

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

FACULDADE DE DIREITO

RAFAEL FERNANDO PORTELA

**DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO FRENTE
AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS
POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**

CURITIBA

2008

RAFAEL FERNANDO PORTELA

**DO CONTROLE JUDICIAL DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO FRENTE
AOS PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AOS
POSTULADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE**

Universidade Federal do Paraná, Setor
de Ciências Jurídicas, Departamento de
Direito Público, Monografia sob
orientação do Professor Doutor Romeu
Felipe Bacellar Filho.

CURITIBA

2008

Agradecimentos

Ao carinho da minha família,
ao companheirismo dos amigos,
a confiança depositada por terceiros
e a Deus pela dádiva de ser rodeado por seres iluminados.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO.....	6
2. AS FUNÇÕES DO ESTADO.....	9
2.1. OS CRITÉRIOS DE DISTINÇÃO DAS FUNÇÕES DO ESTADO.....	11
2.2. A FUNÇÃO POLÍTICA OU DE GOVERNO.....	13
3. PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SENSÍVEIS AO TEMA.....	14
3.1. PRINCÍPIO REPUBLICANO.....	15
3.2. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.....	15
3.3. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	16
3.4. PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	17
3.5. PRINCÍPIO MORALIDADE.....	19
3.6. PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	20
3.7. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	22
3.8. PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	22
4. DOS MECANISMOS DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS ATRAVÉS DOS POSTULADOS.....	24
4.1. POSTULADO DA RAZOABILIDADE.....	25
4.1.1. <i>Razoabilidade como Congruência</i>	26
4.1.2. <i>Razoabilidade como Equidade</i>	26
4.1.3. <i>Razoabilidade como Equivalência</i>	28
4.2. POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE.....	28
4.2.1. <i>Exame da Adequação</i>	29
4.2.2. <i>Exame da Necessidade</i>	30
4.2.3. <i>Exame da Proporcionalidade em Sentido Estrito</i>	30
4.3. DISTINÇÃO ENTRE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.....	30
5. ATO ADMINISTRATIVO.....	32
5.1. DEFINIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	33
5.2. ELEMENTOS.....	34
5.2.1. <i>Agente Competente</i>	34
5.2.2. <i>Finalidade</i>	35
5.2.3. <i>Forma</i>	36
5.2.4. <i>Objeto</i>	36
5.2.5. <i>Motivo</i>	37
5.3. DA EXTINÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	38

5.3.1. <i>Revogação do Ato Administrativo</i>	38
5.3.2. <i>Da Invalidação ou Anulação do Ato Administrativo</i>	39
5.3.3. <i>Convalidação dos Atos Administrativos</i>	40
5.4. ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO.	41
5.4.1. <i>Controle do Ato Administrativo Vinculado</i>	42
6. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.....	44
6.1. DISCRICIONARIEDADE.	44
6.2. ASPECTOS DISCRICIONÁRIOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	46
6.2.1. <i>Discricionariedade nos Elementos do Ato Administrativo</i>	47
7. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.....	49
7.1. CONCEITO DE CONTROLE.....	49
7.2. SISTEMA DA UNIDADE DA JURISDIÇÃO.....	49
7.3. CONTROLE JUDICIAL.	50
7.3.1. <i>Meios de Controle</i>	50
7.4. LIMITES DO CONTROLE.....	50
7.4.1. <i>Aplicabilidade dos Postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade nos Elementos do Ato Administrativo Discricionário</i>	52
8. CONCLUSÃO.....	54
9. BIBLIOGRAFIA.....	56

1. INTRODUÇÃO.

O controle estatal é noção fundamental do Estado Democrático de Direito e do Direito Administrativo, este desenvolvido a partir da idéia de que o Estado deve se subordinar à lei evitando que os governantes atuem de modo arbitrário e irresponsável.

É evidente que enquanto pessoa jurídica o Estado nada mais é do que uma invenção fruto da inteligência humana e por óbvio não tem vontade própria, pois esta característica é exclusiva das pessoas naturais. Na realidade quem determina a atuação estatal são os agentes que compõem os órgãos estatais, os agentes públicos.

Entretanto, essas pessoas não têm plena liberdade de determinação, uma vez que sua atuação deve ter por escopo necessariamente a satisfação de algum interesse público, razão pela qual todos os atos e contratos administrativos que se desviem desse objetivo terão vício de finalidade e deverão ser extirpados do mundo jurídico.

A importância do controle da atuação da administração pública está justamente em analisar se o administrador está ou não atuando satisfatoriamente no sentido de cumprir com a função que lhe foi atribuída.

O papel de controlador da função pública está dividido entre os três poderes do Estado, o poder executivo o faz por meio do controle interno, o legislativo faz um controle político através das câmaras legislativas, com auxílio do tribunal de contas e o poder judiciário também pode ser provocado a analisar a legalidade de ato ou contrato administrativo.

Para melhor esclarecer quais os parâmetros que devem ser observados pelos administradores quando investidos dos poderes estatais a doutrina administrativista desenvolveu um grande número de princípios informadores de todo o sistema jurídico administrativo criando o que se convencionou chamar de regime jurídico administrativo.

Os dois macro-princípios orientadores desse regime são o da supremacia do interesse público em face dos interesses particulares e o da indisponibilidade do interesse público, desse último decorre um princípio que é fundamental ao Estado de Direito e à formação do Direito Administrativo, o princípio da legalidade que impõe a administração o dever de seguir estritamente os mandamentos legais, sob pena de invasão na competência normativa do Poder Legislativo.

A regra é que todo ato do administrador público não passe de uma verificação de correspondência entre a situação fática e a hipótese legal previamente prevista pelo legislador, a princípio toda atividade administrativa do Estado deveria estar vinculada estritamente nos termos legais.

Entretanto, como é impossível ao legislador prever todas as hipóteses fáticas que se defrontará o administrador, em alguns atos o poder legislativo cria um espaço de atuação ao administrador que corresponde à avaliação por parte deste da oportunidade e da conveniência para a produção do ato administrativo dito discricionário.

Os contornos e limites desse espaço de liberdade de atuação do administrador nos atos administrativos discricionários e a sua conformidade com os princípios que regem a Administração Pública são pontos bastante controversos na doutrina administrativista contemporânea.

O grande número de obras publicadas sobre a discricionariedade busca tornar mais claros os contornos do tema e conseqüentemente definir as possibilidades de atuação do administrador público quando da produção de ato administrativo discricionário.

O ponto central do tema do controle da discricionariedade gira em torno da legitimidade do controle judicial de tais atos, pois é certo que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade. Contudo, pode o Poder Judiciário, carente de legitimidade popular eletiva, interferir no executivo a ponto de impedir determinado rumo de política pública, ou esse papel político caberia aos poderes eleitos executivo e legislativo?

Essa pergunta não tem uma resposta rápida e objetiva no Estado brasileiro que tem uma tradição caudilhesca no poder, a administração pública sempre esteve nas mãos de uma pequena oligarquia e não raros são os exemplos do uso da máquina pública com fins particulares ou mesmo para uma finalidade esdrúxula oriunda de um administrador despreparado para a gerência dos assuntos públicos. Essa atuação anômala é muitas vezes disfarçada sob o manto da discricionariedade, com o que não se pode concordar, vez que distorce completamente a finalidade do instituto jurídico.

Quando o legislador atribui ao administrador a discricionariedade certamente que não ampliou tal liberdade para além dos próprios limites impostos a toda administração sob pena de completa inconstitucionalidade, ou seja, o administrador

quando produz um ato administrativo discricionário precisa atentar para todos os princípios jurídicos que informam a Administração Pública, desde aqueles explícitos no caput do art. 37 da Carta Política, bem como todos os outros deles derivados e mesmo os princípios implícitos que decorrem da racionalidade do regime jurídico administrativo.

Talvez o grande questionamento entre a adequação ou não do ato discricionário com o regime jurídico administrativo seja explicitada na análise da razoabilidade e proporcionalidade, que por serem conceitos de conteúdo fluído e não muito bem delimitado podem ensejar acaloradas discussões sobre a interferência de atuação entre os poderes quando o judiciário estirpa do mundo jurídico um ato administrativo discricionário que entende viciado por não atender a parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade.

Os que defendem o controle por parte do judiciário alegam que a unidade da jurisdição, prevista no art. 5 °, XXXV, da Constituição Federal, torna inafastável tal avaliação por parte do Poder Judiciário e argumentam também que o legislador não autorizou o administrador a produzir um ato desproporcional ou não razoável. Aqueles que defendem a impossibilidade da revisão jurisdicional entendem que o juiz estaria excedendo suas funções e substituindo a discricionariedade do administrador.

2. AS FUNÇÕES DO ESTADO.

Como o ponto central da discussão acerca do controle da discricionariedade administrativa está em se estabelecer os limites de até onde o judiciário pode intervir sem tocar na alçada de competência exclusiva de outro poder é fundamental uma análise do que se entende por Estado e de cada uma das funções estatais.

Das clássicas obras de autores iluministas como Rosseau, Locke e Hobbes, extrai-se que o Estado é um ente legitimado pela sociedade que tem por escopo limitar a liberdade plena das pessoas em prol de uma maior segurança social.

Para esses autores - classificados de contratualistas – os indivíduos abdicam de uma parcela de sua liberdade para conseguirem uma maior proteção dos seus demais direitos¹.

Locke preconizava o monopólio da violência por parte do Estado para se atingir a paz social, vejamos:

“E assim, excluído todo julgamento privado de cada cidadão particular, a comunidade torna-se árbitro em virtude de regras fixas estabelecidas, impessoais e iguais para todos; e por meio de homens, a quem a comunidade outorga o poder para execução dessas regras, decide todas as desavenças que possam surgir entre quaisquer membros da sociedade, sobre qualquer assunto de direito, e pune as infrações cometidas com as penalidades estabelecidas pela lei”².

Na exata medida em que o monopólio Estatal da violência prega aos homens a convivência sem agressões mútuas, o Estado se põe na posição de garantidor dos direitos do homem, punindo os transgressores, buscando restaurar o equilíbrio rompido e promovendo a satisfação dos direitos dos cidadãos³.

Segundo a doutrina defendida por tais autores, se poderia dizer que o objetivo do Estado, e por consequência também da Administração Pública, é proteger e

¹ ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3.º edição. Editora Abril. São Paulo/SP, 1983. pg. 36.

² LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo. Ensaio Relativo à Verdadeira Origem Extensão e Objetivo do Governo Civil*. Tradução de E. Jacy Monteiro. Editora Victor Civita, 1983. pg. 69.

³ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Editora Abril Cultural. São Paulo/SP. 1983. pg. 105.

promover os direitos de seus cidadãos, e notadamente os direitos mais sensíveis e caros à sociedade, são os chamados direitos fundamentais.

A preocupação com a proteção e promoção dos direitos fundamentais sempre esteve presente na doutrina administrativista, muito embora nem sempre de forma expressa. O professor Hely Lopes Meirelles não fazia referência aos direitos fundamentais na finalidade da Administração Pública, pois entendia que seus fins se resumem a um único objetivo que é o de atingir o bem comum da coletividade administrada⁴. Contudo, mesmo seguindo a linha de entendimento do saudoso professor, conclui-se - com segurança - que o bem comum é expresso pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.

Sobre isto, importante a contribuição de Marçal Justen Filho, o qual é enfático ao afirmar a necessidade da Administração em perseguir os direitos fundamentais. Vejamos sua definição de função administrativa:

“A função administrativa é o conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional”.⁵

De outro lado, há que se relevar que os direitos fundamentais não gozam do caráter absoluto⁶, podendo - por vezes - terem sua eficácia reduzida, mas a *priori*, o Estado Democrático de Direito tem por finalidade garantir que os direitos fundamentais dos cidadãos não sejam violados, promovendo a máxima efetividade desses direitos, considerados basilares de todo o regime jurídico.

O poder concedido ao Estado pelos particulares para que ele garanta e promova o direito dos cidadãos deve ser exercido com parcimônia e moderação, a

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 1999. pg. 81.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Saraiva, 2008. pg. 34. (Grifou-se).

⁶ Importa observar que aqui adotamos uma posição de historicidade dos direitos fundamentais. Contrariamente, o entendimento jusnaturalista defende a existência de direitos fundamentais absolutos, até mesmo supra-estatais e extra-constitucionais. José Afonso da Silva. *Curso de Direito Constitucional*, 24ª edição, p. 182.

forma adotada para garantir esse exercício responsável é a separação entre os poderes estatais.

Com o mecanismo de divisão dos poderes do Estado a doutrina ocidental moderna passou a dividir o poder do Estado em três funções: *administrativa (ou executiva)*, *legislativa* e *jurisdicional*, que são distribuídas entre três blocos orgânicos denominados poderes que embora não exerçam as funções com exclusividade sobre os demais são por elas caracterizados devido a predominância ou tipicidade da função que exercem.

Segundo José Afonso da Silva a “*divisão dos poderes* consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes, que tomam os nomes das respectivas funções”.⁷

Essa construção ideológica teve ampla aceitação jurídica e as Constituições contemporâneas passaram a prever explicitamente a tripartição do poder do Estado buscando conter o poder através do próprio poder, conforme os ensinamentos do Barão de Montesquieu expressos no *Espírito das Leis*.⁸

2.1. Os Critérios de Distinção das Funções do Estado.

Vejamos agora os critérios apresentados para se diferenciar as funções do Estado⁹:

- Critério orgânico ou subjetivo;
- Critério objetivo material ou substancial;
- Critério objetivo formal.

O **critério orgânico ou subjetivo** classifica a função de acordo com o órgão que a produz, sendo então jurisdicional qualquer ato praticado pelo judiciário e seus agentes, por exemplo. A grande crítica que se faz a esse critério é que os poderes exercem primordialmente suas funções típicas, contudo também possuem competência para praticar atos referentes às outras funções estatais.

⁷ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 108.

⁸ MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. São Paulo. Editora Saraiva. 2002.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 32/36.

O **critério objetivo material ou substancial** busca reconhecer a função por elementos intrínsecos a ela. Os adeptos desse critério defendem que a função legislativa se caracteriza pela edição de atos gerais e abstratos, que a função administrativa é uma atuação prática e concreta para a realização do interesse público e, por fim, a função jurisdicional consistiria na solução de controvérsias jurídicas. Contudo, tal critério não deve ser adotado, pois em Direito uma coisa é o que o próprio Direito lhe determinou, ou seja, o regime jurídico é o que define alguma coisa e não se podendo entender um objeto, seja ele um ato ou um instituto, somente por seus elementos internos.

O **critério objetivo formal** é aquele que classifica as funções administrativas conforme as características de Direito por elas apresentadas. Por este critério a função legislativa seria caracterizada essencialmente a de editar comandos gerais e abstratos capazes de inovar inicialmente a ordem jurídica, com fundamento exclusivo na Constituição da República, a função jurisdicional seria a de resolver controvérsias jurídicas em definitivo.

Seguindo essa linha de raciocínio Celso Antonio Bandeira de Mello dá a seguinte definição de função administrativa:

“Função administrativa é a função que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce⁹ na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser *desempenhada mediante comportamentos infralegais* ou, excepcionalmente, *infraconstitucionais*, *submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário*¹⁰

A partir do critério objetivo formal se verifica que muito embora os poderes sejam caracterizados por suas funções típicas, não há qualquer embargo de que o judiciário exerça a função administrativa em determinadas situações, também o executivo e o legislativo praticam funções que não lhes são típicas.

¹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 36. (Destacamos).

2.2. A Função Política ou de Governo.

Contudo, existem alguns atos que por sua peculiaridade não se enquadram em nenhuma das três funções do Estado, aos quais se convencionou denominar de atos políticos ou de governo¹¹, são eles:

- A iniciativa de leis pelo Chefe do Executivo;
- O veto;
- A sanção;
- A dissolução dos parlamentos nos regimes parlamentaristas e a convocação de eleições gerais;
- A destituição de altas autoridades por crimes de responsabilidades (*impeachment*) no presidencialismo;
- Declaração de Guerra, dos estados de Sítio, de Defesa;
- Decretação de calamidade pública.

Tais atos não se enquadram em qualquer das funções, pois não inovam o ordenamento jurídico, não dirimem qualquer controvérsia jurídica em definitivo e também não são atos editados internamente sob um regime hierárquico.

Na verdade tais atos se encontram em uma pauta superior do Estado e estabelecem condutas *políticas*. Embora, sejam classificados como atos políticos ou de governo suas conseqüências são passíveis de controle jurisdicional.

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 36.

3. PRINCÍPIOS QUE REGEM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SENSÍVEIS AO TEMA.

Uma vez caracterizada cada uma das funções estatais é importante discorrer acerca dos princípios que regem a Administração Pública, pois quando se trata do tema de controle do ato administrativo discricionário é inevitável que se coloque em pauta e, além disso, em choque princípios basilares do Estado Democrático de Direito, em especial o princípio da Separação dos Poderes, Art. 2º, *caput*, o princípio da Legalidade, Art. 5º, II, e o princípio da Unidade da Jurisdição, Art. 5º, XXXV, todos da Constituição Federal.

Obviamente que todos os direitos fundamentais devem ser levados em consideração quando se está tratando da atuação da Administração Pública, pois o Estado como um todo tem por finalidade última a defesa e a promoção constante dos direitos fundamentais.

A importância dos direitos fundamentais é tão grande que Paulo Bonavides acredita em um alcance universal, considerando-os direitos inerentes à própria humanidade de cada um¹².

As funções desses princípios basilares do Estado Democrático de Direito são didaticamente expostas por Canotilho que vislumbra duas funções básicas dos direitos fundamentais. A primeira seria no plano de defesa dos cidadãos em face do Estado, que é proibido de ferir determinados direitos essenciais ao ser humano, possibilitando as pessoas o pleno gozo de tais direitos sem a coerção estatal. A outra função dos direitos fundamentais é a de natureza participativa, garantindo a todos os membros da sociedade o direito a prestações estatais fundamentais, tal como o direito a educação, saúde, o direito de participação democrática etc.¹³

Os princípios que abaixo serão arrolados são meramente exemplificativos, pois todo direito fundamental deve ser considerado no momento em que se faz o controle da Administração Pública.

¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 1996. pg 527.

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª Edição. Livraria Almedina. Coimbra, Portugal. 1989. pgs. 448-449.

3.1. Princípio Republicano.

O princípio Republicano, previsto no Art. 1º, *caput*, da Constituição, deve ser entendido não apenas como forma de governo contrária à monarquia, mas sim como um princípio que garante a eletividade para os cargos políticos do Executivo e do Legislativo, bem como a transitoriedade das autoridades que para eles foram eleitas.

A finalidade do princípio Republicano é a garantia de que os Poderes Executivo e Legislativo tenham seus dirigentes escolhidos através de eleições populares, dando a devida legitimidade ao exercício do poder estatal¹⁴.

3.2. Princípio da Separação dos Poderes.

Muito embora não se possa afirmar que o princípio da Separação dos Poderes decorra do princípio Republicano é certo que entre ambos há uma complementaridade ímpar, pois enquanto este garante a legitimidade dos detentores do poder aquele separa as funções estatais para evitar o uso abusivo do poder.

A separação dos poderes consiste em confiar cada uma das funções estatais (executiva, legislativa e jurisdicional) a órgãos diferentes ditos Poderes, essa divisão se fundamenta na especialização funcional e na independência orgânica que exclui a subordinação entre os poderes e permite o controle do poder pelo próprio poder.

O princípio da divisão dos poderes é expressamente adotado pelo art. 2º, *caput*, da Constituição Federal e deve manter o sistema de freios e contrapesos idealizado por Montesquieu lubrificado e funcionando.

As intervenções de um poder na esfera de competência de outro são excepcionais e só podem estar arroladas na Carta Magna, devendo ser fulminado qualquer ato atentatório dessa independência, a Súmula 649 do STF exemplifica esse raciocínio: “*É inconstitucional a criação, por Constituição estadual, de órgão de controle administrativo do Poder Judiciário do qual participem representantes de outros poderes ou entidades*”.

¹⁴ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 103.

3.3. Princípio da Legalidade.

Enquanto os princípios Republicano e da Separação dos Poderes buscam orientar respectivamente a legitimidade do exercício e a divisão do poder do Estado, o princípio da Legalidade tem por escopo definir a forma da atuação administrativa estatal.

Foi esse o princípio que possibilitou o surgimento do Direito Administrativo como matéria autônoma, uma vez que trata do limite de atuação da Administração Pública e seus governantes.

A definição geral do princípio da Legalidade seria o de que todos podem fazer aquilo que a lei não proíbe, conforme art. 5º, II, da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:(...)

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;(...)

Entretanto, o princípio da Legalidade no ramo administrativo é mais específico e restrito, reduzindo ainda mais a atuação do governante. Para o Direito Administrativo o agente público só pode fazer o que a lei permite.

Vejamos a definição dada pela Professora Di Pietro:

“Segundo o princípio da legalidade, a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite. No âmbito das relações entre particulares, o princípio aplicável é o da **autonomia da vontade**, que lhes permite fazer tudo o que a lei não proíbe”¹⁵.

Em decorrência deste princípio não pode a Administração Pública, por mero ato administrativo, conceder direitos, criar obrigações, pois é vedado à administração inovar a ordem jurídica (função legislativa) para tanto é necessário a edição de lei. Um exemplo da restrição que o princípio da legalidade atribui a Administração Pública é o

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 58. (Destacamos).

da Súmula 686 do STF: "*Só por lei se pode sujeitar a exame psicotécnico a habilitação de candidato a cargo público*".

O princípio da Legalidade tem por escopo garantir que a população dite os rumos do país por meio de seus representantes legitimamente eleitos para o parlamento, restando aos administradores públicos serem fiéis subservientes da lei que representa a vontade política dos representantes da população¹⁶.

Em caso de violação a tal princípio a Constituição Federal é prolixa em recursos cabíveis, tais como a Ação Popular, o *Habeas Corpus*, o *Habeas Data*, o Mandado de Segurança e o Mandado de Injunção além do controle do Legislativo, com ajuda dos Tribunais de Contas.

Esses três primeiros princípios abordados provavelmente são a espinha dorsal do problema do controle judicial dos atos administrativos discricionários, mas ainda é preciso explicar sobre mais alguns princípios essenciais para o melhor entendimento da discussão.

3.4. Princípio da Impessoalidade.

Tal princípio pode ser interpretado sob dois pontos de vista distintos, pode-se entender que esse é o princípio que veda aos servidores públicos *lato sensu* a prática de atos visem interesses particulares quando na gestão da coisa pública. A finalidade da administração deve ser sempre o interesse público.

A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro mostra um dos entendimentos do princípio da impessoalidade:

“... 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 seu comportamento...**”¹⁷

¹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª edição. Editora Saraiva, São Paulo/SP. 2008. pg. 106.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 62. (Destacamos).

Como lembra a professora Di Pietro, a Constituição Federal deixa clara, em diversas passagens, a importância do princípio da impessoalidade no sistema jurídico pátrio. Vejamos, por exemplo, seu art. 100, *in verbis*:

Art. 100. à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, **proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.**

Neste artigo o legislador constituinte vedou expressamente qualquer tipo de benefício pessoal no pagamento de precatório, evitando assim que o governante utilizasse o erário para pagamento antecipado a determinadas pessoas. O pagamento de precatório será feito, portanto, respeitando-se estritamente a ordem cronológica de sua apresentação e ao princípio da impessoalidade.

O saudoso professor Hely Lopes Meirelles usa definição parecida para o princípio da finalidade. Vejamos o esclarecimento do renomado jurista quanto ao tema:

“O que o *princípio da finalidade* veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de *desvio de finalidade*. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de *abuso de poder*...”¹⁸

É importante ressaltar que autores consagrados como José Afonso da Silva defendem outra posição quanto ao princípio da impessoalidade, que seria sucintamente falando o princípio que diz que o ato é sempre praticado pela Administração Pública e não o agente público pessoalmente, como bem pontuado pela Professora Di Pietro a Constituição Federal em seu art. 37, § 1º, proíbe que conste nome, símbolo ou imagem que caracterize promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos. Para esses autores o princípio como supra definido é o da finalidade.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 1999. pg 86.

A própria Responsabilidade Objetiva da Administração Pública pelos atos de seus prepostos, Art. 37, §6º, da Constituição da República, corroboram com este entendimento.

3.5. Princípio Moralidade.

A preocupação do constituinte ao expor expressamente o princípio da moralidade no texto constitucional foi para deixar claro que nem sempre se ater à legalidade é o suficiente pra que se possa atingir uma administração satisfatória da coisa pública. Além do requisito da legalidade na administração pública também é imprescindível que se observe à moralidade administrativa na condução do interesse coletivo.

O sempre atento e emérito jurista Hely Lopes Meirelles já observara que: “A moralidade administrativa constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (CF, art. 37, caput)”.¹⁹

Falar no princípio da moralidade administrativa significa dizer que o agente público além de ser obrigado a observar os ditames legais deve também agir de boa fé nas suas atribuições para respeitar a justiça material do caso concreto, atuando da maneira mais idônea possível.

O eminente professor Celso Antônio Bandeira de Mello, tratou da seguinte maneira do princípio da moralidade administrativa:

“De acordo com ele, **a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade dos princípios éticos. Violá-los implicará violação ao próprio Direito, configurando *ilicitude* que assujeita a conduta viciada a invalidação**, porquanto tal princípio assumiu foros de *pauta jurídica*, na conformidade do art. 37 da Constituição. Compreendem-se em seu âmbito, como é evidente, os chamados princípios da *lealdade* e *boa-fé*, **a Administração haverá de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhanza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento austucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos**.”²⁰

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 1999. pg 83.

²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Melheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 115. (Destacamos)

Dizer que os agentes públicos não podem se valer de artifícios maliciosos que possam vir a confundir, dificultar ou restringir a possibilidade dos administrados de gozarem de direitos é dispositivo fundamental na moralidade do país.

A Administração Pública seja ela na forma direta ou indireta, tem sua razão de ser na prestação de serviços à coletividade e deve, portanto, tratar todos os administrados da maneira mais proba, leal e eficaz possível.

Vejamos o posicionamento da Corte Suprema sobre o princípio da moralidade:

"O princípio da moralidade administrativa — enquanto valor constitucional revestido de caráter ético-jurídico — condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. **A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa.** Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado.²¹"

Como não poderia deixar de ser o Supremo Tribunal Federal também entende que o administrador público deve necessariamente observar conceitos ético-jurídicos na sua atuação, tendo boa-fé em todos os seus atos, respeitando, portanto, o princípio da moralidade administrativa.

3.6. Princípio da Publicidade.

O princípio da publicidade exige da administração pública ampla publicidade de seus atos, tal princípio decorre do fato de que os gestores da coisa pública devem, necessariamente, satisfações à coletividade sobre os seus atos, tendo em vista que são responsáveis pelo bem público²².

Nem seria razoável que fosse de outra forma. Uma vez que todo o agente público trabalha para a coletividade deve tornar público todo ato praticado em nome da Administração Pública, como uma regra de transparência e de prestação de contas perante a população. Salvo os atos protegidos legalmente pelo sigilo ou quando o interesse público exigir que se mantenha o ato em segredo.

²¹ STF. ADI nº 2.661, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 23/08/02. (Destacamos)

²² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 670.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o princípio da publicidade da seguinte forma:

“Consagra-se nisto o dever administrativo de manter plena transparência em seus comportamentos. Não pode haver em um Estado Democrático de Direito, no qual o poder reside no povo (art. 1º, parágrafo único, da Constituição), ocultamento aos administrados dos assuntos que a todos interessam, e muito menos em relação aos sujeitos individualmente afetados por alguma medida.”²³

A renomada professora da USP, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, trata do tema da seguinte maneira: “O princípio da publicidade, que vem agora inserido no artigo 37 da Constituição, exige a ampla divulgação dos atos praticados pela Administração Pública, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei”.²⁴

Quando se fala em sigilo legalmente previsto se está tratando da exceção à regra da publicidade dos atos da Administração Pública, a própria Constituição Federal alberga algumas dessas situações, como é o caso do art. 5º, LX, *in verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;(...)

Como se pode verificar, só está autorizado o agente público a se eximir de dar publicidade a um ato praticado nos seus deveres institucionais quando a lei ou o interesse social exigirem o silêncio, caso contrário todo o ato administrativo deve ser exposto à publicidade, evitando-se assim abusos e arbitrariedades dos agentes públicos.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 110. (Destacamos).

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 66.

3.7. Princípio da Eficiência.

O princípio da eficiência foi inserido no art. 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 19 de 1998 e pode ser visto sob 2 primas.

O primeiro enfoque é o da macro-organização estatal, que deve ser cada vez mais adequada ao atendimento das necessidades da população em geral.

O segundo ponto de vista é o reflexo que tal princípio tem em face dos agentes públicos em geral, exigindo que eles atuem de maneira eficaz em prol do bem público sendo necessário, então, o desligamento dos servidores ineficientes ou desidiosos.

Hely Lopes Meirelles trata o princípio da eficiência como dever da Administração Pública que impõe ao agente público o dever de realizar todas as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional.

A Administração Pública deve, portanto, apresentar resultados concretos à população. Obviamente que o sucesso administrativo público está balizado em outros preceitos em relação à administração privada, a administração pública deve cumprir seu papel social de provedor, organizador e fomentador social²⁵.

3.8. Princípio da Motivação.

Outro princípio fundamental para a transparência e para o controle administrativo é o princípio da motivação pelo qual todo ato administrativo deve ser motivado.

Essa exigência vem como uma forma de fazer com que o administrador de satisfações de suas atitudes e propicia uma forma de controle, pois o cidadão que discordar dos motivos apresentados pode levar a conhecimento do superior imediato do administrador, através do direito de petição ou pode levar a juízo seu questionamento.

Em suma o princípio da motivação exige que a Administração indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões e qualquer descompasso entre essas razões viciara o ato administrativo.²⁶

²⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 672.

²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 73.

Tal exigência tem sua importância ressaltada nos atos administrativos discricionários obrigando ao administrador a fundamentar a decisão tomada, pois uma vez que o administrador tem espaço discricionário para escolher, deve optar de forma lógica com intuito a promover a finalidade pública e para não dar margem à arbitrariedades é que se exige explicações acerca do caminho tomado, promovendo-se assim os princípios da publicidade, moralidade e finalidade e também possibilitando o controle.

4. DOS MECANISMOS DE APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E REGRAS ATRAVÉS DOS POSTULADOS.

Outro ponto crucial na discussão da intervenção do judiciário na prática de atos discricionários está na compreensão dos postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade.

Este tópico específico da monografia foi profundamente influenciado pela primorosa obra de Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*.²⁷

Antes de qualquer coisa, é preciso esclarecer o que se entende por postulado tendo em vista que esta não é uma categoria de norma jurídica tradicionalmente adotada pela doutrina.

Os postulados são normas de segundo grau e estabelecem a estrutura de aplicação de outras normas (princípios e regras), permitindo a verificação dos casos em que há violação das normas cuja aplicabilidade estruturam²⁸, em outras palavras, os postulados têm por escopo garantir a adequada aplicação das normas de primeiro grau (princípios e regras).

Os postulados formam uma categoria distinta de normas porque não promovem um valor juridicamente relevante como os princípios, nem descrevem um comportamento obrigatório, permissivo ou proibitivo como as regras. São deveres de aplicação adequada dos princípios e regras, não estão voltados no dever de promover um estado de coisas, mas sim no modo de como esse dever tem de ser aplicado.

Ainda é importante esclarecer que os postulados são dirigidos aos aplicadores do Direito, enquanto que as normas de primeiro grau se dirigem aos sujeitos da relação jurídica.

²⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006.

²⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 122.

Em suma, os postulados partem de ponderações lógicas e de experiência para estabelecer os critérios de aplicação dos princípios e das regras²⁹, deles se distinguindo porque não regulam as relações sociais diretamente, limitam-se a determinar a maneira de como os princípios e as regras devem ser aplicados.

Humberto Ávila indica a existência de seis diferentes postulados: da ponderação, da concordância prática, da proibição do excesso, da igualdade, da razoabilidade e da proporcionalidade.

Embora todos eles sejam importantes na aplicação das normas, no que tange aos atos discricionários é de suma importância a análise dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual eles serão abordados nos tópicos seguintes.

4.1. Postulado da Razoabilidade.

Como todo postulado o da razoabilidade tem por finalidade garantir que as regras e os princípios estão sendo aplicados adequadamente nos casos concretos ou na redação normativa legal.

O dever de razoabilidade está atrelado a uma situação pessoal do sujeito envolvido na aplicação da medida que se quer controlar³⁰.

Apesar da palavra razoabilidade ter múltiplos significados três acepções distintas se destacam. Na primeira a razoabilidade é usada como diretriz entre a norma geral e a aplicação da norma individual, mostrando como a norma deve ser aplicada *in concreto* ou ainda motivando a não aplicação da norma abstrata ao caso.

Sob um segundo aspecto a razoabilidade exige a congruência entre a norma geral e o mundo fático que ela regula estabelecendo uma medida adequada ao fim que a norma pretende produzir.

Por fim a razoabilidade é utilizada como razão de equivalência entre duas grandezas distintas.³¹

²⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 125.

³⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS. 2001. pg. 187.

³¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 139.

4.1.1. Razoabilidade como Congruência.

Sob esse aspecto a razoabilidade exige a harmonização das normas com suas condições externas de aplicação. A norma prescinde de um suporte fático que legitime sua existência³².

Não pode a Administração Pública conceder a todos os servidores de determinada repartição ou órgão gratificação por exercício de cargo de chefia, pois só terá direito a tal gratificação àquele que efetivamente exercer o cargo de chefia, a concessão aos demais carece de base empírica, pois é evidente que em um órgão um ou poucos serão os chefes e os demais os subordinados e só aqueles teriam direito a receber a gratificação por exercício de cargo de chefia.

Nesses casos o legislador ou o administrador elege uma causa inexistente ou insuficiente para a atuação estatal e ao fazê-lo viola o dever de congruência e de fundamentação na natureza das coisas.

Esse dever de congruência também é relevante quando a norma foi concebida em um contexto que se alterou com o tempo, fazendo com que a norma deixe de ser aplicada devido a carência de finalidade da sua aplicação.

Portanto, sob o critério da congruência o postulado da razoabilidade exige há existência de um suporte empírico que de causa a norma e também uma correlação entre o critério de distinção utilizado pela norma e a medida por ela adotada.

4.1.2. Razoabilidade como Eqüidade.

Não basta que a norma tenha uma congruência interna e sua aplicação seja fundada em suporte empírico evidente, também é preciso saber se este suporte empírico que fundamenta a norma igualmente legitima sua aplicabilidade aos casos concretos.

A razoabilidade aparece aqui como forma de harmonização da norma geral com o caso concreto, impondo à aplicação das normas jurídicas considerando o ordinário³³.

³² ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 142/143.

Na interpretação das normas legais se deve presumir o que normalmente acontece e não o extraordinário. Portanto, não seria razoável que a Administração Pública exigisse a identificação datiloscópica de todos os segurados do INSS, no momento do pedido do benefício previdenciário, com o escopo de permitir posterior identificação de possíveis fraudadores da previdência, a presunção é de que as pessoas agem de boa fé.

A razoabilidade é então entendida como instrumento para determinar que as circunstâncias de fato devem ser consideradas com a presunção de estarem dentro da normalidade.

O fundamento fático – necessidade de repressão criminal – não é de aplicação razoável porque a prática criminosa é de uma contingência muito pequena ao se considerar o total dos segurados do INSS.

Ainda é preciso desenvolver um segundo aspecto da razoabilidade como equidade. Partindo do princípio que as normas jurídicas devem ser aplicadas pressupondo a normalidade, em casos de exceção, em virtude de suas peculiaridades, a norma geral pode não ser aplicada.

Apenas ilustrativamente tomemos como exemplo que determinado órgão público só permite que os documentos constantes em seus cadastros sejam retirados pelo próprio titular, sendo vedada em qualquer caso a representação garantindo assim o sigilo dos dados. Contudo, quando o titular dos documentos arquivados no órgão se encontra enfermo e não pode retirá-los pessoalmente deve a regra ser excepcionada, pois o acesso a informação suplanta o interesse de que as informações não sejam expostas a terceiros.

Quando a própria razão motivadora da regra ou quando há um princípio que institua uma razão contrária a regra não deve ser aplicada, mesmo que suas condições de aplicabilidade sejam satisfeitas.

Conclui-se que a incidência da norma é condição necessária, mas não suficiente para sua aplicação. Para ser aplicável ao caso concreto não basta que a

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 139.

norma tenha suas condições satisfeitas, é essencial também que a o caso concreto se adeque à generalização da norma geral.

4.1.3. Razoabilidade como Equivalência.

Ainda sob um terceiro aspecto é importante salientar que não basta que haja suporte fático fundamentando a norma e que a medida tomada tenha congruência com aquele, também é necessário que a medida tomada pela Administração seja equivalente à exigida pelos fatos³⁴.

Os custos operacionais de determinado serviço público individual podem ser cobrados do cidadão através de taxa, entretanto, o valor desta deve ser apenas o suficiente, se excessivo for a cobrança de tal taxa não será razoável, pois não é equivalente ao serviço público prestado.

Entretanto muitos são os autores que não distinguem a razoabilidade da proporcionalidade entendendo que um ato desproporcional implica necessariamente em não se considera-lo razoável. Entretanto, mais importante que a denominação o essencial é que se observe quais são as medidas a serem tomadas quando da aplicação da norma, após a análise do postulado da proporcionalidade será o momento oportuno para se pontuar a distinção entre ambos.

4.2. Postulado da Proporcionalidade.

Muito embora o termo proporcionalidade tenha múltiplos significados o postulado da proporcionalidade será usado como estruturador da aplicação de princípios que concretamente entram em colisão³⁵ em torno de uma relação de causalidade de um meio e um fim, ou seja, a proporcionalidade é o postulado que busca comparar os princípios que se chocam na aplicação de determinada regra fundamentando sua aplicabilidade ou a afastando³⁶.

³⁴ ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 145.

³⁵ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS. 2001. 192.

³⁶ ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 150.

A análise da proporcionalidade é plausível sempre que se houver uma medida concreta destinada a realizar uma finalidade, observando-se primeiramente se a medida é capaz de realizar a finalidade (adequação), após se verifica se existem outras medidas possíveis menos restritivas aos direitos envolvidos e que igualmente atinjam a finalidade desejada (necessidade), por fim é essencial analisar se a finalidade pública que se busca é tão valorosa a ponto de justificar a restrição aos demais direitos envolvidos (proporcionalidade em sentido estrito). Se não houver uma relação entre meios e fins devidamente estruturada o exame de proporcionalidade será inócuo devido à falta de pontos de referência.

Quando se faz a referência de que os meios devem ser adequados a atingir determinado fim, essas finalidades podem ser tanto internas, quando estabelecem um resultado a ser alcançado que reside na própria pessoa ou situação objeto de comparação e diferenciação, ou externas quando buscam atingir um fim social ou econômico.

A correta aplicação do postulado da proporcionalidade depende da análise de três elementos: adequação; necessidade; e proporcionalidade em sentido estrito.

4.2.1. Exame da Adequação.

O meio adotado deve necessariamente levar a realização do fim pretendido. Exige-se do administrador o uso de um meio eficaz para atingir, ainda que gradualmente, o fim desejado³⁷.

A análise da adequação é vista por três critérios distintos: quantitativo, qualitativo e probabilístico. Em termos quantitativos será adequado o meio que mais promover o fim desejado, em relação qualitativo se buscará o meio que melhor promover o fim e no aspecto probabilístico se analisara qual o meio tem maior chance de atingir de maneira adequada à finalidade.

Caso se comprove a inadequação do meio escolhido ou se demonstre que outro meio seja amplamente mais favorável é possível a invalidação da opção feita pelo legislador ou administrador.

³⁷ AVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 152/153.

4.2.2. Exame da Necessidade.

Quanto à necessidade do meio escolhido é preciso verificar a existência de outros meios igualmente eficazes e que importem em uma menor restrição aos direitos fundamentais afetados³⁸.

Preliminarmente se analisa se os meios atingem a finalidade com a mesma eficácia e posteriormente se observa dentre os meios que atingem satisfatoriamente a finalidade qual deles é o que menos restringe os direitos fundamentais.

Portanto, o exame da necessidade é complexo e envolve a comparação do grau de restrição dos direitos fundamentais envolvidos e o grau da promoção da finalidade pretendida.

4.2.3. Exame da Proporcionalidade em Sentido Estrito.

Exige a comparação entre a importância do fim realizado e a restrição imposta aos direitos fundamentais. Trata-se novamente de análise complexa que envolve os benefícios que se pretende atingir com o fim que deve ser promovido e as restrições que implicam sua aplicação a cada caso concreto³⁹.

Em suma o postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais.

4.3. Distinção entre Razoabilidade e Proporcionalidade.

Enquanto que a proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se meio, promove-se o fim a razoabilidade promove a investigação do motivo que dá causa ao ato⁴⁰.

³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 158.

³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg. 160.

⁴⁰ STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS. 2001. 187.

No postulado da razoabilidade se exige a congruência entre o critério de distinção escolhido e a medida adotada, há uma relação entre uma qualidade e uma medida adotada.

Entretanto muitos autores não separam a proporcionalidade da razoabilidade, entendimento perfeitamente defensável e respeitável haja vista os claros pontos de intersecção que são vistos entre a razoabilidade como equivalência e a proporcionalidade em sentido estrito.

O essencial de ser apreendido até então é que as normas jurídicas e os atos administrativos devem ter motivos congruentes, equilibrados e equivalentes, e os meios empregados na sua aplicação que devem ser adequados, necessários e proporcionais.

5. ATO ADMINISTRATIVO.

Após serem expressos os princípios jurídicos fundamentais informadores de todo ordenamento jurídico administrativo e de especial relevância ao tema do controle dos atos discricionários, bem como seus mecanismos de aplicação, passamos agora a discorrer sobre o ato administrativo, desde sua definição, passando pela composição até por fim chegarmos aos seus efeitos.

Tal digressão é importante para sabermos onde se encontra albergada a discricionariedade e qual a importância de seu controle, tendo em conta os efeitos que um ato administrativo pode potencialmente produzir.

Segundo a classificação adotada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro e partindo da idéia da divisão entre os poderes todo ato praticado no exercício da função administrativa é Ato da Administração, expressão que como se verá é mais ampla que a de Ato Administrativo propriamente dito⁴¹.

Dentre os atos da Administração, incluem-se:

- **Atos de direito privado** – doação, permuta, compra e venda, locação etc;
- **Atos materiais** – que não contêm manifestação da vontade, envolvendo apenas execução, como a demolição de uma casa, a apreensão de uma mercadoria etc;
- **Atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor** – também não expressão uma vontade e não produzem efeitos jurídicos, é o caso de atestados, certidões, pareceres etc;
- **Atos políticos** – sujeitos ao regime jurídico-constitucional;
- Contratos;
- Atos normativos da Administração – decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
- **Atos administrativos propriamente ditos.**

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 175/176.

5.1. Definição de Ato Administrativo.

Celso Antônio Bandeira de Mello define ato administrativo como uma espécie de ato jurídico em que há declaração do Estado, ou de quem o esteja representando, no exercício de suas prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional⁴².

Em uma linha muito próxima é o entendimento sobre a definição de Ato Administrativo da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Vejamos:

(...) pode se definir o ato administrativo como a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.⁴³

Marçal Justen Filho tem um entendimento apenas um pouco distinto dos apresentados anteriormente. Para o autor: “*Ato administrativo é uma manifestação de vontade funcional apta a gerar efeitos jurídicos, produzida no exercício de função administrativa*”.⁴⁴

Da análise das definições acima arroladas se tem que ato administrativo é aquele que manifesta uma vontade da administração pública e está apto a produzir efeitos, uma vez que deve ser elaborado com o respeito ao regime jurídico administrativo.

Portanto o ato administrativo deve ter por definição uma finalidade pública e só poderá ter efeitos jurídicos quando produzido necessariamente conforme previsão legal. A partir desta constatação é que se observará a legitimidade do controle judicial do ato.

⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 368.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 181. (Destacamos).

⁴⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª edição. Editora Saraiva, São Paulo/SP. 2008. pg. 261.

5.2. Elementos.

Sem ingressar na polêmica doutrinária acerca de se tratar de elementos ou requisitos do ato administrativo, adota-se aqui o entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que indica elementos básicos para se configurar o ato administrativo⁴⁵, são eles:

- Agente Competente;
- Finalidade Pública;
- Forma;
- Objeto;
- Motivo.

Para se compreender o ato administrativo é essencial compreender cada um destes elementos do ato, portanto passamos agora a tratar de cada um em separado.

5.2.1. Agente Competente.

O sujeito para praticar um ato administrativo deve ser capaz e competente. A competência vem do poder estatal cedido ao servidor para que este possa desempenhar seus deveres funcionais. Por exemplo, o agente competente para demitir um servidor é a autoridade superior do mesmo, a inobservância da competência do agente para prática do ato administrativo tem como consequência a anulação do ato, com efeitos *ex tunc*, a própria administração pública pode anular seu ato administrativo além do judiciário.

A competência é irrenunciável, mas pode ser delegada ou avocada, desde que não se trate de competência exclusiva, pois, neste caso só o próprio agente que detém a competência pode praticar o ato.

A delegação de competência ocorre quando o superior delega a um subordinado uma competência originalmente sua.

Na avocação de competência o superior toma para si a competência de seu subordinado.

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 187.

Como as atribuições do agente e sua competência funcional estão sempre ligadas ao cargo ocupado cuja criação e definição se dá por lei⁴⁶, este é um requisito vinculado, pois a determinação das competências dos agentes se dá por disposição legal.

5.2.2. Finalidade.

Tal requisito trata do resultado esperado pela Administração Pública com a prática do ato administrativo. No sentido amplo a finalidade é sempre o interesse público, já no sentido estrito é o legislador que pré-determina o resultado da prática dos atos administrativos, portanto, o requisito da finalidade também é vinculado à lei⁴⁷.

Todos os atos administrativos devem necessariamente ter por finalidade o interesse público, caso contrário o ato será ilegal por desvio de finalidade, devendo ser anulado pela administração pública ou pelo judiciário.

Por exemplo, o instituto da remoção *ex officio* de servidor no interesse da administração só pode ser usado com essa finalidade, que é a de melhor atender os interesses da Administração Pública. Caso esse instituto seja usado como uma forma de punição ao servidor o ato que o removeu estará viciado por desvio de finalidade.

É importante que se distinga o objeto, o motivo e a finalidade do ato administrativo.

Enquanto o objeto é o efeito jurídico imediato que produz (aquisição, transformação ou extinção de direitos) a finalidade é o objeto mediato.

Usando o exemplo da remoção *ex officio* o objeto do ato seria a mudança do servidor, já a finalidade do ato satisfação da demanda de serviço que vai ser suprida com a chegada do servidor.

A finalidade se distingue do motivo, porque este antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração Pública a praticar o ato. Já a finalidade sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com sua edição.

⁴⁶ LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 1981. pg 23.

⁴⁷ LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 1981. pg 32.

Ainda no exemplo da remoção ex officio o motivo seria a demanda pelos serviços prestados pela Administração e a finalidade é a satisfação dessa demanda com a inclusão de um servidor que deve supri-la.

5.2.3. Forma.

Corresponde a formalidade exigida em lei para a realização do ato administrativo, nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello é o *revestimento exterior do ato*⁴⁸, sem o qual não pode haver ato.

É quando se expõem os motivos fáticos que levaram o agente a editar o ato, muitos autores acreditam que todo ato administrativo deve ser motivado. A exposição de motivos não se confunde com o motivo do ato, porque este é anterior ao ato, e a exposição de motivos é meramente a enumeração das causas que deram ensejo ao ato administrativo.

No Direito Administrativo a formalidade tem uma relevância muito maior do que no Direito Privado, pois o procedimento constitui uma garantia jurídica para o administrado e para a própria administração, uma vez que o controle do ato administrativo se dá pelo aspecto formal do mesmo.

Só se pode demitir um servidor público mediante apuração da falta por processo administrativo disciplinar, caso este esteja ausente ou viciado a demissão é nula.

A regra formal do Direito Administrativo é a edição de atos na forma escrita, para possibilitar o controle, entretanto outras podem ser as formas de manifestação de um ato administrativo, oral, por gestos etc.

5.2.4. Objeto.

Objeto ou conteúdo é o efeito jurídico imediato decorrente do ato administrativo⁴⁹. Alguns autores diferem objeto de conteúdo sendo o primeiro a coisa sobre a qual recai o ato e o segundo os efeitos do ato, então na demissão o objeto seria

⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 377.

⁴⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 191.

a relação funcional entre servidor e administração e o conteúdo seria a demissão propriamente dita.

O objeto como efeito jurídico imediato do ato administrativo pode estar vinculado à lei ou pode estar a critério da discricionariedade da administração pública. Na demissão os efeitos jurídicos estão previstos legalmente, agora já no ato administrativo que regulamenta uma nova estrutura funcional em uma repartição pública os efeitos não estão previstos legalmente e o ato foi editado pelo senso de oportunidade e conveniência da administração pública, discricionariedade administrativa.

O objeto precisa ser lícito, possível, determinado e moral, tal como no direito privado.

5.2.5. Motivo.

Nas palavras da professora DI PIETRO *motivo é o pressuposto de fato e de direito que serve de fundamento ao ato administrativo*⁵⁰.

O pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato, uma vez que a administração pública está vinculada à lei (princípio da legalidade administrativa).

O pressuposto de fato são as circunstâncias que levam a administração a praticar o ato.

Na demissão de um servidor o motivo é a infração disciplinar do servidor, ou seja, o motivo é o porquê da prática do ato administrativo.

O motivo do ato administrativo pode ser um requisito vinculado a lei, como no caso da demissão que o motivo é previamente previsto, qual seja a infração administrativa, ou pode estar a cargo da discricionariedade administrativa que é o que ocorre quando a administração pública se reorganiza para atender melhor os administrados, a necessidade de mudança (motivo) fica a cargo do administrador e não pode ser previamente prevista em lei.

⁵⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 195.

5.3. Da Extinção dos Atos Administrativos.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello o ato administrativo pode ser extinto de três formas⁵¹:

- I – cumprimento de seus efeitos;
- II – desaparecimento do sujeito ou do objeto;
- III – retirada, sendo que esta forma está subdividida em:
 - a) Revogação – nesse caso a retirada do ato administrativo se dá a critério de oportunidade e conveniência da administração;
 - b) Invalidação ou anulação – que se dá por razões de ilegalidade;
 - c) Cassação – se dá porque o destinatário deixou de satisfazer as condições necessárias para que fosse atingido pelo ato, cassação de aposentadoria por invalidez é um exemplo;
 - d) Caducidade – existe uma lei nova que não mais permite a prática de determinado ato administrativo, é cassada a permissão para exploração pelo parque de diversões em uma área que foi considerada inadequada para tal fim;
 - e) Renúncia – o beneficiário do ato abre mão dos seus efeitos;
 - f) Contraposição – o agente que extingue o ato não teve a competência originária da criação do ato, entretanto tem efeitos contrapostos, é o caso da exoneração de um servidor, que tem efeitos contrapostos ao da nomeação.

5.3.1. Revogação do Ato Administrativo.

Determinado ato administrativo é revogado quando, no entender do administrador público, não atende mais o interesse público é baseado no critério de oportunidade e conveniência da administração pública⁵².

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 423.

⁵² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 428.

Como é um mérito puramente administrativo, somente a própria administração pública pode controlar ato administrativo através da revogação. Os efeitos são *ex-nunc*.

5.3.2. Da Invalidação ou Anulação do Ato Administrativo.

A anulação ou invalidação é o desfazimento do ato administrativo devido a algum vício de legalidade⁵³.

Como a violação ao princípio da legalidade atinge as origens do ato administrativo os efeitos da anulação retroagem a data da emissão do ato (efeitos *extunc*).

Para saber se o ato tem vício de legalidade é preciso atentar para seus elementos: agente competente, finalidade pública, forma, objeto e motivo.

Quando se trata de anulação ou invalidação de ato administrativo são competentes para o anular, a própria administração pública, que sempre pode rever seus atos desde que respeite os direitos adquiridos, e o poder judiciário que conforme art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Há controvérsia na Doutrina quanto se é um dever ou uma faculdade da administração de rever seus atos ilegais.

Os que entendem como uma faculdade acreditam que é preciso sopesar o interesse público quanto aos efeitos que a invalidação do ato administrativo irá causar e os efeitos que a manutenção do ato causa. Já os que entendem por dever da administração anular seus atos se prendem ao princípio da legalidade.

Entendo que a melhor doutrina é se classificar como um dever da administração rever seus atos ilegais, que apenas pode ser abrandado quando a invalidação gerar lesão maior do que a manutenção do ato ilegal, ainda assim só sendo possível essa “convalidação” na hipótese do ato não se originar de dolo, não causar prejuízo a terceiro e nem ao Erário⁵⁴.

⁵³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 440.

⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 2000. pg. 219.

O prazo para se anular um ato administrativo é de cinco anos, contados a partir do aperfeiçoamento do ato ou ciência do fato pela autoridade responsável pelo seu controle.

5.3.3. Convalidação dos Atos Administrativos.

Celso Antônio Bandeira de Mello ainda diferencia os atos inválidos em atos nulos e anuláveis, considerando que aqueles seriam os atos irrecuperáveis e estes poderiam, a critério da administração pública, ser corrigidos ou aproveitados. Portanto, os atos anuláveis poderiam ser convalidados⁵⁵.

Conforme os ensinamentos da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro a *convalidação ou saneamento é o ato administrativo pelo qual é suprido o vício existente em um ato ilegal, com efeitos retroativos à data em que este foi praticado*⁵⁶.

Em relação aos elementos motivo e finalidade o ato administrativo nunca poderá ser convalidado, pois quando não estiverem presentes o motivo, que é a razão da expedição do ato, ou quando não houver a finalidade pública o ato praticado será nulo de pleno direito, sendo irrecuperável e não produzindo efeitos válidos no mundo jurídico.

Quanto à forma poderá ser convalidada quando ela não for essencial à validade do ato administrativo.

Quando o agente for incompetente para praticar o ato administrativo vinculado, cuja competência para prática não seja exclusiva de outrem, mas estiverem presentes todos os elementos que constituem o ato administrativo o agente competente para sua prática tem o dever de convalidar o ato administrativo por meio da Ratificação.

Ratificação – é uma espécie de convalidação que ocorre quando o agente competente ratifica o ato produzido por agente incompetente.

Contudo, caso se trate de ato discricionário o agente terá a faculdade de ratificar o ato, pois uma vez que era competência dele analisar a conveniência para a

⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 452.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 2006. pg. 228.

prática do ato, não pode ficar preso a decisão tomada pelo agente incompetente que praticou o ato inadvertidamente.

Sempre que se tratar de vício na competência do agente e se tratar de competência exclusiva o ato não poderá ser convalidado.

Finalmente no que tange ao objeto o ato não pode ser convalidado, mas sim convertido em outro para o qual possua todos os requisitos. Não se trata de convalidação porque não se está salvando um ato anulável, mas sim o transformando em outro ato.

Na conversão ocorre algum vício no objeto do ato que o impede de ser convalidado, pois não há convalidação de ato viciado em seu objeto, como aquele objeto não pode ser aproveitado naquele ato é possível que se converta o ato administrativo viciado em outro ato para o qual estejam presentes todos os requisitos. Vejamos:

Um exemplo é a concessão de uso feita sem licitação, quando a lei a exige, podendo o ato de concessão de uso ser convertido em permissão precária que não possui a mesma exigência (desde que atenda todos os demais requisitos desta) e com isso se imprime validade ao uso do bem público, já consentido.

5.4. Ato Administrativo Vinculado.

No ato administrativo vinculado a lei não deixa espaço para a decisão do administrador público, que deve agir conforme e estritamente a lei, ou seja, ato vinculado é aquele em que todos os requisitos estão previstos em lei.

Celso Antonio Bandeira de Mello define ato administrativo vinculado da seguinte maneira:

“Atos vinculados seriam aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedi-los, não interfere com apreciação subjetiva alguma”.⁵⁷

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006. pg 412.

A partir desta definição se deduz que o ato administrativo discricionário se distingue do vinculado justamente porque têm elementos formadores que passam pelo critério de oportunidade e conveniência do administrador, não estando diretamente vinculados à lei.

Portanto, observa-se que a separação de atos administrativos vinculados e discricionários vêm da análise dos elementos formadores do ato, podendo também se constatar que a divisão entre atos discricionários e vinculados não é terminologicamente correta porque na verdade o que é discricionário ou vinculado são os elementos que compõem o ato administrativo e não o ato em si⁵⁸.

5.4.1. Controle do Ato Administrativo Vinculado.

Como no ato administrativo vinculado todos os elementos estão previstos na lei tanto a Administração Pública de ofício ou o Poder Judiciário, desde que devidamente provocado a atuar podem anular (ou invalidar) os atos vinculados ilegais.

A anulação pode (e deve) ser feita pela Administração Pública com base em seu poder de auto-tutela, conforme entendimento das súmulas nº 346 e 473 do STF.⁵⁹

Também incumbe ao Poder Judiciário a anulação de atos ilegais, pois a Constituição da República em seu Art. 5º, XXXV, estabelece a unidade da jurisdição e garante aos cidadãos que nenhuma ameaça ou lesão a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário.

O Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas também pode anular atos administrativos ilegais.

Como o vício atinge o ato em suas origens os efeitos da anulação são *ex-tunc*, retroagindo da data em que o ato foi praticado.

As formas de controle possíveis em relação ao ato administrativo vinculado não geram grandes controvérsias na doutrina, pois se este ato for viciado haverá necessariamente uma lesão ao texto legal o que permite sem sombra de dúvida que o Poder Judiciário seja provocado a atuar. Não há dúvidas também no fato da

⁵⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª edição. Editora Saraiva, São Paulo/SP. 2008. pg. 137.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas. São Paulo/SP. 2006. pg. 219.

Administração rever seus próprios atos ilegais ou do controle feito pelas assembléias parlamentares, com auxílio dos Tribunais de Conta. Contudo, o tema do controle dos atos discricionários gera grande polêmica entre os administrativistas.

6. ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

Antes de tratar do controle do ato discricionário é essencial e didaticamente mais lógico que se faça uma pequena digressão acerca da definição do que se entende por discricionariedade e ato administrativo discricionário e buscando vislumbrar onde fica a discricionariedade do ato.

6.1. Discricionariedade.

A doutrina brasileira expõe a idéia de que a discricionariedade administrativa é uma faculdade que a lei confere à Administração para analisar o caso concreto, segundo critérios de conveniência e oportunidade e optar por uma dentre várias soluções válidas para o direito⁶⁰.

Segundo essa idéia tradicional o senso de oportunidade e conveniência de um ato administrativo é um mérito puramente administrativo não podendo ser revisto pelo judiciário, ou seja, desde que o ato seja praticado em conformidade com a lei não poderá ser atacado através do Poder Judiciário. Contudo é justamente neste ponto que se pretende aprofundar a discussão.

A noção de que existe um poder discricionário que outorga ao administrador uma faculdade de optar segundo seus critérios de conveniência e oportunidade pela prática ou não de um ato ou pela forma como ele será produzido, dá margem a interpretação de que como foi a lei quem conferiu a competência da prática do ato discricionário ao administrador qualquer interferência no mérito da opção feita importaria em uma invasão na esfera de competência do administrador cuja decisão é questionada.

Entretanto, tal ponto de vista conflita com os fundamentos do instituto da discricionariedade, pois ele não existe para conferir ao administrador um poder de decisão, mas sim para possibilitar que a Administração Pública tenha meios de escolher a melhor opção para o caso concreto.

⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Editora Atlas S.^a São Paulo/SP. 1991. pg. 40.

Qualquer ato discricionário que confronte com algum princípio fundamental do direito pode e deve ser anulado, pois a discricionariedade foi pensada como maneira de instrumentalizar o administrador para que este possa realizar no caso concreto a satisfação dos direitos fundamentais da pessoa humana, razão pela qual qualquer ato discricionário a eles atentatório será viciado.⁶¹

A discricionariedade administrativa tem causas jurídicas e práticas, sob o ponto de vista jurídico há aqueles que defendam a discricionariedade, com base na teoria kelseniana, alegando que cabe ao poder executivo aplicar a lei ao caso concreto e se o legislativo prever diploma legal demasiadamente minucioso a ponto de poder ser aplicado diretamente ao caso concreto estaria invadindo a competência do Poder Executivo.

Entretanto, é sob o viés prático que se observa a real importância da discricionariedade, cuja finalidade é evitar o automatismo acrítico dos servidores públicos na aplicação da lei, o que certamente causaria graves distorções de ordem material, pois como foi muito bem esclarecido por Rui Barbosa na *Oração aos Moços: A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam*.⁶²

Em outras palavras, em muitos casos é preciso se ponderar sobre a aplicabilidade da norma, mesmo estando todos os requisitos dela presentes.

Ainda que sob o prisma prático é interessante garantir à Administração certa liberdade porque o legislador jamais conseguirá editar diplomas normativos suficientes para regular todos os casos concretos de complexidade ampla e variada.

Se a discricionariedade existe para que o administrador possa ter opções no momento da aplicação da norma ao caso concreto certamente que tal liberdade não lhe foi conferida para que ele opte por qualquer das alternativas, mas sim sempre pela melhor alternativa.

⁶¹ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. São Paulo/SP.1995. pg. 133.

⁶² BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Martin Claret: São Paulo, 2003. pg. 19.

Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello há um *dever discricionário* e o poder de escolha do administrador é apenas um mecanismo instrumental para que ele possa fazer a opção ótima em cada caso concreto⁶³.

6.2. Aspectos Discricionários do Ato Administrativo.

Como na discricionariedade sempre cabe um juízo de valor subjetivo por parte do administrador sempre haverá discricionariedade quando couber ao administrador⁶⁴:

- Verificar a situação fática, dentro dos limites legais, e se orientar a agir ou a não agir;
- Analisar a situação fática e dentro dos limites legais optar pela ocasião de agir;
- Optar pela forma jurídica adequada para produção de determinado ato;
- Eleger a medida considerada idônea perante aquela situação fática a fim de cumprir com a finalidade legal.

Das hipóteses acima descritas se percebe que nas duas primeiras a discricionariedade do ato está vinculada ao motivo e nas seguintes a discricionariedade encontra-se no objeto do ato administrativo, ou ainda que raramente na forma de edição do ato administrativo.

Parte significativa da doutrina entende que a inclusão no texto normativo de conceitos fluidos ou imprecisos não importa necessariamente em discricionariedade administrativa quando da aplicação da norma.

Contudo, não há dúvida que um conceito impreciso importa necessariamente em interpretação da norma pelo aplicador do direito ao caso concreto e nesta interpretação sempre caberá um espaço de subjetividade ao administrador a qual denominamos de discricionariedade.

Em suma o espaço de atuação do administrador pode decorrer do modo impreciso como foi descrita a situação fática, do comando da norma que prevê

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2000. pg. 15.

⁶⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2000. pg. 17.

alternativas de condutas ao administrador ou da finalidade da norma que aponta para valores plurissignificativos (conceitos vagos).

Diante do exposto se pode observar que a expressão ato discricionário é inapropriada, pois na realidade o que ocorre é um ato administrativo praticado no exercício da função discricionária e tal discricionariedade só afeta algum(ns) elemento(s) que compõe(m) o ato ou então é relativa a uma condicionante do ato.

6.2.1. Discricionariedade nos Elementos do Ato Administrativo.

Um ato administrativo pode ser classificado como discricionário quando qualquer um dos seus elementos formadores comportar discricionariedade (agente competente, finalidade pública específica, forma prescrita em lei, motivo de acordo com a previsão legal e objeto lícito, possível e determinável), um ato vinculado terá necessariamente todos esses elementos atrelados diretamente à legislação sem espaço a subjetividade do administrador.

Como todo cargo ou emprego público é criado por lei, que já estabelece as atribuições do agente que ocupará a vaga, a competência do agente que pratica o ato administrativo está sempre prevista na legislação, razão pela qual se pode dizer que a competência para a produção do ato é um elemento vinculado à lei, sem qualquer exceção⁶⁵.

Com relação a finalidade do ato em sentido estrito, que é o resultado específico do ato, será sempre elemento vinculado, contudo como a definição de interesse público é controversa a finalidade em sentido lato pode ser considerado um elemento discricionário do ato administrativo.

Muito embora a forma seja uma garantia do procedimento da Administração a forma do ato administrativo só será elemento vinculado quando estiver expressamente prevista em lei (como o é em muitos casos), contudo há algumas hipóteses de uma previsão legal de duas formas para se praticar o mesmo ato ou então quando não há

⁶⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Editora Atlas. S.A. São Paulo/SP. 1991. pg. 51.

forma prevista para a prática do ato, nessas circunstâncias a forma será um elemento discricionário⁶⁶.

Contudo, a discricionariedade do ato estará em quase a totalidade dos casos nos requisitos objeto e motivo, mesmo porque todos os demais requisitos dos atos administrativos estarão quase sempre previstos em lei.

O objeto será elemento discricionário quando a lei autorizar o administrador a optar pelo momento da prática do ato ou quando confere múltiplas possibilidades de ação ao administrador no momento de agir⁶⁷.

Por fim em relação ao elemento motivo poderá ser considerado discricionário quando a lei não definir os motivos de determinado ato administrativo, deixando a cargo da Administração Pública estabelecer os pressupostos fáticos que dão margem ao ato. Também será discricionário o elemento motivo for definido com conceitos vagos, imprecisos.⁶⁸

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 2006. pg. 199/200.

⁶⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 1991. pg. 51/52.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 1991. pg. 54.

7. CONTROLE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

Preliminarmente foram delineados os princípios sensíveis ao tema e os postulados que norteiam a aplicação de princípios e regras ao caso concreto, posteriormente se tratou toda a composição do ato administrativo e, por fim, buscou-se reconhecer o conceito de discricionariedade administrativa e os pontos em que ela pode ser encontrada no interior dos atos administrativos.

Cumpra agora aprofundar a discussão sobre a possibilidade de controle nos espaços de discricionariedade atribuídos ao administrador.

7.1. Conceito de Controle.

A idéia de controle da Administração Pública, e do Estado como um todo, é idéia fundamental do Estado Democrático de Direito, pois a partir de então o próprio órgão emissor das normas legais e constitucionais obrigou-se a cumpri-las.

Controle da Administração Pública pode ser definido como a verificação de conformidade da atuação desta com um cânone, possibilitando ao controlador a adoção de medida adequada, depois de formado o juízo de valor sobre a correspondência ou não da atuação administrativa com as expectativas jurídicas adequadas⁶⁹.

7.2. Sistema da Unidade da Jurisdição.

Muito embora o Brasil tenha vivido na época do império uma experiência com o regime do contencioso administrativo o Conselho de Estado brasileiro não chegou a ter a importância que o órgão desenvolveu no sistema francês, a partir da Constituição da 1889 houve uma opção pelo sistema de jurisdição única.

Essa opção importa em dizer que o julgamento dos litígios em que a Administração é parte compete aos juízos e tribunais comuns, que algumas vezes são especializados.

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República consagra o sistema da unidade da jurisdição quando trata do princípio da inafastabilidade do controle do Poder

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 1993. pg.22.

judiciário afirmando que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Conclui-se que a prestação jurisdicional jamais poderá ser negada, uma ameaça de lesão a direito já é motivo suficiente para a provocação do judiciário⁷⁰. Portanto, todo e qualquer ato potencialmente lesivo poderá estar *sub judice*, inclusive os atos administrativos discricionários.

7.3. Controle Judicial.

Se o administrador público deve satisfações dos seus atos a todos, pois gere a coisa pública nada mais natural que a Administração Pública esteja sujeita a diversos tipos de controle: interno e externo; preventivo e repressivo; político e jurisdicional.

A própria administração pode se auto-controlar, através das corregedorias dos órgãos, mas também pode ter seus atos controlados pelo legislativo, com auxílio do tribunal de contas e pelo judiciário.

De todas as formas de controle a mais importante sem dúvida alguma é o controle jurisdicional razão suficiente para se buscar constantemente seu aprimoramento.

7.3.1. Meios de Controle.

O presente trabalho busca aprofundar a discussão acerca da possibilidade do controle dos aspectos discricionários do ato administrativo e não propriamente dos instrumentos processuais adequados a tal questionamento.

Entretanto são meios de controle judicial da Administração Pública o *habeas corpus*, o *habeas data*, Mandado de Injunção, Mandado de Segurança Individual e Coletivo, Ação Popular, Ação Civil Pública ou qualquer ação ordinária em que a administração seja parte.

7.4. Limites do Controle.

A extensão ou alcance do controle judicial da Administração Pública é um ponto bastante controverso na doutrina, muitos consideram que o judiciário deve se ater

⁷⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 2003. pg. 356.

a analisar os aspectos legais da atuação administrativa e qualquer interferência no chamado mérito administrativo é visto como invasão da competência do executivo pelo judiciário.

Portanto, o grande questionamento envolve o espaço de liberdade que o administrador tem para optar segundo critérios de conveniência e oportunidade e a possibilidade de revisão dessa escolha pelo poder judiciário.

Como tratamos anteriormente a discricionariedade é um espaço de liberdade conferido ao administrador para que ele tenha a oportunidade de escolher a melhor solução possível para atingir a finalidade pública.

Segundo esta concepção tornar a seara da discricionariedade isenta de controle é desvirtuar o instituto de forma a consagrar a arbitrariedade do administrador que dentre as hipóteses possíveis opta por qualquer uma que entender devida sem precisar prestar contas dos seus atos.

Não é esse o posicionamento contemporâneo da doutrina que imbuí ao administrador o dever de sempre buscar a solução ótima nos seus atos inclusive no ato discricionário e que, portanto, um ato que em abstrato pode ter diversas soluções possíveis no caso concreto tais possibilidades podem ser restringidas a apenas algumas ou mesmo em uma única solução viável e a atuação do administrador estaria vinculada a estas últimas hipóteses adequadas e não qualquer das opções possíveis.

Prosseguindo nesta linha de raciocínio de que o administrador tem o dever de atuar da melhor maneira possível é preciso desenvolver a idéia de como o juiz poderá investigar se os atos praticados pelo administrador são os mais adequados ao interesse público. Restringindo assim o âmbito da discricionariedade envolvida no caso⁷¹.

⁷¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. Editora Max Limonad. 1998. pg. 166.

7.4.1. Aplicabilidade dos Postulados da Razoabilidade e da Proporcionalidade nos Elementos do Ato Administrativo Discricionário.

A razoabilidade e a proporcionalidade são premissas de todos os atos administrativos, está implícito na edição de qualquer ato que ele deve ser razoável, ou seja, deve ser editado em conformidade com a realidade que o cerca⁷².

É preciso então que o judiciário analise todos os elementos do ato administrativo discricionário e observe quais deles são verdadeiramente discricionários. Depois de identificados os elementos discricionários é fundamental que o órgão julgador se utilize dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade testando o elemento discricionário do ato frente os princípios fundamentais e especialmente em relação aos princípios da administração para só então decidir sobre a conformidade ou não do ato administrativo discricionário.

Na grande maioria dos casos a discricionariedade administrativa se encontra no objeto ou no motivo do ato administrativo⁷³ e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, respectivamente, trazem mecanismos que buscam justamente estudar a adequação dos motivos e do objeto das normas jurídicas e dos atos administrativos.

Por isso é importante que um ato administrativo que tenha o objeto como elemento discricionário passe pelo crivo da proporcionalidade, para se descobrir se o meio adotado (objeto do ato administrativo) é eficaz para atingir a finalidade pública segundo os parâmetros qualitativos, quantitativos e probabilísticos de sucesso da medida, bem como é essencial se investigar se o meio é o menos restritivo de direitos fundamentais dos cidadãos.

No caso do juiz decidir que o meio (objeto do ato) é ineficaz pode anular o ato administrativo discricionário ou ainda quando houver outro meio menos restritivo pode o juiz mudar o objeto do ato.

⁷² FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Controle da Administração Pública*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP. 1991. pg. 9.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 2006. pg. 200.

Na hipótese de ser o motivo o elemento discricionário é importante o uso do postulado da razoabilidade para se aferir se o ato tem fundamento empírico, e se esse suporte fático toma como parâmetro de discrimen o ordinário e não usa um fato extraordinário para a produção de um ato ou norma.

Ainda com ajuda do postulado da razoabilidade é possível se afastar a aplicação de um ato em determinado caso excepcional que devido a sua excepcionalidade não pode ser tratado como os demais.

A ponderação da aplicação do ato administrativo feita através dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade atacam diretamente o mérito discricionário do ato administrativo sem sobra de dúvida. Entretanto, ao contrário da opinião de muitos doutrinadores o controle judiciário é perfeitamente possível e não fere o Estado Democrático de Direito ao contrário promove os contrapesos necessários para que os poderes se auto limitem.

Até porque não é racionalmente aceitável que um ato carente de motivação suficiente ou que elege meio inadequado para atingir a finalidade a que pretende se mantenha íntegro no sistema jurídico, tornando-se intocável simplesmente por estar o mérito albergado sob o manto da discricionariedade.

Nas palavras da professora Lúcia Valle Figueiredo: “A discricionariedade, como foi descrita, deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento”⁷⁴. Portanto, quando um ato discricionário não se aplica ao caso concreto de maneira razoável e proporcional violando a principiologia do ordenamento jurídico resta evidente que deve o Judiciário anular o ato administrativo ou então afastar a sua aplicação ao caso concreto determinado.

⁷⁴ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 2003.pgs. 207/208.

8. CONCLUSÃO.

Com o propósito de aprofundar o tema o presente trabalho fez uma digressão desde as funções do Estado, passando pelos principais princípios jurídicos pertinentes ao tema e pelos mecanismos de aplicação das normas, para posteriormente ingressar na composição do ato administrativo com a finalidade de entender onde se encontra a discricionariedade do seu interior e confrontar a finalidade do instituto da discricionariedade com a possibilidade de controle judicial do mérito administrativo.

A grande questão envolvida com o desenvolvimento do tema é a possibilidade do poder judiciário interferir em atos discricionários praticados por outro poder, notadamente o executivo, a ponto de anular ato administrativo que não foi considerado razoável ou que se entendeu desproporcional, analisando indiscutivelmente o mérito do ato administrativo.

Não vejo qualquer embargo na possibilidade do controle do mérito discricionário do ato administrativo, pois nada mais é do que uma forma de controle própria do sistema de freios e contrapesos adotado quando da separação dos poderes.

O controle do ato discricionário envolve critérios de experiência e lógica aplicados através dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade que analisam a aplicação do ato administrativo discricionário à realidade desde sua fundamentação fática até o meio empregado para buscar a finalidade pretendida.

Quando há carência de base empírica que fundamente a edição do ato ou quando há inadequação do meio utilizado, o judiciário, pode sim interferir no mérito discricionário e anular o ato, haja vista que a discricionariedade é instituto jurídico que tem por finalidade instrumentalizar o administrador para que este opte pela solução ótima a cada caso concreto, e quando ele não o faz está contrariando a finalidade do instituto.

Obviamente que só será anulado aquele ato que não tenha base empírica mínima para o fundamentar e também o ato que adotar meio claramente inadequado a cumprir a finalidade ou quando há outro meio obviamente mais vantajoso.

De um modo geral se pode confiar na prudência dos magistrados em anular apenas os atos administrativos que claramente não cumprirem de maneira satisfatória

com sua finalidade e ainda para aqueles que discordarem da decisão tomada o sistema processual pátrio prevê inúmeros recursos para rediscutir em outra instância a decisão tomada, diante do que não vislumbro motivos para que o mérito discricionário ainda nos dias atuais se encontre intocável pelo judiciário segundo a opinião de muitos.

9. BIBLIOGRAFIA.

- ÀVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. Editora Max Limonad. 1998.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Martin Claret. São Paulo/SP, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4ª Edição. Livraria Almedina. Coimbra, Portugal. 1989.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20ª edição. Editora Atlas S.A. São Paulo/SP. 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, 2ª ed, São Paulo, Atlas, 2001.
- LEITE, Luciano Ferreira. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 1981.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Malheiros. 2003.
- FIGUEIREDO, Lúcia Vale. *Controle da Administração Pública*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo/SP. 1991.
- FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. Malheiros Editores. São Paulo/SP.1995. pg. 133.

- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Editora Abril Cultural. São Paulo/SP. 1983.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª edição. Editora Saraiva, São Paulo/SP. 2008.
- LOCKE, John. *Segundo Tratado Sobre o Governo. Ensaio Relativo à Verdadeira Origem Extensão e Objetivo do Governo Civil*. Tradução de E. Jacy Monteiro. Editora Victor Civita, 1983.
- MEDAUAR, Odete. *Controle da Administração Pública*. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo/SP. 1993.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2002.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2000.
- MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*. São Paulo. Editora Saraiva. 2002.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. 3ª edição. Editora Abril. São Paulo/SP, 1983.
- SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28ª edição. Malheiros Editores. São Paulo/SP. 2006.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS. 2001.