, o princípio aplicado é o da autonomia da vontade, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”.

Está evidente que a administração é uma atividade que se submete à lei, que está completamente atrelada a ela e que sua função é a de tão somente fazer cumprir a lei preexistente. Portanto, a Administração Pública não pode, por vontade própria, por simples ato administrativo, criar obrigações, conceder direitos de qualquer espécie ou impor vedações aos administrados; para tanto, ela depende de lei. Segundo este princípio, a Administração Pública é completamente submissa às leis, devendo sempre administrar conforme o interesse público.

Há alguns casos em que o princípio da legalidade pode não ser observado em virtude do que causou determinado ato, esses casos são: Medidas provisórias, que estão descritas no artigo 62 da Constituição Federal, decretação do Estado de defesa, que está descrito no artigo da Constituição Federal, e decretação do Estado de sítio, que está descrito nos artigos 137 a 139 da Constituição Federal.

1.3.2 Princípio da Impessoalidade

Neste princípio se traduz a ideia de que a Administração Pública não tem “rostos”, posto que não é a pessoa física do administrador que pratica o ato e sim o ente público, logo não deve haver favoritismos, benefícios ou privilégios entre os administrados.

Independente do grau de hierarquia, é a figura do estado que está agindo no momento do ato administrativo.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 114), “nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatia ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa”.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 71) diz:

“o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento.”

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 71) ainda afirma que:

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

O princípio veda a prática do ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição.

1.3.3 Princípio da Moralidade

De acordo com o Princípio da Moralidade, além de respeitar a lei, a Administração Pública deve respeitar regras de moral, costume, boa-fé, boa administração, justiça, equidade, e principalmente honestidade.

Vale ressaltar que a moralidade administrativa possui diferença da moral comum, pois a aquela não obriga o dever de atendimento a esta, vigente em sociedade. No

entanto, exige total respeito aos padrões éticos, decoro, boa-fé, honestidade, lealdade e probidade.

É o que nos mostra Maurice Hauriou, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 83),

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

Um progresso de grande relevância para o Princípio da Moralidade foi a Lei de Improbidade Administrativa- Lei 8.429/92, que aborda as devidas sanções aplicáveis aos agentes públicos. O não atendimento a este princípio pode gerar: suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, indisponibilidade de bens e ressarcimento ao erário de acordo com a lei acima mencionada.

Nessa conjuntura, evidencia-se que tanto os agentes quanto a Administração devem agir conforme os preceitos éticos, já que tal violação implicará em uma transgressão do próprio Direito, o que caracterizará um ato ilícito de modo a gerar a conduta viciada em uma conduta invalidada.

Diante disso, a moral administrativa é norteadada para uma distinção prática entre a boa e a má administração, trabalhando consigo a ideia do “bom administrador”.

1.3.4 Princípio da Publicidade

Este princípio, além de estar consagrado no artigo 37, também está no artigo 5º, inciso XXXIII (direito à informação), ambos da Constituição Federal. Trata-se da divulgação dos atos administrativos para conhecimento público e efeitos externos, além de permitir o controle da atividade administrativa pelos interessados. A aplicação deste princípio é muito importante, pois, a publicidade é requisito de eficácia do ato, se um ato

não foi publicado ele é nulo. Sem a publicação dos atos os prazos não fluem, somente a partir da publicação de tal ato que os prazos começarão a fluir.

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

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

O autor afirma ainda que:

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

Podemos concluir que é dever do administrador público manter a transparência em todos os seus atos. Também não podemos deixar de comentar que existe uma exceção em relação a este princípio, casos em que ele pode deixar de ser aplicado, são eles: Em casos de segurança nacional, investigação policial e interesses superiores da Administração a ser preservado em processo previamente declarado sigiloso.

1.3.5 Princípio da Eficiência

O Princípio da Eficiência foi inserido no rol dos princípios constitucionais da Administração Pública, previstos no artigo 37, caput, pela Emenda Constitucional nº 18/98. Também a Lei 9784/99 faz referência a ele no artigo 2º, caput. De acordo com este princípio, a atuação administrativa deve ser célere e com qualidade, a fim de que os objetivos do Estado sejam alcançados. Em relação ao Princípio da Eficiência, Hely Lopes Meirelles (2001, p. 90-91) diz:

O que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com

legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. Meirelles (2001) ainda acrescenta que “ esse dever de eficiência, corresponde ao dever de boa administração, da doutrina italiana, o que se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Decreto-Lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao controle de resultado (artigos 13 e 25, inciso V), Ele ainda acredita que fortalece o sistema de mérito (artigo 25, inciso VIII), E sujeita a Administração indireta a supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa (artigo 26, inciso III) Recomenda a demissão ou dispensa do servidor comprovadamente ineficiente ou desidioso (artigo 100).

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

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

É evidente que este princípio é de suma importância para a Administração Pública, e que não deve ser deixado de lado, pois o que a população quer é que os serviços públicos devem ser prestados adequadamente de forma pública.

Os princípios acima mencionados estão explícitos no artigo 37 da Constituição Federal.

Agora trataremos dos princípios que estão implícitos, porém têm força e devem ser seguidos no âmbito da Administração Pública, são eles: Princípio da Isonomia, Supremacia do Interesse Público, Hierarquia, Especialidade, Presunção de legitimidade, Motivação, Razoabilidade, Autotutela, Presunção de auto-executoriedade e Indisponibilidade do interesse público. Trataremos individualmente de cada princípio mencionado.

1.3.6 Princípio da Isonomia

O Princípio da Isonomia faz referência com o Princípio da Igualdade previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal. Onde se define que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Assim, de acordo com tal princípio, os méritos iguais devem ser tratados de modo igual, desigualmente, já que não deve haver distinção de classe, grau ou poder. O princípio da igualdade garante tratamento igualitário de acordo com a lei para os cidadãos.

1.3.7 Princípio da Supremacia do Interesse Público

O Princípio da Supremacia do Interesse Público se baseia no pressuposto de que toda atuação do Estado deve ser pautada pelo interesse público. Deste modo, o interesse privado fica subordinado à atuação estatal.

Levando em consideração que o interesse público deve prevalecer, se houver um conflito entre o interesse público e o privado, prevalecerá o primeiro, tutelado pelo Estado, respeitando os direitos e garantias individuais expressos na Constituição. A supremacia do interesse público deve conviver com os direitos fundamentais dos cidadãos não os colocando em risco.

Apesar de ser um princípio implícito, tem a mesma força jurídica de outro princípio explícito. Desse modo, deve ser aplicado em conformidade com os outros princípios, em especial ao princípio da legalidade. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 96):

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Como expressão desta supremacia, a Administração, por representar o interesse público, tem a possibilidade, nos termos da lei, de constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais; que são imperativos como qualquer ato do Estado. A Administração Pública está, por lei, ligada ao cumprimento de certas finalidades, sendo-lhe obrigatória objetivá-las para visar interesse de outrem: o da coletividade. É em nome do interesse público que tem de agir, fazendo-o na conformidade da lei. Portanto, exerce função, que se traduz na 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.

Conclui-se que este princípio permite que a Administração Pública tenha prerrogativa de impor determinadas obrigações a terceiros, para que possa atuar como representante do interesse público

1.3.8 Princípio da Hierarquia

O Princípio da Hierarquia se baseia de que a Administração Pública deve seguir a chamada repartição de competências, assim existe entre os diversos órgãos da Administração relações de subordinação, visto que cada qual possui uma função típica dada pela lei. Assim deve seguir a escala de competência para a resolução dos conflitos.

1.3.9 Princípio da Presunção de Legitimidade

O princípio da presunção de legitimidade tem-se que a lei considera que os atos praticados são verdadeiros e estão legalmente corretos, até que prove o contrário.

O administrador não precisa provar que o ato foi praticado corretamente, por conta da presunção de legitimidade, não tem que provar que os fatos que fundamentaram aquele ato realmente ocorreram. Neste caso, a obrigação de provar que a Administração Pública agiu com ilegalidade, ou com abuso de poder, é de quem alegar. O ônus da prova é de quem alega.

1.3.10 Princípio da Motivação

O princípio da motivação consagra que a Administração Pública deve apresentar razões que a levaram a tomar uma decisão. Tanto para os atos vinculados, quanto nos discricionários, onde o administrador age de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade, deve haver uma motivação.

A motivação é uma exigência do Estado, ao qual é inerente, entre outros direitos dos administrados, o direito de uma decisão fundada, motivada, com explicitação dos motivos. Sem a explicação dos motivos fica difícil aferir a correção do que foi decidido, por isso, é essencial que os fatos sejam apontados.

A falta de motivação nos atos discricionários acarreta na possibilidade de ocorrência de desvio ou abuso de poder.

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

O dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de fato e de direito, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir a harmonia da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de suporte. A motivação deve ser prévia ou atual à expedição do ato. Em algumas hipóteses de atos vinculados, isto é, naqueles em que há aplicação quase automática da lei, por não existir campo para interferências de juízos subjetivos do administrador, a simples menção do fato e da regra de Direito aplicada pode ser suficiente, por estar implícita a motivação. Naqueles outros, em que existe discricionariedade administrativa ou em que a prática do ato vinculado depende de aplicação dos fatos e das regras jurídicas em causa, é imprescindível motivação detalhada.

Para Hely Lopes Meirelles (2001, p.93):

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

Deve haver um motivo para a prática do ato administrativo para que não haja dúvidas e suspeitas da sua legalidade. Para que fique comprovado a atuação ética do administrador pela demonstração dos motivos que o levaram a praticar tal ato.

1.3.11 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade surge do preceito de que a Administração Pública deve pautar-se sob o que é razoável, agindo sempre da melhor maneira possível a fim de atingir o interesse público. É uma diretriz de senso comum, de bom-senso aplicado ao Direito.

Consiste em agir com bom senso, prudência, tomar atitudes adequadas, levando sempre em conta a relação de proporcionalidade entre os meios empregados e a finalidade a ser alcançada.

Constata-se então, que a Administração Pública, deve primar pela razoabilidade de seus atos a fim de legitimar as condutas, fazendo com que o princípio seja utilizado como transmissor para justificar a emanção.

A doutrina explica a razoabilidade em concordância com a proporcionalidade, buscando sempre a medida mais compatível com a finalidade pública.

1.3.12 Princípio da Autotutela

O princípio da autotutela dispõe que a Administração Pública exerce controle sobre seus próprios atos, podendo anular quando os atos forem ilegais ou revogar quando os atos forem inconvenientes ou oportunos. Este princípio facilita para a Administração, visto que, não precisa recorrer ao Poder Judiciário para corrigir seus atos, podendo fazê-lo diretamente. Esse princípio possui previsão em duas súmulas do STF 346: “A administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos” e

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

Este princípio também ganhou previsão legal, conforme consta no artigo 53 da Lei 9.784/99, dispõe que:

“A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revoga-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Podemos concluir que a Administração pode anular seus próprios atos, quando forem ilegais ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade.

1.3.13 Princípio da Presunção da Autoexecutoriedade

O princípio da Presunção da Autoexecutoriedade dispõe que a própria Administração pode decidir e executar diretamente suas decisões, sem precisar de ordem judicial.

1.3.14 Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público

Devemos destacar que quando se fala no princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, tem-se o interesse público em seu sentido vasto, envolvendo todo o patrimônio público e todos os direitos e interesses da população.

Deste princípio derivam todas as restrições especiais impostas à atividade administrativa. Essas restrições existem porque a Administração Pública não é “dona” da coisa pública, e sim gestora dos bens e interesses públicos, significa que esses bens e interesses públicos são indisponíveis à Administração Pública, bem como a seus agentes públicos, pertencendo, em verdade, ao povo, isto é, a Administração Pública não pode alienar qualquer bem público enquanto estiver em uso a uma destinação específica.

Vale destacar que, o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público está diretamente presente em toda atuação da Administração Pública. Podemos concluir que os princípios são de suma importância para todos os ramos do Direito.

II- DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Neste capítulo trataremos dos atos administrativos, levando em consideração seu conceito, atributos e requisitos. Também abordaremos a diferença entre o ato vinculado e o ato discricionário.

Para iniciarmos, é importante dizer que o ato administrativo é antes de mais nada um ato jurídico, que a Administração Pública se utiliza dele para realizar sua função executiva.

2.1 Conceito

O ato administrativo é a manifestação da Administração Pública que tem como objetivo alterar a situação jurídica vigente, sob o regime jurídico do Direito Público e sujeito a controle. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008) conceitua o 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 (Mello 2008, p. 378).

O conceito acima dado pelo autor corresponde a uma noção do ato administrativo em sentido amplo, mas também, o mesmo, definiu um conceito do ato administrativo em sentido estrito. Afirmado que:

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

Hely Lopes Meirelles (2001) também nos ensina que:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (Meirelles 2001, p. 141)

Salienta-se ainda, que:

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

Para concluirmos o conceito do ato administrativo, vale ressaltar que o ato administrativo é um ato jurídico, mas é um ato jurídico especial, em razão de quem pratica o ato. Se tratando de um ato administrativo a vontade pessoal do administrador fica em segundo plano. As pessoas investidas de poderes do Estado não devem atuar segundo a sua vontade, e sim de acordo com o interesse público.

2.2 Atributos dos Atos Administrativos

Os atos administrativos, como têm origem do Direito Público, possuem atributos que lhe dão características próprias e os distingue dos atos jurídicos privados.

Os atributos dos atos administrativos são um conjunto de características que compõem o ato administrativo para que seus efeitos atinjam os objetivos. São eles: Presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e auto-executoriedade.

Abaixo trataremos individualmente de cada atributo dos atos administrativos.

2.2.1 Presunção de legitimidade

A presunção de legitimidade diz respeito aos fatos, presume-se que os atos praticados pela Administração Pública são verdadeiros.

Todo ato praticado pela Administração Pública presume-se que em princípio são verdadeiros, desde que o contrário é provado. Deve-se partir do princípio que a Administração Pública não comente ilegalidades, somente atos legais.

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

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

Nas palavras de Cassagne, citado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (s/d: 327-328) (2003, p. 190)

“a presunção de legitimidade constitui um princípio do ato administrativo que encontra seu fundamento na presunção de validade que acompanha todos os atos estatais, princípio em que se baseia, por sua vez, o dever do administrado de cumprir o ato administrativo.”

Acrescenta que, se não existisse esse princípio, toda a atividade administrativa seria diretamente questionável, obstaculizando o cumprimento dos fins públicos, ao antepor um interesse individual de natureza privada ao interesse coletivo ou social, em definitivo, o interesse público.

2.2.2 Imperatividade

A imperatividade é atributo em que os terceiros deverão cumprir, independentemente de sua concordância.

Os atos administrativos têm força impositiva ao administrado, devendo os mesmos cumprir concordando ou não, sob pena de execução forçada. Sempre partindo do princípio de que está descrito na lei, se for feito nos termos da lei o terceiro deverá respeitar e cumprir o ato imposto pelo administrador. Hely Lopes Meirelles (2001, p. 152) afirma que:

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles o dispensam, por desnecessários à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse do particular na sua utilização. Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa nascem sempre com imperatividade, ou seja, com força impositiva própria do Poder Público, e que obriga o particular ao fiel atendimento, sob pena de se sujeitar a execução forçada pela Administração (atos auto-executórios) ou pelo Judiciário (atos não autoexecutórios). (Meirelles 2001, p.152).

A imperatividade é uma das características que distingue aos atos administrativos dos atos privados, visto que os atos privados não cria nenhuma obrigação para terceiros sem sua concordância.

2.2.3 Exigibilidade

A exigibilidade é o atributo que impõe ao terceiro o cumprimento de determinadas obrigações, podendo a Administração Pública usar a coerção, mas sempre dentro dos limites da lei. Em outras palavras, traduz a noção de que o terceiro é obrigado a cumprir determinada obrigação imposta pela administração, sob ameaça de sanção. Segundo Mello (2008, p. 411):

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. (Meirelles 2008, p.411).

2.2.4 Auto-Executoriedade

A Auto-executoriedade é um atributo que faz com que alguns atos administrativos possam ser executados sem a necessidade de uma ordem judicial prévia, inclusive mediante o uso da força, se necessário.

A Administração Pública, com seus próprios mecanismos exige o cumprimento de um determinado ato, podendo punir quem desrespeitar sem ordem judicial. Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 411), nos ensina que:

A auto-executoriedade não se confunde com a exigibilidade, pois esta não garante, só por si, a possibilidade de coação material, de execução do ato. Assim, há atos dotados de exigibilidade, mas que não possuem auto-executoriedade. Exemplo: a intimação para que o administrado construa calçada defronte sua casa ou terreno não impõe apenas esta obrigação, mas é exigível porque, se o particular desatender ao mandamento, pode ser multado sem que a Administração necessite ir ao Judiciário para que lhe seja atribuído ou reconhecido o direito de multar. Ainda mais: a Administração pode construir a calçada, por conta própria, e debitar o custo desta obra ao administrado, igualmente sem necessidade de socorrer-se das vias judiciais para realizar esta construção. Entretanto, não pode

obrigar materialmente, coativamente, o particular a realizar a construção da calçada. Nos casos de auto-executoriedade, pelo contrário, a Administração, por si mesma, compele o administrado, como quando interdita uma fábrica, quando se apossa de bens indispensáveis ao consumo da população em caso de calamidade pública, quando apreende medicamentos cujo prazo de validade se expirou, quando interna uma pessoa portadora de moléstia infectocontagiosa em época de epidemia, entre outras. (Mello 2008, p.411)

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

Vale ressaltar que, esta prerrogativa que a Administração Pública tem de fazer a execução direta, sem ordem judicial, tem os seus limites. Veremos a seguir.

A auto-executoriedade é possível na Administração Pública quando: Expressamente prevista em lei e, também, quando se trata de medida urgente que, caso não adotada de imediato, possa ocasionar prejuízo maior para o interesse público. Embora se diga que a Administração Pública é dispensada de ir a juízo, nada impede o controle judicial a posteriori, que pode ser provocado pela pessoa que se sentir lesada pelo ato administrativo.

Concluimos que, tendo em vista os interesses públicos que a Administração Pública deve assegurar, lhe são conferidas certas prerrogativas a fim de que sua atuação seja eficaz. Essas prerrogativas são os atributos dos atos administrativos, que foram mencionados acima.

2.3 Requisitos dos atos administrativos

Neste tópico estudaremos os requisitos ou elementos dos atos administrativos, iremos adotar a orientação da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), cujo artigo 2º, ao indicar os atos nulos menciona os cinco requisitos dos atos administrativos, são eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

Tais requisitos, ao examinarmos o ato administrativo, revelam-se necessários à sua formação, e constituem a estrutura do ato, quer seja vinculado, quer discricionário. A ausência deles implicará na falta de condições de eficácia para produzir efeitos válidos. Veremos abaixo, cada requisito do ato administrativo individualmente, citando os ensinamentos de Hely Lopes Meirelles (2001).

2.3.1 Competência

Uma das condições de validade, para que um ato administrativo possa ser praticado é a competência. A pessoa que vai praticar um ato em nome da Administração Pública deve ter competência para praticar tal ato, ou seja, ter autorização legal.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2001, p. 143):

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. (Meirelles 2001, p.143)

Por ser um requisito de ordem pública, a competência é intransferível, podendo, no entanto, ser delegada, desde que as normas da Administração Pública permitam.

2.3.2 Finalidade

Outro requisito necessário para validade do ato administrativo é a Finalidade, e não há um ato administrativo sem que tenha uma finalidade. Todo ato deve atender o interesse público, a comprovação do interesse público se dá depois que o ato foi praticado. O agente público fica responsável pelo ato que praticou.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2001, p. 143):

Não se compreende ato administrativo sem fim público. A finalidade é, assim, elemento vinculado de todo ato administrativo, discricionário ou vinculado, porque o Direito Positivo não admite ato administrativo sem finalidade pública ou desviado de sua finalidade específica. Desde que a Administração Pública só se justifica como fator de realização do interesse coletivo, seus atos hão de se dirigir sempre

e sempre para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo. (Meirelles 2001, p.143)

A finalidade é um elemento vinculado. O ato deve alcançar a finalidade expressa ou implicitamente prevista na norma que atribui competência ao agente para a sua prática. O Administrador não pode fugir da finalidade que a lei imprimiu ao ato, pois não resta a ele qualquer tipo de escolha, pois está vinculada a vontade da lei.

Podemos concluir que, qualquer alteração na finalidade, fica caracterizada o desvio de poder, que acarreta na invalidação do ato. Neste caso, não estaria presentes todos os requisitos dos atos administrativos, faltaria à finalidade.

Todo ato tem uma finalidade, que é prevista em lei. Se um ato é praticado com uma finalidade diversa da lei, caracteriza desvio de finalidade ou desvio de poder, ocasionando a invalidade do ato praticado, pois a finalidade do ato foi diversa ao interesse público.

2.3.3 Forma

A forma é mais um requisito imprescindível do ato administrativo. A forma é a maneira regrada de como o ato deve ser praticado. Consiste na exteriorização do ato administrativo, ou seja, o modo que a declaração de vontade da Administração Pública se exterioriza. Meirelles (2001, p. 144) nos ensina que:

O revestimento exteriorizador do ato administrativo constitui requisito vinculado e imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Podemos afirmar, que, se no Direito Privado, a liberdade da forma do ato jurídico é regra, no Direito Público é exceção. Todo ato administrativo é, em princípio, formal. E compreende-se essa exigência, pela necessidade que tem o ato administrativo de ser contrastado com a lei e aferido, frequentemente, pela própria Administração e até pelo Judiciário, para verificação de sua validade. (Meirelles 2001, p.144)

Podemos concluir que a forma é condição de existência do fato. A inobservância desse requisito induzirá na inexistência do fato. Vale dizer que via de regra, a forma do ato administrativo é a escrita, mas, excepcionalmente admite-se que ele seja praticado de maneira verbal ou até mesmo por gestos.

2.3.4 Motivo

O motivo quanto requisito dos atos administrativos é a situação de direito que autoriza a prática do ato administrativo. É a exposição do motivo de forma escrita, a justificativa, porque o ato será praticado. Vale dizer que, verifica-se o motivo antes da prática do ato. Para Hely Lopes Meirelles (2001, p. 145), o motivo 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. (Meirelles 2001, p. 145)

O motivo pode ser vinculado ou discricionário, isto é, pode estar previsto taxativamente em lei ou também pode decorrer de uma margem de escolha legalmente admitida, levando em consideração os critérios de conveniência e oportunidade.

Quando houver previsão legal, o agente público somente poderá praticar o ato se houver ocorrida à situação prevista na lei. Porém, por outro lado, se não houver previsão legal, o agente tem liberdade de escolha do motivo. Mas se o motivo alegado pelo agente público for inexistente, o ato será inválido.

Portanto, diante um caso de que o motivo seja discricionário, e o agente ao alegar um determinado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo alegado, e a este ficará vinculado.

2.3.5 Objeto

O objeto é o conteúdo do ato, é a própria alteração na ordem jurídica, quando em decorrência dele: nasce, extingue ou transforma um determinado direito. É aquilo sobre qual o ato dispõe. De acordo com Hely Lopes Meirelles (2001, p.146):

Todo ato administrativo tem por objeto a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Neste sentido, o objeto identifica-se com o conteúdo do ato, através do qual a Administração manifesta seu poder e sua vontade, ou atesta simplesmente situações preexistentes. O objeto, nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo. Não se pode, pois, em tal elemento, substituir o critério da

Administração pelo pronunciamento do Judiciário, porque isto importaria revisão do mérito administrativo, por uma simples mudança de juízo subjetivo, do administrador pelo do juiz, sem qualquer fundamento em lei. . (Meirelles 2001, p. 146)

Assim, como o motivo, o objeto também é um requisito que pode ser vinculado ou discricionário, podendo estar previsto taxativamente em lei ou decorrer de uma escolha do agente que praticará o ato, levando em consideração os critérios de conveniência e oportunidade.

Para encerrarmos a discussão sobre os requisitos dos atos administrativos, vale ressaltar que, para que um ato administrativo tenha validade, deve conter todos os cinco requisitos acima mencionados, sendo eles: competência, finalidade, forma, motivo e objeto.

2.4 Atos vinculados e discricionários

Neste tópico, trataremos da diferença entre os atos vinculados e discricionários, que são uma das classificações dos atos administrativos. Relembrando que o enfoque do presente estudo é na manifestação do poder judiciário nos atos discricionários.

Uma das grandes diferenças entre os atos vinculados e discricionários é que o primeiro, o agente público fica totalmente vinculado ao que a lei estabelece, devendo seguir exatamente o que ela impôs, a lei dá somente uma opção a seguir. Já o segundo o agente público tem certa liberdade para decidir qual a melhor decisão à tomar, levando em consideração os critérios de conveniência e oportunidade.

Para Celso Bandeira de Mello (2008, p.422)

A diferença entre eles residiria em que nos atos vinculados, a Administração não dispõe de liberdade alguma, posto que a lei já regulou antecipadamente em todos os aspectos o comportamento a ser adotado, enquanto nos atos discricionários a disciplina legal deixa ao administrador certa margem de liberdade para decidir-se em face das circunstâncias concretas do caso, impondo-lhe e simultaneamente facultando-lhe a utilização de critérios próprios para avaliar ou decidir quanto ao que lhe pareça ser o melhor meio de satisfazer o interesse público que a norma legal visa a realizar. (Mello 2008, p. 422)

Podemos dizer que um ato será vinculado quando a lei não deixa nenhuma opção, ela já estabelece a forma que a Administração Pública deve seguir. Por outro lado, um ato

será discricionário quando a lei deixa certa margem de liberdade de decisão para determinado caso concreto, de modo que o agente que praticará o ato poderá optar pela melhor opção para aquele caso, mas vale ressaltar que todas as opções deverão ser válidas perante o direito e a autoridade administrativa não pode ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

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

Atos vinculados ou regrados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Neste caso, as imposições legais limitam, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que a ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal. Desatendido qualquer requisito, compromete-se a eficácia do ato praticado, tornando-o passível de anulação pela própria Administração ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado. (Meirelles 2001, p.158):

E ainda Meirelles (2001, p.159):

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 Maria Sylvia Zanella Di Pietro

(...)os poderes que exerce o administrador público são regrados pelo sistema jurídico vigente. Não pode a autoridade ultrapassar os limites que a lei traça à sua atividade, sob pena de ilegalidade.

(...)o poder da Administração é vinculado, porque a lei não deixou opções; ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma.

(...)o poder da Administração é discricionário, porque a adoção de uma ou outra solução é feita segundo critérios de oportunidade, conveniência, justiça, equidade, próprios da autoridade, porque não definidos pelo legislador. Mesmo aí, entretanto, o poder de ação administrativa, embora discricionário, não é totalmente livre, porque, sob alguns aspectos, em especial a competência, a forma e a finalidade, a lei impõe limitações. Daí por que se diz que a discricionariedade implica liberdade de atuação nos limites traçados pela lei. (Di Pietro 2003, p.221)

Pode-se concluir que a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de

determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva.

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

2.5 Mérito do Ato Administrativo e Teoria dos motivos determinantes

Para compreendermos sobre o mérito do ato administrativo faremos o uso da palavra de Hely Lopes Meirelles (2001, p.146):

O mérito do ato administrativo consiste na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração Pública incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar. Sua presença pode ser constatada toda vez que a Administração decidir ou atuar, valorando internamente as 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 processo administrativo, não há de se falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados (competência, finalidade e forma), existem outros (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Em tais atos discricionários, desde que a lei confira à Administração a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, pois não há padrões de legalidade para aferir essa atuação. É conveniente reter que o mérito administrativo só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração de oportunidade e conveniência. Em se tratando de poder discricionário da Administração, o ato pode ser revisto e anulado pelo Judiciário, desde que, sob o rótulo de mérito administrativo, se abrigue qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder. (Meirelles 2001, p.146)

Mérito do ato administrativo é o campo de liberdade que o administrador tem para decidir, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, qual dentre duas ou mais opções admissíveis perante a situação é a melhor, tendo em vista o atendimento da finalidade legal.

Ao que diz respeito da Teoria dos motivos determinantes, para Hely Lopes Meirelles (2001, p.188).

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmos os atos discricionários, se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido. Para maior compreensão, exemplificaremos: se o superior, ao dispensar um funcionário exonerável, declarou que o fez por improbidade de procedimento, essa 'improbidade' passará a ser o motivo determinante do ato e sua validade e eficácia ficarão na dependência da efetiva existência do motivo declarado. Se inexistir a declarada 'improbidade' ou não estiver regularmente comprovada, o ato de exoneração será inválido, por ausência ou defeito do motivo determinante. No mesmo caso, porém, se a autoridade competente houvesse dispensado o mesmo funcionário sem motivar exoneração (e podia fazê-lo, por se tratar de ato decorrente de faculdade discricionária), o ato seria perfeitamente válido e inatacável. (Meirelles 2001, p.188)

Pode-se concluir que, quando obrigatória ou 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.

III- Da manifestação do Poder Judiciário

Neste capítulo, trataremos da manifestação do poder judiciário sobre os atos administrativos, uma espécie de controle judicial, em especial, trataremos dos atos discricionários, que é o ponto central deste estudo.

Esta manifestação do poder judiciário é o controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Poder Executivo, Legislativo e até também do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle de legalidade, visto que se restringe à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege.

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal diz: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Diante a este inciso, é facultado ao Poder Judiciário julgar todo ato administrativo praticado por qualquer agente. Porém, este julgamento fica limitado somente ao objeto de controle, que deve ser somente quanto à legalidade, pois, o Judiciário não pode se pronunciar ao que diz respeito a conveniência e oportunidade, ou seja, sobre o mérito administrativo.

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

A legalidade do ato administrativo é a condição primeira para sua validade e eficácia, pois a Administração Pública está sujeita ao império da lei, pois todo ato, de qualquer autoridade ou Poder, para ser legítimo e operante, há que ser praticado em conformidade com a norma legal pertinente (princípio da legalidade), com a moral da instituição (princípio da moralidade), com a destinação pública própria (princípio da finalidade), com a divulgação oficial necessária (princípio da publicidade) e com presteza e rendimento funcional (princípio da eficiência). Faltando, contrariando ou desviando-se desses princípios básicos, a Administração Pública vicia o ato, expondo-o a anulação por ela mesma ou pelo Poder Judiciário, se requerida pelo interessado. (Meirelles 2001, p. 664).

Ainda segundo Meirelles (2001, p. 665)

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. (Meirelles 2001, p. 665)

Como qualquer outro ato, os discricionários também estão sujeitos ao controle judicial, pois verifica-se a legalidade do ato praticado pelo agente. O Judiciário fica restrito de ir além do exame da legalidade. Para Hely Lopes Meirelles (2001, p.666):

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

Não podemos confundir o mérito administrativo do ato, com o exame de seus motivos determinantes, sendo que o primeiro não permite a verificação judicial, e o segundo sempre poderá haver verificação em juízo.

O Poder Judiciário não poderá controlar a decisão do agente quanto a conveniência e oportunidade, mas poderá sempre analisar seu cabimento e a regularidade formal.

A rigor, 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.

Vale ressaltar que, segundo o artigo 5º, inciso XXXV, nem mesmo a lei pode-se livrar do preceito de que nenhuma lesão ou ameaça a direito poderá ser subtraída à apreciação do Poder Judiciário.

Se um ato é praticado de forma duvidosa, poderá o mesmo ser submetido ao controle judicial a fim de que se verifique sua legalidade e caso seja uma ofensa a um direito, deve o magistrado anular o ato praticado.

Um exemplo é o desvio de poder, que ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei.

A Administração só pode agir se estiver de acordo com a lei, segundo o Princípio da Legalidade, tendo a obrigação de dar cumprimento das finalidades nela estabelecidas. Enquanto na esfera privada pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe, na esfera administrativa somente pode fazer o que a lei expressamente permite.

Salienta-se que o artigo 37 da Constituição Federal dispõe que a Administração direta e indireta dos três poderes, se sujeitará ao princípio da legalidade. Destaca-se que os atos administrativos são rigorosamente marcados pelos princípios legais.

Destaca-se que os princípios constitucionais são de suma importância, compete a eles verificar como se conciliam com a discricionariedade, deferida pela lei à Administração. A adequação entre os princípios e a administração pública proporciona a medida da extensão de atuação na manifestação do Poder Judiciário nos atos discricionários.

3.1 Discricionariedade

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

A discricionariedade justifica-se pela impossibilidade do legislador prever todas as situações possíveis que a administração pública pode enfrentar. Visto que sempre há alteração do interesse público, seria moroso o procedimento de elaboração de novas leis, por isso o legislador deu essa liberdade para o administrador, para que, em determinados casos possa escolher o melhor ato a praticar segundo os critérios de conveniência e oportunidade.

A fonte da discricionariedade é a própria lei; aquela só existe nos espaços deixados por esta. Nesses espaços, a atuação livre da Administração é previamente legitimada pelo legislador. Normalmente essa discricionariedade existe quando: Quando a lei expressamente a confere à Administração, quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação e quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada.

A distinção entre os atos vinculados e discricionários é de suma importância no que diz respeito à manifestação que o Poder Judiciário exerce sobre eles.

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

Já com relação aos atos discricionários, o Poder Judiciário pode se manifestar sobre esses atos, fazendo um controle sobre eles, mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei.

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

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

Podemos concluir que, com relação aos atos discricionários, o Poder Judiciário pode apreciar os aspectos de legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade. Se o Judiciário concluir que o administrador público passou os limites, deverá invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade.

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

Nota-se que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que discricionários, pode se estender à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum impedimento existe, pois é meio pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do Direito. (Mello 2008, p.961)

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

Inexiste-se o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio do Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autoriza a anulação jurisdicional do ato administrativo. Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria

de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário a mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco. (Mello 2008, p. 962)

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

Assim como ao Judiciário compete eliminar todo comportamento ilegítimo da Administração que violem a ordem jurídica compete-lhe, igualmente, eliminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto da discricionariedade, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária. A análise dos pressupostos de fato que embasaram a situação administrativa é recurso impostergável para aferição do direito e o juiz, mantém-se estritamente em sua função quando procede ao confronto entre o enunciado legal e a situação concreta. (Mello 2008, p. 963)

No que diz respeito ao exame de finalidade, cabe ao Poder Judiciário analisar a legitimidade da atuação administrativa. Relacionado a isto, tem-se a teoria do desvio de poder, também chamada de desvio de finalidade.

O desvio de poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei estabeleceu. Quando isso ocorre, fica o Judiciário autorizado a decretar nulidade do ato, visto que a Administração fez uso diverso do que foi estabelecido pela discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 964):

O agente, ao manipular um entrelaçamento de poderes, evade-se da finalidade que lhe é própria, ou seja, extravie-se da finalidade cabível em face da regra em que a calça. Em suma: o ato maculado deste vício direciona-se a um resultado diverso daquele ao qual teria que chegar ante o objetivo da norma habilitante. Há, então, um desvirtuamento do poder, pois o Poder Público falseia, deliberadamente ou não, com intuítos subalternos ou não, aquele seu dever de operar o estrito cumprimento do que se configuraria, ante o sentido da norma aplicando, como objetivo prezável e atingível pelo ato. Trata-se, pois, de um vício objetivo, pois o que importa não é se o agente pretendeu ou não discrepar da finalidade legal, mas se efetivamente dela discrepou. (Mello 2008, p. 964)

Para que o desvio de poder seja caracterizado, é necessário que haja uma verdadeira contradição entre a finalidade da lei e o ato praticado pelo administrador. Se ficar comprovado, o ato será nulo.

3.2 Meios de manifestação do Poder Judiciário

A Administração Pública está sujeita ao controle do Poder Judiciário, mas ela também exerce sobre ela mesma o controle de seus próprios atos. Esse controle inclui os órgãos dos três Poderes, quando eles exercem funções administrativas.

A finalidade da manifestação do Poder Judiciário pelo controle judicial é de garantir que a Administração Pública atue em harmonia com os princípios que são estabelecidos pelo ordenamento jurídico, tais como: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, que são os princípios constitucionais, como também os princípios implícitos que são seguidos pelo Direito Administrativo. Em determinadas situações, envolve também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da Administração.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2001, p.599), pode-se definir o controle da Administração Pública:

Como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.(Di Pietro 2001, p.599)

Com base no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, que serve de fundamento para o direito de ação ou de exceção contra lesão ou ameaça a direito, o administrado pode usar de vários tipos de ações previstas na legislação para contrariar os atos da Administração.

A doutrina se refere de remédios constitucionais as ações específicas de controle da Administração Pública, que são previstas pela Constituição Federal.

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

As ações são assim chamadas porque têm a natureza de garantias dos direitos fundamentais; estão inseridas no Título II da Constituição, concernentes aos "direitos e garantias fundamentais": o seu objetivo é provocar a intervenção de autoridades, em geral a judiciária, para corrigir os atos da Administração lesivos de direitos individuais ou coletivos. 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. (Di Pietro 2001, p. 625)

Os remédios constitucionais são meios de provocar Poder Judiciários para se manifestar sobre determinado ato da Administração. O mandado de segurança individual, o habeas corpus, o habeas data e o mandado de injunção são garantias de direitos individuais; o mandado de segurança coletivo, a ação popular e a ação civil pública são garantias de interesses coletivos.

Abordaremos a seguir cada um deles individualmente.

3.2.1 Mandado de segurança individual

Previsto no artigo 5º, LXIX, e no plano infraconstitucional, na Lei 12.016/09, o Mandado de segurança é o instrumento processual constitucional posto ao dispor tanto de pessoas físicas quanto de pessoas jurídicas, para preservar direito líquidos e certos, quando da prática de ilegalidade ou abuso de poder por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício do serviço público.

O Mandado de Segurança é, na verdade, uma ação subsidiária, posto que apenas caberá a impetração do mesmo quando o direito líquido e certo não for passível de proteção por Habeas Corpus ou Habeas Data, tendo em vista, que o Habeas Corpus e Habeas Data também protegem direito líquido e certo. Direito líquido e certo é o que apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercido no momento da impetração.

Entende-se por ato de autoridade, passível de mandado de segurança, toda ação ou omissão do Poder Público ou de seus agentes, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

O Mandado de segurança pode ser repressivo ou preventivo. O primeiro será cabível quando já houver uma ilegalidade ou abuso de poder contra o direito de alguém, quando já houver algum ato praticado contra o direito da pessoa.

O segundo, não existe qualquer ato já praticado. Visa, portanto, proteger uma possível e futura violação ao direito.

O prazo para a impetração do Mandado de segurança é de 120 dias do conhecimento oficial do ato a ser impugnado. Esse remédio admite a suspensão liminar do ato, e, quando concedida, a ordem tem efeito mandamental e imediato, não podendo ser impedida sua execução por nenhum recurso comum, salvo pelo presidente do tribunal competente para apreciação da decisão inferior.

Existem algumas súmulas do Supremo Tribunal Federal referentes ao assunto tratado, veremos abaixo:

“Não cabe Mandado de Segurança contra decisão judicial com trânsito em julgado.” (Súmula 268, STF)

“Não cabe Mandado de Segurança contra lei em tese” (Súmula 266, STF).

“Não cabe Mandado de Segurança contra ato judicial passível de recurso ou correição.” (Súmula 267, STF)

“Mandado de Segurança não substitui ação popular.” (Súmula 101, STF)

“Controvérsia sobre matéria de direito não impede concessão de Mandado de Segurança.” (Súmula 625, STF)

3.2.2 Mandado de Segurança Coletivo

Este meio de controle judicial está descrito no artigo 5º, inciso LXX, da Constituição Federal, onde diz: “o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados. ”

O mandado de segurança coletivo é uma ação de rito especial que determinadas entidades, enumeradas taxativamente na Constituição, podem ajuizar para a defesa de direito líquido e certo dos membros das entidades, ou associados, ocorrendo, no caso, o instituto da substituição processual.

Os pressupostos deste remédio constitucional são os mesmos do mandado de segurança individual, inclusive quanto ao direito líquido e certo, só que, como é notório, a tutela não é individual, mas coletiva.

3.2.3 Ação Popular

A Ação Popular está descrita no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, onde diz:

“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.” (Brasil, 2012)

Este remédio constitucional é um meio de defesa dos interesses de toda a coletividade, podendo ser utilizada por qualquer cidadão, no gozo de seus direitos cívicos e políticos. A ação popular não ampara direitos próprios dos cidadãos, mas sim, interesse da coletividade. O favorecido direto e imediato desta ação não é o autor popular, mas sim o povo é o titular do direito. Tem propósitos preventivos e repressivos da atividade administrativa lesiva ao patrimônio público, assim entendidos os bens e direitos de valores econômico, artístico, estético ou histórico.

A Lei 4.717/65, que é a Lei regulamentadora aponta os sujeitos passivos da ação popular e aponta casos em que a legalidade do ato já faz presumir a lesividade ao patrimônio público.

3.2.4 Ação Civil Pública

A Ação Civil Pública é um instrumento processual, previsto na Constituição Federal e em norma infraconstitucional, de que podem se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas para a defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. A ação civil pública não pode ser utilizada para a defesa de direitos e interesses disponíveis nem para interesses propriamente privados.

Esta ação está regulamentada na Lei 7.347/85, em seu artigo primeiro diz: Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica; à ordem urbanística; à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos; ao patrimônio público e social.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso III, atribui ao Ministério Público, como função institucional, a execução de inquérito civil e de ação civil pública para o resguardo do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O parágrafo primeiro do mesmo artigo prevê que a legitimação do Ministério Público para as ações civis não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto na Constituição e na lei. A Lei 7.347/85 prevê outros legitimados.

A liminar, na ação civil pública, depende de audiência da pessoa jurídica de Direito Público (Lei 8.437/92).

3.2.5 Mandado de Injunção

O Mandado de Injunção está descrito no artigo 5º, inciso LXXI, da Constituição Federal, onde diz: “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. ”

É o instrumento processual utilizado para se pedir a regulamentação de uma norma da Constituição, quando os Poderes competentes não o fazem. O pedido é feito para garantir o direito do indivíduo prejudicado particularmente pela omissão. Então, só quem pode editar as leis pode ser alvo desta ação.

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

3.2.6 Habeas Data

O Habeas Data está descrito no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal, onde diz: conceder-se-á habeas data: para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público; para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo.”

É considerada uma ação constitucional, um direito assegurado a todos os cidadãos, com o intuito preventivo e corretivo. Como forma preventiva, o habeas data age como uma garantia constitucional para evitar o uso abusivo das informações das pessoas, que foram obtidas de modo fraudulento ou ilícito. Garante também, a preservação da intimidade, privacidade, honra e a possibilidade de correção de informações indevidas sobre a pessoa solicitante junto à instituição que detém os seus registros. O Habeas Data

também tem previsão na Lei 9.507/97, que regula o direito de acesso a informações e disciplina no rito processual do habeas data.

3.2.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)

A Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, está descrita no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal, como competência originária do Supremo Tribunal Federal.

A Lei 9.868/99 dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal

É a ação que tem por finalidade declarar que uma lei ou parte dela é inconstitucional, ou seja, contraria a Constituição Federal. O artigo 103 da Constituição Federal elenca quem pode ajuizar esta ação, que são eles: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Ataca-se a lei em tese, ou qualquer outro ato normativo, antes mesmo de produzir efeitos concretos, e a decisão declaratória de inconstitucionalidade tem eficácia erga omnes, sendo então, contra todos, e efeitos vinculantes em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública.

Com esta ação, as leis em tese e atos normativos violadores da Constituição sujeitam-se ao controle judicial preventivo antes mesmo de gerar qualquer atividade concreta da administração.

3.2.8 Medida Cautelar

A medida cautelar é um processo proposto para prevenir, conservar ou defender direitos. Trata-se de ato de precaução promovido no Poder Judiciário, quando da seriedade do fato, do comprovado risco de lesão de qualquer natureza ou da existência

de motivo justo, desde que amparado por lei. Ela será preventiva, quando pedida e autorizada antes da propositura do processo principal, quando requerida durante o curso da ação principal, a medida cautelar passa a ser incidental.

A Lei 9868/99 estabelece a concessão de medida cautelar, com vigência contra todos, com efeito, em regra, ex nunc. Nesse caso, a liminar suspende a execução da lei, mas não o que aprimorou durante a sua vigência.

3.2.9 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

Esta ação está prevista no artigo 103, § 2º, da Constituição Federal, e segue, quanto à legitimidade ativa e a competência, as mesmas regras da Ação Indireta de Inconstitucionalidade.

A lei 12.063/2009, acrescentou o Capítulo II-A à Lei 9.868/1999, que trouxe a disciplina processual para a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).

É a ação apropriada para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo.

Como a Constituição Federal dispõe grande extensão de temas, algumas normas constitucionais necessitam de leis que a regulamentem. A falta de lei regulamentadora faz com que o dispositivo presente na Constituição fique sem produzir efeitos.

Desta maneira, a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão tem a finalidade de provocar o Judiciário para que seja admitida a demora na produção da norma regulamentadora. Caso a demora seja de algum dos Poderes, este será cientificado de que a norma precisa ser elaborada. Se for atribuída a um órgão administrativo, o STF determinará a elaboração da norma em até 30 dias.

3.2.10 Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON)

A Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADECON) de lei ou ato normativo federal, está prevista no artigo 102, inciso I, alínea “a”, da Constituição Federal e será analisada pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Quem tem legitimidade para propor essa ação são: o Presidente da República, a Mesa do Senado, a Mesa da Câmara e o Procurador Geral da República. A Lei 9.868/1999 dispõe sobre o seu processo e julgamento.

Esta ação foi criada para que o STF declarasse as leis julgadas inconstitucionais como constitucionais, tendo como objetivo, afastar a insegurança jurídica ou mesmo o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem constitucional, isto é, alterar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta. Pois, se julgada procedente ADECON, esta decisão automaticamente vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Os efeitos da ADECON são os mesmos da ADIN. A Lei acima mencionada também prevê medida cautelar na Ação Declaratória.

3.2.11 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está previsto no artigo 102, § 1º, que estabelece: “ A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.

A ADPF destina-se a proteger os preceitos fundamentais, quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. Os preceitos fundamentais são aqueles que estão ligados diretamente aos valores supremos do Estado e da Sociedade.

A Lei 9.882/1999 dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do artigo 102, § 1º, da Constituição Federal. O artigo 2º da lei acima mencionada prevê quem tem legitimidade para propor a ADPF, que são os mesmos legitimados da ação direta de inconstitucionalidade, e tem por finalidade evitar ou reparar lesão à preceito fundamental resultante do ato do Poder Público.

A medida liminar poderá constituir na determinação de que juízes e tribunais suspendam o andamento do processo ou os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que apresente relação com a matéria objeto da arguição, salvo decorrente da coisa julgada, é o que estabelece o artigo 5º, § 3º, da Lei 9.882/1999.

O fundamental para todo controle judicial é que o Poder Judiciário seja procurado a pronunciar-se através da via processual mais apropriada e por quem tenha interesse e legitimidade para alcançar a prestação jurisdicional devida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi apresentado, fica evidente que, mesmo o ato praticado pela Administração Pública seja o discricionário, que é aquele que o legislador concede ao administrador certa margem de liberdade, para que ele escolha entre várias opções qual o melhor ato a ser praticado, levando em consideração os critérios de conveniência e oportunidade, o Poder Judiciário pode e deve fazer um controle nos casos em que a discricionariedade usada pelo administrador ultrapassar os limites legais, mas este controle será impróprio quando a discricionariedade estiver pautada em juízo subjetivo de conveniência e oportunidade previsto pela norma em questão.

A manifestação do Poder Judiciário sobre os atos discricionários não é realizada indistintamente, está reservado à legalidade, à finalidade do ato, à sua causa e aos motivos determinantes, ou seja, aos limites à discricionariedade, não podendo aprofundar no mérito administrativo caracterizado pelo juízo de conveniência e oportunidade que foi atribuído ao administrador.

Como já foi exposta, a discricionariedade administrativa constitui-se na margem relativa que o ordenamento jurídico dá ao agente público para que esta escolha, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, dentre as opções impostas, aquela que melhor atenda a necessidade pública.

A atividade discricionária justifica-se pelo fato de o legislador não ter como prever todos os acontecimentos que possam vir a acontecer.

Têm-se três teorias que classificam os limites à discricionação: a teoria do desvio de poder, a teoria dos motivos determinantes e o princípio da motivação e a teoria acerca da causa do ato administrativo.

A teoria do desvio de poder está definida na Lei de Ação Popular, no artigo 2º, § único, alínea “e”, onde diz: “ o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”. Esta teoria resume a ideia de ser limite ao resultado desejado pelo agente público, pois este deve sempre visar o resultado que concretize o fim tutelado na norma legal. Tem por finalidade fixar limites ao exercício de poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de seu controle pelo Poder Judiciário, pois em tese o Judiciário não pode invadir a esfera do Poder Executivo.

O agente público, ao praticar o ato, e não observar o interesse público, ou praticar afastando-se do objetivo, agirá com desvio de poder. A Administração Pública incidirá em desvio de poder, toda vez que não aderir à finalidade legal previamente estabelecida.

No que diz respeito à Teoria dos Motivos Determinantes e o princípio da motivação, pode-se concluir que o motivo é um pressuposto fático e jurídico. Os motivos podem estar previstos em lei ou não. Quando estiver previsto em lei, a atuação do administrador público ficará obrigatoriamente vinculada ao motivo alegado para a prática do ato. Quando não houver previsão legal, poderá escolher qual o melhor ato a ser praticado, mas claro, dentro dos limites legais estabelecidos.

A teoria dos motivos determinantes preceitua que os motivos que estabeleceram a vontade do agente, que serviram de suporte para sua escolha, integram a validade do ato administrativo. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que levou em consideração para praticar um determinado ato, este só será válido se os motivos declarados ocorrerem e justificarem o ato praticado.

A motivação dos atos administrativos foi inserida através da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo na área da Administração Pública Federal, que estabeleceu a necessidade de ser observado, dentre outros princípios, a necessidade de motivação dos atos realizados pela Administração Pública.

A manifestação do Poder Judiciário sobre os atos discricionários também pode ser feita pelo exame dos motivos que levaram a edição do ato ou pelo que preceitua a teoria dos motivos determinantes.

Os motivos são as considerações pelas qual o administrador tomou determinada decisão, podendo constituir em fundamentos de direito ou em fatos. Já o exame dos motivos, é a forma de conhecer os fundamentos fáticos e jurídicos que auxiliaram na prática do ato, o que se dá através da motivação do ato. Motivação é a apresentação dos motivos, a descrição dos fundamentos que justificaram a prática do ato administrativo.

Se não existir a motivação quando esta for essencial, se a motivação não atender os motivos alegados, ou ainda se estes não existirem ou não justificarem a atuação da Administração Pública, estará diante uma situação apta de revisão por parte do Poder Judiciário, pois se uma dessas situações ocorrerem, a atuação administrativa não estará amparada pela lei, então haverá afronta ao princípio da legalidade e, conseqüentemente controle jurisdicional.

Tanto a teoria dos motivos determinantes como a teoria do desvio de poder se traçam no fim que o ato deve alcançar, não somente um fim público, mas o fim delimitado

na norma jurídica. Se esse fim não for observado, gera uma causa para a realização do controle judicial sobre este ato.

No que diz respeito à causa do ato administrativo, esta pode ser determinada com a relação entre o motivo e o conteúdo do ato em função da finalidade deste ato.

Ainda que a lei dê liberdade ao administrador para escolher os motivos, estes devem estar ligados à finalidade específica prevista para o ato que pretende praticar.

Diante o exposto, conclui-se que a causa do ato administrativo é um dos limites à discricionariedade administrativa e, caso não seja ponderada, causará no controle judicial do ato. É por meio da causa do ato que se pode examinar se os motivos que levaram o agente a praticar tal ato, ainda que não previstos em lei, possuem relação com a decisão tomada diante da finalidade que pretende atingir. Se não estiver presente esta relação, a finalidade alcançada é ilegal e, conseqüentemente, o ato administrativo que a executou, portanto, o Judiciário tem a função de corrigi-la por meio do controle judicial.

O Poder Discricionário dado ao administrador não é arbitrário, visto que toda a Administração Pública é subordinada ao princípio da legalidade e supremacia do interesse público. Assim, mesmo quando o administrador agir com discricionariedade deverá obedecer à lei e à finalidade que pretende atingir.

O controle exercido pelo Poder Judiciário sobre os atos discricionários é cabível quando a discricionariedade ultrapassar os limites previstos em lei e, é inoportuno quando estiver pautada em juízo subjetivo de conveniência e oportunidade previsto pela norma em questão.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da Definição à aplicação dos princípios jurídicos. ED.17ª. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil(1988). Disponível em: \<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm\>. Acesso em 7 julho. 2017.

BRASIL. Lei nº 9784/99 de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm. Acesso em 10 de julho. 2017.

BRASIL. Lei nº 8429/92 de 02 de junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em 10 de julho de 2017.

BRASIL. Lei nº 4717/65 de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4717.htm. Acesso em 13 de julho de 2017.

BRASIL. Lei nº 12016/09 de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm. Acesso em 14 de julho de 2017.

BRASIL. Lei nº 7347/85 de 24 de julho de 1985. Disciplina a Ação Civil Pública. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em 20 de julho de 2017.

BRASIL. Lei nº 8437/92 de 30 de junho de 1992. Dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público e dá outras providências. Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/104516/lei-8437-92>. Acesso em 01 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 9868/99 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm. Acesso em 03 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 9882/99 de 03 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da CF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm. Acesso em 05 de agosto de 2017.

BRASIL. Lei nº 9507/97 de 12 de novembro de 1997. Regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do Habeas Data. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9507.htm. Acesso em 31 de julho de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. Ed.15ª. São Paulo: Atlas. 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. Ed.26ª. São Paulo. Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. Ed.25. São Paulo. Malheiros 2008.