

DANIELE CRISTINE HALÚ

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

**- CURITIBA -
- SETEMBRO/2005 -**

DANIELE CRISTINE HALÚ

**O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS
DISCRICIONÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito, Curso
de Graduação de Direito, Setor de Ciências
Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar
Filho.

- CURITIBA -

- SETEMBRO/2005 -

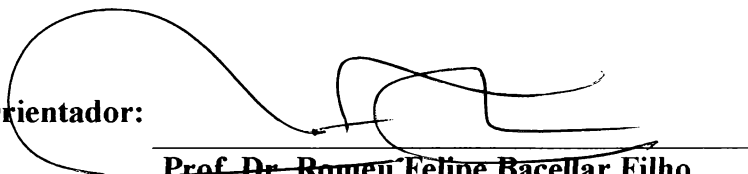
TERMO DE APROVAÇÃO

DANIELE CRISTINE HALÚ

O CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:



Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Departamento de Direito Público, UFPR



Prof. Dra. Ângela Cássia Costaldello

Departamento de Direito Público, UFPR



Prof. Adriana da Costa Ricardo Schier

Departamento de Direito Público, UFPR

Curitiba, 14 de outubro de 2005.

A Deus, por me guiar e me ensinar a trabalhar sem descanso, buscando tão somente cumprir a Tua vontade.

À minha mãe, que me deu força e proteção para seguir o meu caminho, apoiando-me sempre. Agradeço por seu imenso amor e carinho.

Ao Felipo, por seu amor, carinho, compreensão e companheirismo.

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
1. INTRODUÇÃO.....	1
2. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	4
2.1 CONCEITO E ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	4
2.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	7
2.2.1 Sujeito.....	9
2.2.2 Objeto.....	10
2.2.3 Forma.....	11
2.2.4 Motivo.....	12
2.2.5 Finalidade.....	13
2.3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS.....	15
2.4 VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE.....	17
2.5 LEGALIDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO.....	20
2.6 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO.....	21
2.7 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE.....	24
3. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....	26
3.1 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE.....	26
3.2 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE.....	28
3.3 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE.....	30
3.4 DO CONTROLE E SUA NECESSIDADE.....	31
3.5 CONTROLE JURISDICIONAL.....	34
3.6 EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL.....	36
3.7 TÉCNICAS DE CONTROLE.....	40
3.7.1 Teoria dos Motivos Determinantes.....	41
3.7.2 Teoria do Desvio de Poder.....	44

3.8	VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO AOS PRINCÍPIOS.....	48
4.	DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE LIMITAM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.....	50
4.1	PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO.....	52
4.2	PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO.....	54
4.3	PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.....	55
4.4	PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE.....	56
4.5	PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA.....	58
4.6	PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.....	59
4.7	PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA.....	60
4.8	PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO.....	62
4.9	PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE.....	64
5.	CONCLUSÃO.....	67
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	70

RESUMO

O presente estudo tem por finalidade a análise da possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários pelo Poder Judiciário, por meio da definição dos atos da Administração Pública, bem como da extensão do controle jurisdicional. Faz-se importante dedicar atenção ao tema em questão, em razão do fato de que a atividade administrativa deve estar fundada no interesse público, assim como nos princípios constitucionais que a vinculam. Porém, para que se possa garantir o respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988, deve haver um controle efetivo dos atos administrativos, eliminando-se a arbitrariedade e o desvio de finalidade, em prol do bem comum.

INTRODUÇÃO

A Administração Pública exerce suas atividades por meio da prática de atos que tem por finalidade atingir os objetivos do Estado de acordo com o interesse comum. É grande o espaço de prerrogativas atribuídas ao poder público para o exercício dessas atividades, sendo ele responsável, por exemplo, pela prestação, fomento, fiscalização e intervenção de serviços. Tais atividades devem estar pautadas nos termos da lei e é por isso que no campo da Administração Pública os princípios vêm representar grandes possibilidades de efetivação dos valores constitucionais, se realmente aplicados. Em face dessa atividade é que o presente trabalho tem por fim analisar a extensão dos atos administrativos, especialmente os discricionários, e a possibilidade de controle destes pelo Poder Judiciário.

A discricionariedade é um tema amplo, pois é um poder delimitado previamente pelo legislador que, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção, desde que dentro dos limites da lei. Em relação a tais atos, possibilita-se ao Poder Judiciário exercer um controle, analisando se a autoridade ultrapassou o espaço deixado pela lei, analisando principalmente os aspectos de legalidade, podendo anular todo comportamento da Administração Pública que viole a ordem jurídica.

O estudo dos atos administrativos discricionário e da possibilidade de controle destes atos pelo Poder Judiciário tem grande importância na medida que é um dos temas mais polêmicos do Direito Administrativo na atualidade em função das várias divergências, tanto doutrinárias quanto na jurisprudência, a respeito da definição dos atos discricionários e dos limites do controle jurisdicional sobre tais atos. Isso se dá pela impossibilidade de atualmente se restringir o controle tão somente à análise da legalidade do ato. E é em face da amplitude do tema que se deve deixar claro que o presente estudo não pretende esgotá-lo.

O ato administrativo, como declaração de vontade, juízo ou de conhecimento do Estado, é expedido por agente público no exercício de prerrogativas públicas, vinculados ou discricionários. Quanto aos atos administrativos vinculados, a lei

estabelece de forma prévia e objetiva qual a conduta que o administrador deverá ter frente a certos pressupostos de fato. Já os atos administrativos discricionários são aqueles praticados pela Administração Pública com uma certa margem de atuação para decidir em face de situações concretas, agindo de acordo com o interesse público, segundo critérios de oportunidade e conveniência. Porém, não há uma delimitação perfeita entre os atos vinculados e os atos discricionários.

O controle judiciário dos atos administrativos é realizado *a posteriori*, tendo por objetivo a verificação da conformidade do ato com a norma legal que a rege. Nesse sentido, procurou-se realizar uma pesquisa que permita conceituar o ato administrativo discricionário, bem como definir quais os limites para o exercício do controle pelo Poder Judiciário.

Observe-se que a Administração Pública é responsável pela realização de diversas atividades e para tanto deve tomar inúmeras decisões, conforme um julgamento de oportunidade e conveniência, dentro dos limites impostos pela lei.

Diante do aumento das atribuições da Administração Pública, verificou-se a necessidade de um controle mais eficaz sobre os atos administrativos, visando a proteção das garantias dos administrados, contra as arbitrariedades que podem vir a ser cometidas, em função dos atributos dos atos administrativos, especialmente a presunção de legitimidade e veracidade e a auto-executoriedade.

É importante que se verifique e se consigne quais são os efetivos limites ao controle jurisdicional, de modo a buscar um conceito de discricionariedade administrativa capaz de garantir uma adequada atuação da Administração Pública e uma não interferência indevida do Poder Judiciário.

E, para desenvolver esse estudo, é que no primeiro capítulo buscou-se analisar os conceitos do ato administrativo, dedicando-se especial atenção a vinculação e a discricionariedade de tais atos, bem como temas importantes como os conceitos jurídicos indeterminados. O estudo que se apresenta quanto aos elementos do ato administrativo é essencial para determinar a presença ou não da discricionariedade administrativa.

O controle jurisdicional da Administração Pública foi desenvolvido no segundo capítulo, possibilitando-se determinar a extensão e os limites para que o Poder Judiciário exerça o controle dos atos administrativos. As técnicas de controle que foram apresentadas têm por finalidade dar uma dimensão da importância de um efetivo controle que não esteja restrito tão somente à legalidade do ato, bem como a forma com que o Poder Judiciário deve tratar a questão.

Por fim, no terceiro capítulo, reservou-se espaço especial para a análise da limitação exercida pelos princípios constitucionais sobre o ato administrativo discricionário, observando-se as diversas doutrinas que versam sobre o tema e que possibilitam um controle jurisdicional do ato administrativo discricionário com base em tais princípios.

O objetivo geral da presente monografia é, portanto, a realização de um levantamento bibliográfico de forma a possibilitar a conceituação da discricionariedade que envolve os atos da Administração Pública, procurando identificar as formas que possibilitam um controle efetivo de tais atos, sem implicar na interferência desmedida ou principalmente desnecessária do Judiciário na Administração Pública.

2. DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 CONCEITO E ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Antes de se conceituar o ato administrativo, há que se distingui-lo do ato da Administração. Isso porque este é mais amplo que aquele. Entre os atos da Administração, pode-se citar: os atos orientados pelo Direito Privado, os quais têm seu conteúdo e efeito disciplinados pelo Direito Privado e não pelo Direito Administrativo; os atos materiais, que não são atos jurídicos, não possuindo em seu conteúdo manifestação de vontade; os atos políticos, regidos pela Constituição e que têm seu conteúdo diretamente ligado ao exercício de função política; os atos normativos praticados pela Administração; e os atos administrativos em sentido estrito.

Celso Antônio Bandeira de MELLO observa que “a noção de ato administrativo não deve depender, isto, é, não deve ser tributária, da noção de Administração Pública”, isso porque lembra o autor que “de um lado, nem todo ato da Administração é ato administrativo e, de outro lado, nem todo ato administrativo provém da Administração Pública”¹. Tal assertiva se confirma nas palavras de Celso Ribeiro BASTOS² quanto ao ato administrativo, tendo em vista que este não está vinculado apenas à atividade da Administração Pública, mas, também, aos demais Poderes do Estado quando estes estão no exercício da função administrativa. E o mesmo autor ressalta que “o ato administrativo representa ampla garantia aos administrados, em virtude do princípio da legalidade a que obedecem tais atos”³.

Assim, os atos administrativos se constituem em uma espécie do gênero ato jurídico⁴. Celso Antônio Bandeira de MELLO conceitua o ato administrativo como sendo uma

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 352.

² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 90.

³ *Ibidem*, p. 90.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 192

declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legalidade por órgão jurisdicional⁵.

Portanto, o ato administrativo é um ato jurídico, representado por uma manifestação do Estado, incluindo-se aqueles que estejam investidos em prerrogativas estatais. Tal ato está subordinado ao regime jurídico administrativo, sendo assim exercido com as prerrogativas públicas, afastando-se dos atos de Direito Privado. Produz, ainda, efeitos jurídicos imediatos, não se confundindo, portanto, com a lei e está sujeito ao controle judicial.

O autor acima referido, ao falar sobre tal sujeição ao controle por órgão jurisdicional afirma que o ato administrativo “não possui definitividade perante o Direito, uma vez que pode ser infirmada por força de decisão emitida pelo Poder estatal que disponha de competência jurisdicional: entre nós, o Poder Judiciário. Com isto diferencia-se o ato administrativo da sentença”⁶.

Entretanto, o conceito apresentado é tido como uma noção em sentido amplo do ato administrativo. Celso Antônio Bandeira de MELLO define o ato administrativo em sentido estrito acrescentando duas características essenciais: a concreção e unilateralidade⁷, ou seja, o ato deve ser concreto, produzindo efeitos imediatos, e por vontade unilateral do Estado.

Os atos administrativos possuem atributos típicos que os caracterizam, distinguindo-os dos atos de direito privado. Tais atributos⁸ permitem que se afirme que os em questão se submetem ao regime jurídico administrativo. A maioria dos autores tem como sendo os atributos do ato administrativo a presunção de legitimidade, a auto-executoriedade e a imperatividade.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 352.

⁶ *Ibidem*. p. 353.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 119.

⁸ “O ato administrativo como emanção do poder público nasce adornado por determinadas prerrogativas, instrumentais para o exercício da função administrativa, qualidades estas que, por este motivo, descabem nas relações submetidas ao direito privado. Tais prerrogativas, contudo, somente devem ser manejadas para o cumprimento do dever que é uma inerência ao exercício da função pública” (FREITAS, Ney José de. *Presunção de Validade do Ato Administrativo e a Questão do Ônus da Prova*. Curitiba, 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. p. 129).

É nesse sentido que Celso Antônio Bandeira de MELLO esclarece que “tendo em vista os interesses que lhe cumpre proteger, realizar e assegurar, a Administração será adornada de prerrogativas que lhe são conferidas pelo sistema normativo a fim de que sua atuação possa objetivar eficazmente os escopos consagrados como próprios da coletividade – internos ao setor público”⁹. Porém, o mesmo autor observa que “nenhum desses poderes, juridicamente regulados, sublinhe-se, constituem-se em benefícios conferidos à Administração, por ser um órgão do poder”¹⁰.

A presunção de legitimidade é, portanto, um atributo que converte todo ato administrativo como sendo legítimo até que se prove o oposto¹¹, ou seja, “é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conforme ao direito”¹², sendo que tal situação se mantém até que se faça demonstre por meios hábeis o contrário.

Ney José de FREITAS prefere o termo “presunção de validade”, afirmando que tal prerrogativa é uma “inerência da função administrativa”¹³, entendendo, porém, diferentemente da maioria da doutrina que tal prerrogativa não autoriza a inversão do ônus da prova, não o transferindo ao cidadão, ao qual cabe impugnar o ato, caso discorde deste.

Consequentemente, o entendimento do referido autor conduz à idéia de que, impugnado o ato pelo cidadão, cessa imediatamente a sua presunção de validade, cabendo à Administração Pública comprovar a legalidade do ato administrativo¹⁴.

A auto-executoriedade possibilita que o ato administrativo seja executado pela própria Administração Pública, de forma imediata e direta, sem requerer a intervenção de ordem judicial para tanto. Esta qualidade só se verifica se expressamente prevista em lei¹⁵.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 129.

¹⁰ *Ibidem*. p. 129.

¹¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Editora Juruá, 1998. p. 120.

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 130.

¹³ FREITAS, Ney José de. *Presunção...*, op. cit., p. 150.

¹⁴ Entretanto, este não é o entendimento unânime nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileira. Tem-se evoluído muito nesse sentido, vez que tal teoria protege o cidadão das ingerências desmedidas que podem vir a ser cometidas pelo agente público, no exercício de sua função administrativa.

¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed., atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004. p. 193.

A imperatividade é a força coercitiva, ou seja, é o que possibilita que o ato administrativo seja imposto a terceiros, não dependendo da concordância deste. Não existe em todos os atos, mas tão somente naqueles que impõe obrigações. A imperatividade é o que “permite ao Poder Público editar provimentos que vão além da esfera jurídica do sujeito emitente, ou seja, que interferem na esfera jurídica de outras pessoas, constituindo-as unilateralmente, em obrigações”¹⁶.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO acrescenta como sendo atributo do ato administrativo a tipicidade, pois “o ato administrativo deve corresponder à figuras definidas previamente pela lei como aptas a produzir determinados resultados”¹⁷. Assim, a lei define, para ato a ser realizado, uma finalidade que a Administração pretende alcançar¹⁸.

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de MELLO¹⁹ sustenta como atributo do ato administrativo também a exigibilidade, distinguindo-o da imperatividade, por entender que esta *apenas constitui uma dada situação*, enquanto que a exigibilidade impõe uma obediência que leva *ao atendimento da obrigação já imposta*.

É importante definir o ato administrativo, como bem ressalta Lúcia Valle FIGUEIREDO, para que se “possibilite o mais amplo controle do ato, inclusive no atinente ao desvio de poder e motivos determinantes”, tendo em vista que a importância do estudo “está assentada no problema do controle dos atos administrativos”²⁰.

2.2 ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A doutrina diverge quanto a utilização das expressões elementos ou requisitos do ato administrativo. José CRETELLA JÚNIOR afirma que “a pretendida diferença entre *elementos* e *requisitos* residiria em que aqueles contribuiriam para a existência

¹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...* op. cit., p. 130.

¹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 194.

¹⁸ *Ibidem*. p. 194.

¹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 131.

²⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 182.

do ato, mas apenas de maneira estática, ao passo que os *requisitos* implicariam preparação e aperfeiçoamento indispensáveis para que o mesmo ato, existindo, esteja apto para operar, dinamicamente, com validade”²¹.

De acordo com esse pensamento, os elementos do ato administrativo seriam agente, forma e objeto, enquanto que os requisitos seria o agente capaz, a forma prescrita e o objeto lícito. Porém, o mesmo autor prefere não fazer distinção entre elementos e requisitos do ato administrativo.

Também há divergência doutrinária quanto à determinação de quais são os elementos do ato administrativo. Lúcia Valle FIGUEIREDO apresenta como sendo o conteúdo, que “é a disposição encontrada na norma concreta”²², o objeto, que “é aquilo sobre o que o conteúdo dispõe”, e a forma, que é a maneira como se apresenta o ato administrativo. A mesma autora coloca como requisitos extrínsecos a competência, o motivo, as formalidades legais, a finalidade e a causa.

A Lei da Ação Popular, Lei 4.717, de 29 de Junho de 1965, ao dispor quanto aos atos nulos, enumera cinco elementos do ato administrativo, os quais podem ser considerados como os habitualmente encontrados na doutrina nacional: competência, forma, objeto, motivo e finalidade:

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

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

Entretanto, há que observar que há autores²³ que preferem fazer referência ao sujeito do ato, ao invés de competência, pois esta não basta para que seja válido o ato, devendo também o agente ser capaz.

²¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 251.

²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 189.

²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 196.

O “*sujeito* é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato”²⁴. Já os demais elementos, segundo José CRETELLA JÚNIOR, são “o *motivo*, ou a razão do ato, que não é livre como no campo das relações privadas, mas tem de ser estritamente legal, assentando sempre no interesse público; o *objeto*, que reside na modificação que através do ato, se traça à ordem jurídica; a *finalidade*, que é o resultado prático que se procura alcançar com aquela modificação da ordem jurídica; a *forma*, meio pelo qual se exterioriza”²⁵.

É nessa linha que se utilizará para o desenvolvimento da análise a seguir a seguinte enumeração: sujeito, objeto, forma, motivo e finalidade.

2.2.1 Sujeito

Sujeito é o indivíduo a quem a lei atribui competência para realizar o ato administrativo.

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO o sujeito é um pressuposto subjetivo de validade do ato administrativo, pois é ele “o produtor do ato”²⁶, sendo o sujeito um elemento externo a este.

Deve o autor do ato administrativo ser competente para tanto e é por isso que alguns autores entendem que o requisito extrínseco subjetivo é a competência, que pode ser definida como sendo “o plexo de atribuições outorgadas pela lei ao agente administrativo para consecução do interesse público postulado pela norma”²⁷. Celso Ribeiro BASTOS conceituou a competência como sendo “os poderes conferidos por lei a cada órgão público para que possa desempenhar suas funções específicas”²⁸.

A competência sempre decorre de lei e, portanto, não pode ser determinada nem alterada pelo próprio órgão. É ainda inderrogável²⁹, pois é conferida em favor do

²⁴ Ibidem. p. 196.

²⁵ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 252.

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 363.

²⁷ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 183.

²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 92.

²⁹ Lei 9.784/99, artigo 11. “A competência é irrenunciável e se exerce pelos órgãos administrativos a que foi atribuída como própria, salvo os casos de delegação e avocação legalmente admitidos”.

interesse público, podendo tão somente ser delegada ou avocada, salvo nos casos em que a lei atribua a competência com caráter de exclusividade.

Por tudo isso, é de se concluir que, quanto ao elemento sujeito, o ato administrativo será sempre vinculado, pois é unânime na doutrina que a competência é atribuída sempre por lei, não havendo espaço de discricionariedade para a sua determinação.

2.2.2 Objeto

Também é utilizada a expressão conteúdo, sendo ponto pacífico na doutrina a definição como sendo o efeito jurídico que o ato produz de forma imediata.³⁰

Assim, José CRETELLA JÚNIOR define o objeto do ato administrativo com sendo “o efeito prático que, na órbita administrativa, o sujeito pretende alcançar através de sua ação direta ou indireta: é a própria substância do ato, seu conteúdo”³¹.

O objeto deve ser lícito, possível, certo e moral, esta última característica incluída pela doutrina moderna, sendo que para se verificar tal elemento, cabe a observação do que ele enuncia, prescreve ou dispõe.

A licitude do objeto corresponde a sua conformidade à lei. Assim, “a licitude supõe não apenas que o objeto não venha proibido pela lei, como também que esteja expressamente autorizado por ela, salvo o caso em que o texto legal outorgue faculdade discricionária à autoridade administrativa para escolher e determinar o objeto do ato”³².

Ser ele possível significa dizer que o ato administrativo tem existência fática e de direito, enquanto que ser certo impõe que seja determinado em relação “ao destinatário, aos efeitos, ao tempo e ao lugar”³³. A moralidade por sua vez subsiste num atributo de conformidade do ato aos padrões de comportamento, entendidos como sendo regidos pela eticidade, assim considerados corretos e justos.

³⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 199.

³¹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 257.

³² *Ibidem*, p. 257.

³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 200.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO³⁴ expõe que relativamente ao objeto, o ato administrativo poderá estar vinculado a lei ou ser discricionário, na medida em que a lei, no primeiro caso, estabeleça somente um objeto possível para alcançar um determinado objetivo ou, no segundo caso, quando for possível ao agente público optar entre vários objetos possíveis para se chegar a um mesmo fim, sendo, portanto, todos os caminhos válidos.

A autora cita como exemplo, quando a lei prevê, para a mesma infração, mais de uma possibilidade de punição, tais como suspensão ou multa, cabendo ao sujeito competente determinar qual será aplicada.

Seguindo esse entendimento, Odete MEDAUAR afirma que “o poder discricionário também se reflete na determinação do objeto do ato”³⁵, sendo que o núcleo desse poder discricionário encontra-se na livre determinação do objeto.

Entretanto, para que não seja um ato inválido, o objeto deve ser lícito, certo, possível e moral, estando vinculado a tais requisitos.

2.2.3 Forma

Os atos de vontade devem se revestir de uma forma que os exteriorize, sendo que José CRETELLA JÚNIOR afirma que “a ordem jurídica, em nossos dias, regra geral, não é formalista, contentando-se com a forma escolhida pelo agente, desde que apta para exprimir-lhe a intenção”³⁶.

Entretanto, normalmente o ato administrativo se apresenta na forma escrita, sendo exceção a forma oral. Isso porque, no direito público, a intenção é proteger o interesse público, e, portanto, a forma acaba tendo uma grande relevância. Isso porque a forma é um meio tangível pela qual se exterioriza a vontade administrativa, é o modo como se manifesta a vontade, conferindo existência ao ato administrativo.

³⁴ Ibidem, p. 209.

³⁵ MEDAUAR, Odete. *Poder Discricionário da Administração*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 610., p. 39-45, ago-1986, p. 39.

³⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 259.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que “eventualmente, a lei prevê mais de uma forma possível para praticar o mesmo ato (...). Nesses casos, existe discricionariedade com relação à forma”³⁷.

Isso decorre do fato de que a lei nem sempre prescreve qual a forma que deverá se revestir o ato. Entretanto, quando a forma se apresenta disposta em lei, passa a ser solene e o ato somente será válido se forem respeitados integralmente os requisitos exigidos³⁸.

Relativamente a forma, o ato administrativo em geral é vinculado, tendo em vista que a lei a prevê, devendo se apresentar, por exemplo, por meio de notificação, decreto ou portaria.

2.2.4 Motivo

O motivo, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO é pressuposto objetivo do ato administrativo, pois é ele que autoriza ou exige a realização do ato³⁹, sendo externo a este. É ele que leva a produção do ato, movendo a vontade.

Assim, “se não houver motivo, não existe o ato administrativo”⁴⁰, pois o motivo é a razão pela qual existe o ato, a qual impulsiona o agente ou órgão competente da administração a decidir algo ou realizar algum ato. Portanto, motivar o ato é apresentar os motivos que levaram a certa decisão.

Em razão da inexistência do motivo ou da sua desconformidade com o princípio aplicável a situação, o ato administrativo passa a ser nulo.

Segundo Antônio Carlos de Araújo CINTRA, os motivos do ato administrativos podem ser entendidos como sendo “o conjunto de elementos objetivos de fato e de direito que lhe constitui o fundamento. Isso significa que, para nós, os motivos do ato administrativo compreendem, de um lado, a situação de fato, que lhe é

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 208.

³⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 261.

³⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 363.

⁴⁰ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 275.

anterior, e sobre a qual recai a providência adotada, e, de outro lado, o complexo de normas jurídicas por ele aplicada àquela situação de fato”⁴¹.

Não se deve confundir o motivo com a motivação, pois é esta a justificativa da manifestação tomada.

Explica José CRETELLA JÚNIOR que “o ato motivado é aquele cuja parte *dispositiva* ou *resoluta* é precedida de exposição de razões ou fundamentos que justificam a decisão, quanto aos efeitos jurídicos”⁴².

O motivo pode vir a ser previsto ou não em lei, sendo que se previsto, só poderá ser praticado o ato administrativo se for verificada a situação conjeturado, pois o ato é vinculado. Quando não houver tal disposição, haverá discricionariedade da Administração Pública para a determinação do motivo que levará a realização do ato. Entretanto, não existe ato administrativo sem motivo, o que não implica em motivação.

Assim, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁴³, o motivo será discricionário quando a lei não o definir, deixando a cargo da Administração a sua determinação, não havendo qualquer motivo previsto em lei. Outra situação em que será discricionário o ato quanto a este elemento é quando a lei define o motivo, porém se utilizando de expressões vagas, que possibilitam diferentes interpretações pela Administração, segundo critérios de conveniência e oportunidades.

No segundo caso, a doutrina chama tais vocábulos ou expressões de *conceitos jurídicos indeterminados*, os quais serão analisados separadamente em função da importância doutrinária de sua definição.

2.2.5 Finalidade

Finalidade é o objetivo que a Administração Pública busca atingir com a realização do ato.

⁴¹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979. p. 97.

⁴² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 276.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 208.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de MELLO é o bem jurídico pretendido pelo ato, ou seja, é o resultado previsto em lei como sendo o correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo, assim, no alcance dos objetivos por ele *comportados*⁴⁴.

Ressalta Celso Ribeiro BASTOS que, por se tratar de um ato administrativo, a finalidade visará sempre atingir um interesse público ou social, sendo que “a finalidade do ato administrativo só pode ser aquela indicada, explícita ou implicitamente, em lei”⁴⁵.

Entretanto, há que observar que o motivo difere da finalidade, tendo em vista que aquele antecede “a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. Já a finalidade, sucede à prática do ato, porque corresponde a algo que a Administração quer alcançar com a sua edição”⁴⁶.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁴⁷ entende que, quando a lei se referir a finalidade utilizando expressões que podem ser definidas como *conceitos jurídicos indeterminados*, haverá discricionariedade na atuação da Administração Pública, pois a lei deixa de inferir critérios objetivos quando ao fim buscado. Entretanto, quando a lei expressa o resultado específico que se pretende atingir, seja expressa ou implicitamente, o ato será vinculado, não podendo contrariar a lei, sob pena de ilegalidade.

Porém este pensamento não é uma unanimidade na doutrina brasileira, sendo relevante destacar que Hely Lopes MEIRELLES entende que, relativamente à finalidade, o ato administrativo é sempre vinculado, tendo em vista que a finalidade do ato administrativo é sempre pública, seja o ato discricionário ou não, pois caso contrário se estaria evidenciando o desvio de finalidade do ato praticado pela Administração Pública⁴⁸. Esse também é o entendimento de Celso Ribeiro BASTOS

⁴⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 126.

⁴⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 96.

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 202.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 202.

⁴⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 149-150.

que afirma que “o uso de um ato para alcançar uma finalidade que não lhe é própria caracteriza o desvio de poder ou desvio de finalidade”⁴⁹.

Entretanto, definir o que é o interesse público não é algo fácil, havendo muitas teorias a respeito. Ângela Cássia COSTALDELLO afirma que “várias foram as tentativas de conceituá-lo, tanto na doutrina nacional quanto na estrangeira. Contudo, ao vislumbra-lo como categoria que tem por destinatária a coletividade, múltiplas são as facetas que podem ser submetidas à análise, e serão tantas quantas forem as óticas passíveis de identificação dessa coletividade”⁵⁰.

A finalidade do ato administrativo não pode, portanto, se desviar do bem comum, não se podendo atribuir efeitos ao ato quando for violado o interesse público pelo administrador, devendo este pautar cada ato a ser realizado, sob pena de se configurar o desvio de poder ou de finalidade.

2.3 CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS

O estudo dos conceitos jurídicos indeterminados tem origem na moderna doutrina alemã, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO⁵¹ e Odete MEDAUAR⁵². Esta autora afirma que “a expressão designa as fórmulas amplas, muito utilizadas no direito público e no direito privado, como, por exemplo: boa-fé, justo preço, valor histórico e cultural, perigo para pessoas e bens, ordem pública”⁵³.

Assim, “em não podendo singularizar, em um determinado momento, um destinatário e uma situação, pesa a favor do legislador a introdução de termos vagos,

⁴⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 96.

⁵⁰ COSTALDELLO, Ângela Cássia. *A Invalidade dos Atos Administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Curitiba, 1998. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. p. 144.

⁵¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1998. p. 22.

⁵² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed., rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 131.

⁵³ *Ibidem*, p. 132.

imprecisos ou indeterminados, advindos da linguagem comum”⁵⁴, conforme entendimento de Márcia Domingues Nigro CONCEIÇÃO.

Isso porque, em face da amplitude e complexidade da vida em sociedade, fica impossível ao legislador dispor previamente, regulando todos os atos a serem praticados pela Administração Pública para a concretização de seus fins.

Existe ainda grande polêmica quando aos conceitos jurídicos indeterminados, sendo que Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta a existência de duas grandes correntes:

a dos que entendem que eles não conferem discricionariedade à Administração, porque, diante deles, a Administração tem que fazer um trabalho de interpretação que leve à única solução válida possível; e a dos que entendem que eles podem conferir discricionariedade à Administração, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem a possibilidade de apreciação do interesse público, em cada caso concreto, afastada a discricionariedade diante de certos conceitos de experiência ou de conceitos técnicos, que não admitem soluções alternativas⁵⁵.

Segundo esta mesma autora, no Brasil, a expressão é empregada com o fim de “designar vocábulos ou expressões que não têm um sentido preciso, objetivo, determinado, mas que são encontrados com grande frequência nas normas jurídicas dos vários ramos do Direito. Fala-se em boa-fé, bem comum, conduta irrepreensível, pena adequada, interesse público, ordem pública, notório saber, notória especialização, moralidade, razoabilidade e tantos outros”⁵⁶.

São conceitos imprecisos e que dependem de uma valoração por parte do intérprete, relacionando-os à situação fática em que são aplicáveis.

Eros Roberto GRAU afirma que “a discricionariedade resulta de uma expressa atribuição legal à autoridade administrativa, e não da circunstância de os termos da lei serem ambíguos, equívocos ou suscetíveis de receber especificações diversas”⁵⁷.

⁵⁴ CONCEIÇÃO, Márcia Domingues Nigro. *Conceitos Jurídicos Indeterminados na Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999. p. 33.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Curso...*, op. cit., p. 208.

⁵⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001. p. 97.

⁵⁷ GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: *O Direito Posto e o Direito Pressuposto*. Rio de Janeiro: Editora Malheiros, 1996, p. 146.

Entretanto, de forma diversa entende Celso Antônio Bandeira de MELLO que afirma que “seria equivocado supor que não se propõe questão de discricionariedade ante o tema dos conceitos vagos, *sub color* de que apreender-lhes o sentido é operação mental puramente *interpretativa* da lei”⁵⁸, sendo que “jamais o agente administrativo poderia, em nome da fluidez desses conceitos, tomá-los ou acolhê-los em uma significação não comportada por esse âmbito mínimo que conota e denota a palavra, o conceito, portanto”⁵⁹.

Na interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados deve-se ter em consideração que “compreendem uma *zona de certeza positiva*, dentro na qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma *zona de certeza negativa* em que seria certo que por ela não estaria abrigada”⁶⁰, atribuindo-lhes o significa que é “socialmente reconhecido como o que lhes corresponde”⁶¹.

Enfim, os conceitos jurídicos indeterminados estão diretamente relacionados, ao lado do mérito, a idéia de discricionariedade do ato administrativo, em face da possibilidade de interpretação destes conceitos por parte do administrador público. Entretanto, não se pode esquecer que tal interpretação deve ser orientada pelos princípios que vinculam a atividade administrativa, entre eles os princípios da moralidade e da razoabilidade, visando sempre o interesse público.

2.4. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE

Os atos administrativos são classificados pela doutrina sob muitos aspectos, importando neste momento a distinção quanto ao grau de liberdade na atuação do agente administrativo, competente para a sua realização. Tal critério distingue os atos administrativos em vinculados e discricionários.

Assim, segundo Luiz Alberto BLANCHET, a discricionariedade pode ser inserida como um princípio norteador da atuação da Administração Pública, também

⁵⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 24.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 29.

⁶¹ *Ibidem*, p. 30.

se submetendo a limites, tal como os demais princípios. Para este autor, a aplicação da discricionariedade “se consubstancia em situações nas quais a lei não estabelece de forma explícita e definida qual deve ser a opção do agente da Administração, deixando-lhe uma margem de liberdade (poder-dever ou “dever-poder” como acertadamente preferem alguns) de decidir de acordo com a solução mais oportuna e conveniente para o interesse público no caso concreto específico”⁶².

É nesse sentido que Hely Lopes MEIRELLES ressalta que “para o cometimento de um ato discricionário, indispensável é que o Direito, nos seus lineamentos gerais, ou a legislação administrativa confira explícita ou implicitamente tal poder ao administrador e lhe assinale os limites de sua liberdade de opção na escolha dos critérios postos à sua disposição para a prática do ato”⁶³.

Sendo assim, deve-se ter cautela, para que não haja confusão entre o ato discricionário e ato de arbitrariedade, pois a sua distinção é essencial para que se verifique a possibilidade de controle do ato por parte do Poder Judiciário.

Tal distinção fica clara ao se entender que “ato discricionário é aquele praticado pela Administração dentro dos limites da liberdade que a lei lhe confere. É válido e legítimo. Ato arbitrário é aquele praticado em desacordo com a lei. É ilícito, e, portanto, inválido”⁶⁴, seguindo-se assim, a linha de pensamento de Celso Ribeiro BASTOS.

A discricionariedade é, portanto, um poder delimitado previamente pelo legislador que, ao definir determinado ato, intencionalmente deixa um espaço para decisão da Administração Pública, legitimando previamente a sua opção, desde que dentro dos limites legais.

Cabe aqui destacar a conclusão feita por Juarez FREITAS, de que “a discricionariedade, no Estado Democrático, quer dos atos administrativos, quer dos atos judiciais, é de algum modo vinculada aos princípios, sob pena de se traduzir em

⁶² BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso...*, op. cit. p. 45.

⁶³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 167.

⁶⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 100.

arbitrariedade e de subtrair os limites indispensáveis à liberdade e à abertura como racionais características fundantes do sistema jurídico”⁶⁵.

Por sua vez, o ato administrativo vinculado é aquele praticado pelo agente público sem liberdade de decisão, por vir expressamente determinado em lei, seja tal ato praticado no âmbito da Administração Pública direta ou indireta.

Isso quer dizer que “para essa espécie de ato a lei regula antecipada e exaustivamente o comportamento a ser seguido pelo agente público”⁶⁶, estabelecendo, portanto, quais os requisitos e condições para a realização do ato.

Os atos vinculados podem ser conceituados como sendo “aqueles em que, por existir prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta, a Administração, ao expedir-los, nos interfere com apreciação subjetiva alguma”⁶⁷.

É possível concluir quanto aos administrativos vinculados e discricionários, com base em Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que

a atuação da Administração Pública no exercício da função administrativa é vinculada quando a lei estabelece a única solução possível diante de determinada situação de fato; ela fixa todos os requisitos, cuja existência a Administração deve limitar-se a constatar, sem qualquer margem de apreciação subjetiva. E a atuação é discricionária quando a Administração, diante do caso concreto, tem a possibilidade de apreciá-lo segundo critérios de oportunidade e conveniência e escolher uma dentre duas ou mais soluções, todas válidas para o direito⁶⁸.

Portanto, o ato vinculado deve ser realizado de acordo com o previsto legalmente, enquanto que o ato discricionário permite à Administração Pública determinar, segundo critérios de oportunidade e conveniência o momento adequado para a prática do ato, se será ou não praticado o ato e, com base nos elementos acima estudados, determinar a forma, o motivo e o seu objeto, quando a lei disponibilizar tal liberdade para decisão.

⁶⁵ FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Malheiros, 1995. p.145.

⁶⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 100.

⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 393.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 205.

2.5 LEGALIDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

Tendo em vista que o ato administrativo é sempre vinculado quanto aos elementos sujeito e finalidade, é possível afirmar, com base em Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, que não há ato administrativo inteiramente discricionário. Assim, tem-se que “no ato vinculado, todos os elementos vêm definidos em lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos em lei, com precisão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência”⁶⁹.

A legalidade do ato administrativo, por sua vez, corresponde ao preenchimento dos requisitos legais, quais sejam agente capaz, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei, motivo e finalidade. Assim, a legalidade diz respeito à conformidade do ato com a lei. O mérito, entretanto, diz respeito à oportunidade e conveniência⁷⁰ do ato administrativo em face do interesse público que se pretende alcançar.

De acordo com Luiz Alberto BLANCHET, “o mérito revela-se, portanto, como um fenômeno tipicamente racional, humano, de natureza não “instintual”. E sendo tal, o mérito se materializa por meio de processo eminentemente *subjetivo*”⁷¹, isso porque o agente da Administração deve empregar toda a sua capacidade pessoal para solucionar as questões de sua competência.

Relativamente ao mérito, não se analisa se é legal ou ilegal, mas sim se era o mais adequado ou não, de acordo com a sua utilidade intrínseca, a sua finalidade, a sua compatibilidade com os princípios do bom exercício da atividade administrativa.

Assim, tem-se que, nas palavras de Celso Ribeiro BASTOS, “o ato discricionário apresenta tanto o aspecto da legalidade quanto o do mérito. O ato vinculado apresenta apenas o da legalidade”, sendo importante destacar que “o aspecto da legalidade é suscetível de revisão pelo Poder Judiciário. O do mérito não”, pois só cabe à própria Administração “rever e corrigir o ato nesse aspecto, porque, sendo uma

⁶⁹ Ibidem, p. 209.

⁷⁰ Ibidem, p. 210.

apreciação subjetiva sobre o momento de praticá-lo, não há determinação legal nesse sentido, e, portanto, não há como ser aferida essa atuação pelo Judiciário”⁷².

A importância em se definir o mérito do ato administrativo reside no fato de que, de acordo com a extensão que se dê ao seu conceito, ampla ou restrita, decorrerá maior, menor ou nenhuma parcela de possibilidade de o ato administrativo ser revisto pelo Poder Judiciário⁷³.

O mérito, como analisado, só existe nos atos discricionários, estando diretamente relacionado à sua conveniência e oportunidade e não se confundindo com a legalidade do ato administrativo. Destarte, Celso Antônio Bandeira de MELLO sustenta que “o mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo”⁷⁴.

É nesse sentido que cabe aqui a observação de que tanto a doutrina quanto a jurisprudência vêm, ao longo dos anos, ampliando as possibilidades de exercício do controle jurisdicional dos atos administrativos, especialmente quanto à adequação do ato discricionário aos princípios que norteiam a atuação da Administração Pública, como forma de se garantir os direitos fundamentais dos administrativos.

2.6 DISCRICIONARIEDADE E MÉRITO

O mérito faz parte do sentido político do ato administrativo, tendo em vista que se refere às normas de boa administração, envolvendo diversos aspectos, entre eles à utilidade, justiça, razoabilidade, equidade, moralidade, os quais estão mais ligados ao âmbito dos interesses.

Seguindo esse pensamento, grande parte da doutrina resume o mérito ao binômio conveniência e oportunidade, segundo Miguel Seabra FAGUNDES, que

⁷¹ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso...*, op. cit. p. 264.

⁷² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 101.

⁷³ CRETELLA JÚNIOR, José. *O Mérito do Ato Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, vol. 76, p. 23-37, jan-1965, p. 24.

afirma, ainda, que “o mérito é a atribuição exclusiva do Poder Executivo, e o Poder Judiciário, nele penetrando, faria obra do administrador, violando, destarte, o princípio da separação e independência dos poderes. Os elementos que o constituem são dependentes de critério político e meios técnicos peculiares ao exercício do Poder Administrativo, estranhos ao âmbito, estritamente jurídico, da apreciação jurisdicional”⁷⁵.

Isso quer dizer que o mérito é “o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identifica qual delas seria a única adequada”⁷⁶, de acordo com Celso Antônio Bandeira de MELLO.

Ou seja, em razão da dificuldade que seria dispor antecipadamente em lei todas as situações possíveis de ocorrer no âmbito das relações sociais, optou o legislador por prever um espaço dentro da norma, no qual o administrador pudesse determinar qual a melhor solução para o caso concreto.

Luiz Alberto BLANCHET afirma a oportunidade e conveniência do ato administrativo são aspectos que não podem ser previstos de forma geral de teórica por parte da norma, tendo em vista que dependem de uma avaliação quanto as circunstâncias fáticas, as quais tendem a ser diferentes de acordo com o caso particular⁷⁷.

E é em face dessas situações fáticas que, segundo José CRETELLA JÚNIOR, “na prática, *in concreto*, o mérito apresenta-se como a ponderação pessoal da autoridade administrativa sobre determinados fatos, que a levam a decidir num sentido ou noutro e, até mesmo, de nada decidir”⁷⁸. Tal análise tem relevância ao se observar que “a apreciação do que é *oportuno e conveniente*, ou então, só *oportuno* ou só

⁷⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionarieade...*, op. cit., p. 82.

⁷⁵ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975. p. 17.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 823-824.

⁷⁷ BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso...*, op. cit. p. 263.

⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 273.

conveniente, abrande um *mare magnum* de reflexões do agente”⁷⁹, quando este decide sobre o motivo do ato administrativo, ponderando sobre editá-lo ou abster-se da sua prática.

Por ser uma atividade estatal decorrente de aspecto político, não se admite, de acordo com o autor acima citado⁸⁰, revisão do mérito pelo Poder Judiciário, não podendo este invadir campo privativo da Administração Pública, pois não se pode confundir, em momento algum, o mérito com a legalidade.

O mérito é próprio dos atos administrativos de competência discricionária, já que nos atos vinculados não cabe apreciação por parte da Administração, mas tão somente o seu cumprimento, conforme a lei previamente determina.

A conveniência do ato administrativo decorre do exame “quanto àquilo que é adequado, justo, razoável, eficaz, apropriado e moral”⁸¹. Enquanto que a oportunidade funda-se na “ponderação de interesses múltiplos carecidos de acomodação parcial, em vista do fim de que se propõe na norma atributiva de discricionariedade”⁸².

Vladimir da Rocha FRANÇA distingue a conveniência da oportunidade ao afirmar que a conveniência “incide sobre o objeto do ato, isto é, o conteúdo do provimento estatal”, enquanto que a oportunidade é “vinculada ao motivo, à identidade e formação dos pressupostos fáticos e jurídicos que justificam a inserção do ato administrativo no ordenamento jurídico”⁸³.

Portanto o mérito do ato administrativo resulta da análise da sua oportunidade e conveniência, só existindo nos atos discricionários e decorre de um campo de liberdade atribuído ao Administrador Público em face da impossibilidade da norma jurídica prever todas as soluções para todas os casos que se apresentem em decorrência das relações entre administrador e administrado.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 273-274.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 274.

⁸¹ SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 26.

⁸² MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004. p. 49-51.

⁸³ FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e Discricionariedade nos Atos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 222, p. 97-116, out-2000. p. 104.

2.7 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE

A discricionariedade, para Celso Antônio Bandeira de MELLO, é “liberdade dentro da lei, nos limites da norma legal”, podendo ser definida como: “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal”.

Entretanto, tal definição não pode ser confundida, segundo este autor⁸⁴, com a possibilidade de atuação arbitrária por parte da Administração Pública, pois ao agir de forma arbitrária o agente público estará agredindo a própria ordem jurídica. Isso porque o seu comportamento está fora dos limites permitidos em lei. Assim, o ato praticado com *arbitrariedade* é conseqüentemente ilícito e, portanto, corrigível judicialmente.

A arbitrariedade, segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁸⁵, localiza-se do outro lado da linha que delimita a discricionariedade, pois aquela é a liberdade que ultrapassa os limites da lei, sendo que a discricionariedade é exercida dentro dos limites impostos pela lei.

Segundo José CRETELLA JÚNIOR, a discricionariedade corresponde a *liberdade condicional*, enquanto que a arbitrariedade é a *liberdade ilimitada*, ou seja, sem fronteiras delimitadoras. O referido autor classifica o ato administrativo, segundo o grau de liberdade do poder público competente em: *arbitrário, vinculados e discricionários*⁸⁶.

O arbítrio é “a faculdade de operar *sem qualquer limite*, em todos os sentidos, sem a observância de qualquer norma jurídica”, enquanto a discricção é “a faculdade de operar *dentro de certos limites*, poder concedido ao agente público de *agir ou deixar de agir* dentro de um âmbito demarcado pela regra jurídica”⁸⁷.

⁸⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 395.

⁸⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 67.

⁸⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 222.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 222.

É importante esclarecer, assim, que o poder discricionário não se confunde com o poder arbitrário, pois não se pode exercer a competência discricionária além dos limites impostos pela lei, devendo sujeitar-se a ela.

Portanto, ao ultrapassar os limites impostos pela lei, se verifica o arbítrio, o que confere o direito de se recorrer ao Poder Judiciário, para que retifique o ato praticado pela Administração Pública.

3. CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

3.1 CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Inicialmente, há que se destacar que a atividade da Administração Pública é submissa à lei, sendo sempre necessário que haja norma que autorize e justifique a atuação estatal, tanto em relação a atividade vinculada quanto a discricionária.

Romeu Felipe BACELLAR FILHO afirma que a discricionariedade administrativa é “aplicável quando as circunstâncias da realidade revelam-se de difícil ou impossível previsão, não se confundindo com arbitrariedade, é um agir submisso à lei. Representa um espaço ou margem de atuação, não coberto pela especificidade da norma, mas confiado ao tirocínio do administrador público para um agir lastreado em conveniência e oportunidade”⁸⁸.

Assim, pela impossibilidade de o legislador editar leis que regulem todas as atividades da Administração Pública é que abriu um espaço para que as lacunas possam ser preenchidas por soluções de acordo com a situação fática.

Germana de Oliveira MORAES⁸⁹ destaca que a origem da discricionariedade administrativa encontra-se no Estado Liberal, no qual havia ligação direta entre o Direito e a lei, período no qual o princípio da legalidade surgiu para garantir a supremacia do legislador ordinário contra o absolutismo monárquico. É seguindo esse pensamento que Miguel Seabra FAGUNDES entende que “administrar é aplicar a lei de ofício”⁹⁰.

Para que possa desenvolver as suas funções, a Administração Pública dispõe de poderes que lhe garantem uma posição de supremacia em relação ao particular, para que possa atingir os seus fins.

⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 54.

⁸⁹ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 27.

⁹⁰ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle...*, 3. ed., op. cit., p. 17.

Porém, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO⁹¹ observa que tais poderes, no Estado de Direito, com base no princípio da legalidade, são limitados pela lei, impedindo, assim, os abusos e as arbitrariedades que possam vir a ser cometidos pela autoridade administrativa.

Relativamente a extensão da discricionariedade administrativa, Odete MEDAUAR⁹² afirma que esta abrange o poder discricionário, a atividade discricionária e o ato discricionário, momentos distintos, porém ligados entre si. Segundo esta autora, “o poder discricionário é uma faculdade, a atividade discricionária é o exercício das funções com utilização do poder discricionário, enquanto o ato administrativo discricionário é o resultado do exercício desse poder, seu resultado”⁹³. Assim, a “discricionariedade é liberdade de ação administrativa, dentro dos limites permitidos em lei”⁹⁴, não se confundindo com o arbítrio que “é a ação contrária ou excedente da lei. Ato discricionário, quando autorizado pelo Direito, é legal e válido; ato arbitrário é sempre ilegítimo e inválido”⁹⁵.

Conceito importante encontrado na doutrina nacional e que abrange a maior parte do pensamento desta é aquele formulado por Celso Antônio Bandeira de MELLO, ao afirmar que:

Discricionariedade, pois, é a margem de liberdade outorgada pela lei ao administrador para que este exercite o dever de integrar-lhe, *in concreto*, o conteúdo rarefeito mediante um critério subjetivo próprio, com vistas a satisfazer a finalidade insculpida no preceito normativo. Ocorre, portanto, possibilidade de ação discricionária quando a norma antecipadamente legitima o juízo ou a vontade que vier a ser produzida pela Administração, desde que expendida dentro dos limites de liberdade contidos nos marcos ou referenciais constantes da lei e manifestada em ordem a implementar o específico objetivo público nela consagrado⁹⁶.

Portanto, a norma delimita a ação discricionária, dando legitimidade a atuação do administrador, para que este possa agir em busca dos seus fins.

⁹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 204-205.

⁹² MEDAUAR, Odete. *Poder...*, op. cit., p. 39.

⁹³ *Ibidem*. p. 39.

⁹⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito...*, op. cit., p. 116-117.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 117.

⁹⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 303.

Hely Lopes MEIRELLES⁹⁷ lembra que a atividade discricionária é relativa e parcial, tendo em vista que, quanto à competência, à forma e à finalidade, está sempre a autoridade administrativa vinculada ao que dispõe a lei, como em qualquer outro ato administrativo vinculado.

Portanto, a discricionariedade administrativa encontra limites na própria lei que abre espaço para que o administrador público realize atos de acordo com a conveniência e oportunidade, optando, diante do caso concreto, pela melhor solução dentre as apresentadas no texto legislativo.

3.2 FUNDAMENTOS DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade administrativa justifica-se, de acordo com o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES⁹⁸, na impossibilidade de o legislador dispor em lei todos os atos que serão necessários para o desenvolvimento da atividade administrativa. Entende o autor que o ideal seria que a lei regulasse detalhadamente as ações praticadas pela Administração Pública, porém isto seria impossível diante da multiplicidade e diversidade dos fatos que exigem pronta solução ao Poder Público.

Em face dessa complexa situação, o legislador passa a regular somente àquelas atividades que reputar de maior relevância, deixando os demais atos sob a responsabilidade do administrador, que se utilizará de critérios prudentes para a tomada de decisão.

O mesmo autor acima citado faz ressalva, lembrando que “embora não cuidando de todos os aspectos dos atos relegados à faculdade discricionária, o legislador subordina-os a um mínimo legal, consistente na estrita observância, por parte de quem os vai praticar, da *competência*, da *forma*, da *finalidade* e dos princípios do *regime jurídico administrativo*, deixando o mais à livre escolha do agente administrativo”⁹⁹.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 117.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 117.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 118.

Celso Antônio Bandeira de MELLO¹⁰⁰ acrescenta afirmando que a discricionariedade advém também da intenção legal de atribuir à Administração Pública espaço de liberdade para solucionar o caso concreto, em face de sua posição privilegiada para reconhecer a melhor maneira para satisfazer a finalidade da lei.

Há ainda, segundo o este autor, uma inviabilidade jurídica que não permite a supressão da discricionariedade, pois obrigaria que o legislador invadisse o campo da individualização, separando-se da abstração própria das leis.

Isso porque, os atos legislativos têm uma característica preponderante abstrata, ou seja, são, em regra, normas gerais que disciplinam as relações entre os indivíduos, de forma ampla, sem detalhar situações concretas. A adequação da norma à coletividade se faz por meio de seu intérprete.

Para justificar a existência da discricionariedade administrativa, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO distingue dois critérios, um jurídico e outro prático, afirmando que

Sob o ponto de vista jurídico, utiliza-se a teoria da formação do Direito por Degraus, de Kelsen: considerando-se os vários graus pelos quais se expressa o Direito, a cada ato acrescenta-se um elemento novo não previsto no anterior; esse acréscimo se faz com o uso da discricionariedade; esta existe para tornar possível esse acréscimo. (...) Sob o ponto de vista prático, a discricionariedade justifica-se, quer para evitar o automatismo que ocorreria fatalmente se os agentes administrativos não tivessem senão que aplicar rigorosamente as normas preestabelecidas, quer para suprir a impossibilidade em que se encontra o legislador de prever todas as situações possíveis que o administrador terá que enfrentar, isto sem falar que a discricionariedade é indispensável para permitir o poder de iniciativa da Administração, necessário para atender às infinitas, complexas e sempre crescentes necessidades coletivas¹⁰¹.

Assim, fundamenta-se a discricionariedade atribuída à Administração Pública essencialmente: um, pela impossibilidade do legislador prever todos os atos necessários para a realização da atividade administrativa, dois, pela sua proximidade ao caso concreto e três, pela não invasão do legislador na área administrativa. Atribui-se ao administrador a possibilidade de eleger a solução mais adequada à situação fática

¹⁰⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 303-304.

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 205-206.

que se apresenta e requer solução, segundo os critérios de conveniência e oportunidade, sendo que sua opção está previamente legitimada.

3.3 LIMITES DA DISCRICIONARIEDADE

A discricionariedade deve ser exercida pelo administrador público dentro de limites impostos pela lei, constitucional e infraconstitucional, e pelos princípios constitucionais que orientam a atividade administrativa.

Lúcia Valle FIGUEIREDO sustenta que, “na *dinâmica da discricionariedade*, necessariamente, há a *proporcionalidade*, a *boa-fé*, a *lealdade* e a *igualdade*”¹⁰². Celso Antônio Bandeira de MELLO entende que “se trata necessária e inexoravelmente de um poder demarcado, limitado, contido em fronteiras requeridas até por imposição racional, posto que, à falta delas perderia o cunho de poder jurídico. Com efeito, se lhe faltassem diques não se lhe poderia incultar o caráter de comportamento ‘intralegal’”¹⁰³.

O exercício da discricionariedade administrativa está restrito, portanto, pela lei, dentro do sistema legal, de acordo com os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro, de acordo com o autor acima citado, destacando que tais limites podem ser descritos como sendo os próprios pressupostos legais justificadores do ato. A lei demonstra sempre “intento inequívoco de demarcar situações propiciatórias de certos comportamentos e identificar objetivos a serem implementados”¹⁰⁴. Assim, toda a atividade administrativa é “subordinada ao cumprimento de certos interesses. (...) Correspondente a um meio para alcançar escopos traçados *fora do âmbito da Administração*, porque instituídos pelo Legislativo”¹⁰⁵.

Ao fixar interesses a serem cumpridos, a lei determina condições de fato que orientam o agir da Administração, sendo que em tal caso só nele se preenchem os

¹⁰² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 207.

¹⁰³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 309.

¹⁰⁴ *Ibidem*. p. 310.

¹⁰⁵ *Ibidem*. p. 311.

requisitos necessários para que a finalidade prevista pela norma seja considerada satisfeita¹⁰⁶, sendo que a inadequação entre o ato e a lei gera necessariamente a invalidade do ato praticado. Assim, os limites da discricionariedade estão naqueles impostos pela lei e pelos princípios que regem o Estado Democrático e de Direito.

3.4 DO CONTROLE E SUA NECESSIDADE

Para que a atuação da Administração Pública esteja de acordo com o interesse público, fundamento indissociável de todo e qualquer ato administrativo, é essencial que seja pautada na legitimidade de acordo com a sua finalidade, estando dentro das opções determinadas na lei e conforme as exigências do bem comum, segundo Hely Lopes MEIRELLES¹⁰⁷.

No decorrer do presente trabalho, foi analisada desde logo a possibilidade de controle ou não dos atos administrativos face os elementos destes, porém, há que verificar, ainda, a extensão do controle jurisdicional sobre esses atos.

Assim, D'Andrea Sérgio FERREIRA entende ser fundamental “sublinhar-se que a *função de controle*, no âmbito governamental, tem, por titulares, órgãos das diferentes naturezas; e se insere no conceito do exercício dos diferentes *poderes instrumentais* dos Poderes Públicos, inclusive, e com muita relevância, da *jurisdição*”¹⁰⁸.

Entende Miguel Seabra FAGUNDES¹⁰⁹ que esse controle jurisdicional ocorre por uma intervenção do Poder Judiciário no processo de realização do direito, tendo como finalidade essencial a proteção do indivíduo perante a Administração Pública. Entretanto, Hely Lopes MEIRELLES lembra que “o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo do juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração”¹¹⁰.

¹⁰⁶ Ibidem. p. 312.

¹⁰⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 118.

¹⁰⁸ FERREIRA, D'Andrea Sérgio. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 390.

¹⁰⁹ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle...*, 3. ed., op. cit., p. 91-92.

¹¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 118.

A possibilidade do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários encontra fundamento legal, de acordo com a doutrina nacional, no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal¹¹¹, que prevê que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, sendo que tal controle se torna viável em razão do princípio da publicidade e do dever de fundamentar as decisões tomadas pela Administração Pública.

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, é importante lembrar que

nos primórdios do Estado Liberal, o controle era realizado somente quanto a aspectos conectados com a legalidade dos atos administrativos. Este controle, quando realizado pelos indivíduos, restringia-se à apreciação do exercício da atividade pública na esfera do contencioso administrativo. Era, portanto, uma espécie restrita de controle, que sofreu profundas alterações no Estado Social e Democrático de Direito. Com a social democracia, torna-se mais instrumentalizada a sistemática dos mecanismos de controle da Administração, na medida em que cresce a preocupação com o controle das atividades administrativas, em face da sua maior intervenção na sociedade, seja pela prestação de serviços públicos, seja pela atividade regulatória da economia. Criam-se, então, novas modalidades de controle dos atos administrativos, legitimando-se o cidadão como agente controlador¹¹².

O controle da atuação administrativa decorre, nos Estado de Direito, segundo Hely Lopes MEIRELLES¹¹³, da própria organização da sua Administração, ao fixar a competência de órgãos e agentes, estabelecendo desde logo os tipos e formas de controle para defesa tanto da Administração quando dos direitos dos administrados.

O Brasil possui um sistema de Jurisdição Una¹¹⁴, o que significa que um único Poder, qual seja, o Judiciário, tem a competência para julgar tanto os conflitos entre os particulares quanto aqueles que envolvam a Administração Pública como parte.

¹¹¹ Miguel Seabra FAGUNDES já defendia a possibilidade de controle dos atos administrativos, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, pois afirmava que “no Estado brasileiro ainda mais se acentua a importância do controle jurisdicional sobre os atos administrativos, porque, sendo o regime presidencial, caracteriza-se, particularmente, pela supremacia do Poder Executivo sobre o Legislativo, cujo controle sobre aquele é insignificante. Praticamente no Poder Judiciário está o único elemento fiscalizador das atividades executivas” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle...*, 6. ed., op. cit., p. 93).

¹¹² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 210-211.

¹¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 639.

¹¹⁴ No sistema de jurisdição una, segundo Miguel Seabra FAGUNDES, “tem lugar a apreciação das atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do direito privado, seja no do direito público, por meio do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle...*, 6. ed., op. cit., p. 96-97).

Antônio Carlos de Araújo CINTRA defende que “no sistema de jurisdição única, os litígios entre particulares e a Administração Pública são submetidos à justiça comum ou ordinária, integrada no Poder Judiciário. Ao contrário, no sistema da dupla jurisdição, os litígios administrativos são apreciados e julgados, de forma definitiva, por órgãos do Poder Executivo, instituídos ao lado e independentemente do Poder Judiciário, compondo o contencioso administrativo”¹¹⁵.

O sistema da dupla jurisdição não é aplicado no Brasil, sendo que o controle dos atos administrativos se dá por meio de atuação provocada do Poder Judiciário, sendo que tal controle é uma possibilidade de fiscalização e correção do agir do Poder Executivo.

Entretanto, observe-se que os três Poderes do Estado – Executivo, Legislativo e Judiciário – devem ser independentes e harmônicos entre si, para que possa garantir os direitos individuais. Valmir PONTES FILHO cita que “qualquer preponderância de um desses poderes sobre os demais representará, inegavelmente, uma ruptura mais ou menos violenta do sistema democrático e do próprio Estado de Direito, entendido este como o Estado em que a vontade da lei legítima supera a vontade individual do governante”¹¹⁶.

Segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o controle da Administração Pública pode ser realizado por meio de controle interno, também chamado de autocontrole, o qual

é executado pelos próprios órgãos da Administração Pública, no exercício do poder hierárquico e nos termos definidos em lei. Tem-se, nesse sentido, que a missão da Administração de controlar a si própria é uma função inerente à atividade administrativa que visa, nesta medida, o controle do cumprimento dos princípios administrativos, ou seja, a observância, na atividade administrativa, do regime jurídico administrativo¹¹⁷.

¹¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo...*, op. cit., p. 162.

¹¹⁶ PONTES FILHO, Valmir. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, vol. 55-56, p. 183-192, jul. 1980. p. 183.

¹¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 212.

Quanto ao controle externo, este é realizado por órgãos diferentes da Administração, visando garantir que a Administração Pública atue efetivamente em prol do interesse público, evitando falhas do sistema de autocontrole.

O controle externo pode ser exercido pelo Parlamento, ou seja, pelo Poder Legislativo. Segundo o autor acima citado¹¹⁸, este é um controle obrigatório, exercido dentro dos estritos limites impostos pela Constituição Federal, essencialmente no que se refere ao controle financeiro.

A terceira forma de controle da atuação da Administração Pública é o controle externo realizado pelo Poder Judiciário¹¹⁹, o qual se pretende verificar neste trabalho. Faz-se importante tal estudo em razão de que, segundo Miguel Seabra FAGUNDES,

a vigente Constituição expandiu o campo de controle da atividade administrativa pelo Poder Judiciário, de um lado, mediante a criação de novas ações constitucionais (*habeas data*, mandado de segurança coletivo, mandado de injunção) e reforço das já existentes (ação popular e ação civil pública) e, de outro, pela expressa afirmação de princípios constitucionais da Administração Pública (legalidade, moralidade, impessoalidade e publicidade)¹²⁰.

Por isso, faz-se relevante a análise do controle dos atos administrativos executado pelo Poder Judiciário, sendo que a delimitação da sua extensão é importante para que não ocorra ingerência de um Poder em outro, bem como por ser é um meio de proteção do administrado, garantindo-lhe o cumprimento dos direitos fundamentais expostos na Carta Constitucional.

3.5 CONTROLE JURISDICIONAL

É importante no que diz respeito ao controle exercido pelo Poder Judiciário se fazer a distinção entre os atos discricionários e os atos vinculados.

Defendendo esse entendimento, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que

¹¹⁸ Ibidem, p. 214-216.

¹¹⁹ Antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988, Miguel Seabra Fagundes já entendia que o controle exercido pela jurisdição é uno e, portanto, ordinário, afirmando que não existe margem para controvérsia, pois não há lugar para tribunais administrativos com função contenciosa, como ocorre na jurisdição dúplice (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle...*, 6. ed., op. cit., p. 112 a 115).

com relação aos atos vinculados, não existe restrição, pois, sendo todos os elementos definidos em lei, caberá ao Judiciário examinar, em todos os seus aspectos, a conformidade do ato com a lei, para decretar a sua nulidade se reconhecer que essa conformidade inexistiu. Com relação aos atos discricionários, o controle judicial é possível mas terá que respeitar a discricionariedade administrativa nos limites em que ela é assegurada à Administração Pública pela lei¹²¹.

Tal distinção é importante pelo fato de que ambos os aspectos coexistem num mesmo ato administrativo, tendo em vista que não há ato totalmente vinculado ou discricionário.

Segundo Luiz Alberto BLANCHET, “como o controle jurisdicional não pode invadir os domínios da discricionariedade, é compreensível que o pressuposto imprescindível da prática deste controle seja a identificação dos aspectos discricionários e vinculados de cada ato. À *vinculação* corresponde a *legitimidade*; à *discricionariedade*, o *mérito* administrativo”¹²².

O controle judicial dos atos administrativos, ao lado do princípio da legalidade, constitui um dos fundamentos sobre o qual está assentado o Estado de Direito, de acordo com o pensamento de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO.

Isso porque não seria suficiente que os atos da Administração Pública estivessem sujeitos à lei caso não pudessem “ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade que permitam apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados”¹²³. O controle jurisdicional dos atos administrativos, como já destacado, é garantido em face do artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal.

Entretanto, apesar desta previsão constitucional, Marçal JUSTEN FILHO observa que “é indispensável ampliar o instrumental de controle democrático, indo muito além dos institutos do direito de informação e do direito de petição. É imperioso instituir autoridades políticas e administrativas independentes, que sejam investidas de

¹²⁰ Ibidem, p. 216.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 210.

¹²² BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso...*, op. cit. p. 262.

¹²³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 640.

garantias contra os ocupantes do poder e que disponham de competência para fiscalizar a conduta de qualquer exercente de poder estatal”¹²⁴.

Realizar um efetivo controle dos atos administrativos conduz há uma maior segurança jurídica quanto à relação entre administrados e Administração, gerando uma confiabilidade daqueles quanto a atuação desta.

É nesse sentido que “a submissão do exercício das competências estatais a processos jurídicos de controle objetiva a realização dos fins comuns visados pelo conjunto da sociedade. O direito é um instrumento para a implementação dos valores fundamentais. O controle jurídico sobre a atuação dos exercentes de poder é o *meio* para a realização desses valores”¹²⁵.

O controle realizado pelo Poder Judiciário dos atos da Administração Pública é sem dúvida um direito constitucional do cidadão, de forma a impedir a arbitrariedade do administrador público, bem como a real eficácia dos atos deste quanto à busca do interesse comum.

3.6 EXTENSÃO DO CONTROLE JUDICIAL

Ao analisar o controle da atividade administrativa discricionária pelo Poder Judiciário¹²⁶, Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que é importante buscar limites ao exercício da discricionariedade. Assim, o referido autor entende que “visto que não há como conceber nem como aprender racionalmente a noção de discricionariedade sem remissão lógica à existência de limites a ela, que defluem da lei e do sistema como um todo – salvante a hipótese de reduzi-la a mero arbítrio, negador de todos os postulados do Estado de Direito e do sistema positivo brasileiro – cumpre buscar os pontos que lhe demarcam a extensão”¹²⁷.

¹²⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 734.

¹²⁵ *Ibidem*. p. 734-735.

¹²⁶ Segundo HELY LOPES MEIRELLES, o controle judicial “é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa”. (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 679).

¹²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial*. In: *Revista de Direito Público*. São Paulo, v. 32, p. 18-30, nov-1974. p. 24.

Observe-se que, apesar de não pairar dúvidas acerca da possibilidade de a própria Administração Pública controlar seus atos, por meio de revogação e anulação, tal unanimidade não ocorre quanto à intervenção jurisdicional na atividade administrativa, sendo que a grande discussão se desenvolve quanto ao grau de controle que pode ser exercido Poder Judiciário em relação aos atos administrativos. É por isso que o estudo de tal questão é relevante na doutrina para que se possa buscar a extensão desse controle.

Segundo Lúcia Valle FIGUEIREDO, a inclusão na Constituição da ameaça à lesão “faz com que o controle jurisdicional deva ser mais ágil, mais adequado para enfrentar qualquer dano a bem, valor do indivíduo ou da sociedade. Bem por isso os remédios de correção também se ampliaram”¹²⁸.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal prevê a garantia de que não será excluída da apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, nem mesmo por lei¹²⁹. É nesse sentido que está baseado o controle por via judicial dos atos da Administração Pública.

Hely Lopes MEIRELLES sustenta que é um controle “unicamente de *legalidade*, por restrito à verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege. Mas é sobretudo um meio de preservação de direito individuais, porque visa a impor a observância da lei em cada caso concreto, quando reclamada por seus beneficiários”¹³⁰.

Entretanto, Celso Antônio Bandeira de MELLO não entende que o controle judicial dos atos administrativos discricionários pode ser expresso de forma restritiva, pois entende que “ainda que praticados em nome da alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do

¹²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 42.

¹²⁹ Nesse sentido, CELSO RIBEIRO BASTOS afirma que “uma das vigas mestras que esteia o Estado de Direito é a existência de um Poder Judiciário independente e autônomo. Além disso, é necessário que todos os atos jurídicos passíveis de causarem lesão de direito sejam submissíveis e apreciáveis por esse Poder. É ele que vai conferir a garantia da efetividade do direito”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 337).

¹³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 679.

ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e de resto fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito”¹³¹.

Neste ponto há certa divergência na doutrina quanto a extensão do controle exercido pelo Poder Judiciário. Entretanto, vêm-se evoluindo para uma ampliação dessas possibilidades, na medida que restringir o controle somente à legalidade abre um grande espaço para uma atuação arbitrária daqueles que exercem o Poder Estatal.

É nesse sentido que Lúcia Valle FIGUEIREDO coloca que “o exame judicial terá de levar em conta não apenas a lei, a Constituição, como também os valores principiológicos do texto constitucional, os *standards* da coletividade”¹³². Assim, tem-se que o controle como garantia constitucional tem como finalidade, segundo a autora acima citada, preservar os indivíduos para que “não se submetam a contrições indevidas (como *verbi gratia*, a pagamento de tributos inconstitucionais), entre outras imposições sem respaldo constitucional, ou melhor, atropelando a Constituição”¹³³.

Entretanto, não deverá o Poder Judiciário se substituir à Administração Pública no que concerne ao poder discricionário de que esta goza, cabendo-lhe examinar o ato quanto a sua legalidade, confrontando o ato praticado aos dispositivos previstos em lei¹³⁴.

Porém, Celso Ribeiro BASTOS observa que

é o próprio Poder Judiciário que deslinda o mérito do ato e a sua parte vinculada. Não basta o ato ser discricionário para ele esquivar-se de maneira radical, liminar, a qualquer exame. O Poder Judiciário é que vai reconhecer que a partir de certo ponto transborda-se a legalidade para ingressar no exame do mérito do ato administrativo. Ainda mais. Ao Poder Judiciário caberá não só reconhecer que está diante de uma área abrangida pelo mérito do ato administrativo, mas também que no exercício deste mérito não houve nenhum vício.¹³⁵ (...) Pode eventualmente o administrador abusar dessa prerrogativa, pode desvirtuá-la, pode não obedecer aos motivos que ditam o exercício do ato praticando-o imotivadamente;

¹³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 313.

¹³² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle...*, op. cit., p. 43.

¹³³ *Ibidem*. p. 46.

¹³⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 338-339.

¹³⁵ Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal assim tem decidido: “Administrativo - Mandado de Segurança - Alvará de Funcionamento - Discricionariedade da Administração Pública. Não ocorrendo abuso ou excesso de poder por parte da administração pública, na recusa da expedição de alvará de funcionamento, mas mera faculdade, tratando-se de ato discricionário, poderá esta adotar a solução que entender conveniente”. (BRASIL. TJDF - APC 19990110413537 - DF - 5ª Turma Cível - Rel. Haydevalda Sampaio – em 19/06/2000. DJU 20/09/2000. p. 30).

consequentemente, fazendo um uso viciado da apreciação subjetiva que inequivocamente lhe cabe^{136 137}.

Seguindo este pensamento, o autor citado entende que caberá também ao Poder Judiciário, portanto, “anular atos administrativos, por desvio de poder, por abuso de poder, que atacam exatamente não uma irregularidade formal explícita do ato administrativo, mas ataca o seu âmago, a sua finalidade, apresentando-se essa irregularidade de forma velada, camuflada”¹³⁸.

Odete MEDAUAR enfatizou que fora um passo importante na fixação de parâmetros do poder discricionário a admissão do *controle do fim*, “criando-se a figura do *desvio de poder*”¹³⁹, ao lado da “exigência de nexos entre o ato administrativo e seus antecedentes de fato”¹⁴⁰, o que levou o motivo a ser um vínculo a mais no exercício desse poder discricionário.

O controle da finalidade é uma evolução das teorias de controle sendo que a possibilidade de anular os atos administrativos eivados do vício do desvio de poder é um passo à frente para o desenvolvimento de uma Administração Pública que busque efetivamente o interesse comum, pautada nos princípios constitucionais que regem sua atuação, especialmente o da moralidade administrativa.

Em face do analisado, tem-se que é essencial ao Estado Democrático e de Direito que se exerça de forma eficaz o controle jurisdicional dos atos praticados pelo

¹³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 339.

¹³⁷ A jurisprudência tem sido clara nesse sentido: “CONCURSO PÚBLICO. SOLDADO PMDF. ESTATURA MÍNIMA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DA DEMANDA. ILEGALIDADE DE CLÁUSULA EDITALÍCIA. LEIS 6.450/77 E 7.289/84. NULIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO. PRESERVAÇÃO REFLEXA DA ISONOMIA. 1. A legalidade do ato administrativo pode ser submetida pela parte interessada ao controle judicial, não havendo que se falar, pois, em carência de ação. 2. A definição dos requisitos de acesso a cargo público sujeita-se à reserva legal. 3. Logo, incorre em ilegalidade a cláusula do edital do concurso que inova condição (estatura mínima) alheia ao rol previsto na lei, revelando-se nula, por conseguinte, a decisão administrativa que alija do certame concorrente que deixou de atender a tal exigência. 4. Longe está de ferir a isonomia a tutela judicial deferida ao candidato. 4.1. Em verdade, ela indiretamente restaura a igualdade reflexamente desprezada pela norma editalícia que, a toda evidência, não pode criar fator de diferenciação que restringe, para além das hipóteses estabelecidas na lei, o direito constitucional de admissão ao cargo público disputado”. (BRASIL. TJDF - APC 20020110222829 - DF - 3ª Turma Cível - Rel. Vera Andrighi – em 15/09/2003. DJU 03/03/2005 - p. 48)

¹³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 339.

¹³⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito...*, op. cit., p. 465.

¹⁴⁰ *Ibidem*. p. 465.

administrador público¹⁴¹, porém, deve estar pautado nos princípios da legalidade e da separação dos poderes, visando resguardar as garantias previstas na Constituição Federal.

3.7 TÉCNICAS DE CONTROLE

As técnicas de controle jurisdicional da atividade discricionária da Administração Pública têm se desenvolvido muito com o fluir dos anos. De acordo com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “algumas teorias têm sido elaboradas para fixar limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário”¹⁴².

Para que seja possível e efetivo o exercício de tal controle é que se fazem importantes as teorias desenvolvidas pelos doutrinadores.

Marçal JUSTEN FILHO afirma que “o controle da atividade administrativa do Estado é o conjunto de órgãos, institutos jurídicos e atividades destinados especificamente a fiscalizar a regularidade da atuação administrativa pública concreta”¹⁴³.

É unânime, na atualidade, a idéia da possibilidade de controle pelo Poder Judiciário, sendo que a discussão se mantém em face da determinação da forma e da extensão desse controle. Pretende-se analisar neste ponto duas técnicas de grande relevância na doutrina nacional.

A primeira técnica a ser analisada refere-se aos motivos determinantes do ato administrativo, sendo que, segundo Celso Ribeiro BASTOS, os motivos são o suporte para o exercício do ato administrativo, atuando como causas determinantes de seu

¹⁴¹ MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO destaca que “a rigor, pode-se dizer que, com relação ao ato discricionário, o Judiciário pode apreciar os aspectos da legalidade e verificar se a Administração não ultrapassou os limites da discricionariedade; neste caso, pode o Judiciário invalidar o ato, porque a autoridade ultrapassou o espaço livre deixado pela lei e invadiu o campo da legalidade” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 211).

¹⁴² *Ibidem*. p. 211.

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 739.

cometimento. Assim, “a desconformidade entre os motivos e a realidade acarreta a invalidade do ato”¹⁴⁴.

A segunda teoria está relacionada ao desvio de poder, que, como bem salienta Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, “é aquela ação efetivada longe do espírito da lei, ou melhor, exercitada fora do *fim* previsto, qualificado, considerado como finalidade própria do ato”¹⁴⁵, ou seja, esta teoria está ligada à noção de finalidade do ato administrativo.

Cabe destacar aqui a análise a ser desenvolvida no próximo capítulo, que se refere ao controle exercido com base nos princípios constitucionais que regem a atividade administrativa.

As técnicas de controle do ato administrativo contribuem muito para a ampliação das possibilidades de realização deste pelo Poder Judiciário, respeitando-se o princípio da separação dos poderes, pois são formas de se fiscalizar e corrigir os atos administrativos, mas sem substituir a atuação do administrador pela do ação do julgador.

3.7.1 Teoria dos Motivos Determinantes

O exame dos motivos, de acordo com Celso Antônio Bandeira de MELLO é “meio hábil para a contenção do administrador na esfera discricionária que lhe assista”¹⁴⁶, pois caso contrário “não haveria como garantir-se a legitimidade dos atos administrativos”¹⁴⁷. De acordo com o citado autor “os motivos que denominam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão integram a validade do ato. (...) Diante disto, se o agente enunciar os motivos em que se calçou, ainda quando não esteja obrigado a enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram”¹⁴⁸.

¹⁴⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 96.

¹⁴⁵ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio...*, op. cit., p. 112.

¹⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 314.

¹⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 88.

¹⁴⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 125.

Portanto, cabe ao Poder Judiciário analisar a veracidade dos motivos que levaram a prática de determinado ato¹⁴⁹. Pode a lei não obrigar que o agente público expresse o motivo do ato administrativo, mas se o fizer, a sua validade estará condicionada a realidade do ato, devendo coincidir com a situação fática a que se refere.

A jurisprudência tem evoluído muito nesse sentido e já há decisões importantes quanto a possibilidade de o Poder Judiciário anular o ato administrativo quando a sua motivação for nula, com base na teoria dos motivos determinantes, desenvolvida pela doutrina¹⁵⁰.

O Superior Tribunal de Justiça já afirmou de forma clara que os atos administrativos devem ser motivados, bem como são vinculados aos fins que determinaram a sua prática, devendo os Tribunais analisar se foram observados os limite do ato discricionário¹⁵¹.

¹⁴⁹ Segundo MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “quando a Administração indica os motivos que a levaram a praticar o ato, este somente será válido se os motivos forem verdadeiros. Para apreciar esse aspecto, o Judiciário terá que examinar os motivos, ou seja, os *pressupostos de fato* e as *provas* de sua ocorrência” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 211).

¹⁵⁰ Nesse sentido, é de grande valia destacar julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, o qual teve a seguinte ementa: “ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. PROVIMENTO DO CARGO. COMPETÊNCIA. ATO DE INDEFERIMENTO. MOTIVOS. DESVIO DE PODER E DE FINALIDADE. I - O Presidente do TRF da 4ª Região, à luz das disposições regimentais, tem competência para expedir o ato de provimento de cargo público. Tal competência, no entanto, é condicionada ao juízo de oportunidade e conveniência da Administração, normalmente centrado em sua pessoa, mas que, no concurso regido pelo Edital nº. 02/2000, foi delegado e deixado a “critério da Administração dos Órgãos Interessados” (item 12.2). Assim, em havendo manifestação favorável dos órgãos interessados ao provimento do cargo público, a ato da Administração do Tribunal que nega a medida, desde que resgatada a competência, há de ser fundamentada. Os motivos apontados no ato vinculam-se à validade do ato (teoria dos motivos determinantes); em sendo nula a motivação, nulo é o ato. (...) III - Não pode a Administração negar o provimento de cargo público, cuja necessidade é inequívoca, fundada unicamente na proximidade de expiração de validade de concurso público. Hipótese em que ocorre desvio de poder e de finalidade. “Como o inciso IV (do artigo 37 da Constituição Federal) tem o objetivo manifesto de resguardar precedências na seqüência dos concursos, segue-se que a Administração não poderá, sem burlar o dispositivo e sem incorrer em desvio de poder, deixar escoar deliberadamente o período de validade de concurso anterior para nomear os aprovados em certames subsequentes. Fora isto possível e o inciso IV tornar-se-ia letra morta, constituindo-se na mais rúptil das garantias” (Celso Antônio Bandeira de Mello, Regime Constitucional dos Servidores, p. 56 apud STF, 2ª Turma, RE nº 192.568/PI, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, decisão 23-04-1996, maioria, DJU 13-09-1996, p. 33.241)”. (BRASIL. TRF4 – AC 513194 – PR – 4ª Turma – Rel. Juiz Valdemar Capeletti – em 12/11/2003. DJU 26/11/2003 – p. 652).

¹⁵¹ No seguinte julgado, o Superior Tribunal de Justiça demonstra claramente a sua posição favorável a um controle mais eficaz dos atos administrativos pelo Poder Judiciário: ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO - CONTROLE JURISDICIONAL - PORTARIA QUE OBRIGA A VENDA DE COMBUSTÍVEIS A PREÇOS MENORES QUE OS RESPECTIVOS CUSTOS - INCOMPETÊNCIA - DESVIO DE FINALIDADE. I - Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. Lei 4.717/65, Art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO assevera que, quando são empregados conceitos jurídicos indeterminados na fixação dos motivos, nem sempre existirá discricionariedade, pois poderá ocorrer que apenas uma única solução concreta seja válida diante do direito. Nesses casos, “o Poder Judiciário pode examinar o ato da Administração, porque ele não é discricionário”¹⁵².

Há quem ainda entenda que não caberá tal controle se, para determinação dos motivos exigir-se a apreciação subjetiva, segundo critério de valor, pois se estaria adentrando no exame da *discricionariedade*. Porém, a doutrinadora acima referida afirma que “mesmo neste caso, alguns autores apelam para o *princípio da razoabilidade* para daí inferir que a valoração subjetiva tem que ser feita dentro do razoável, ou seja, em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”¹⁵³.

Pode-se concluir, portanto, nas palavras de Hely Lopes MEIRELLES que, “quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são faltos ou inexistentes, nulo é o ato praticado”¹⁵⁴.

Assim, o controle jurisdicional dos motivos determinantes do ato administrativo tem por finalidade “confinar comportamento pretensamente discricionário ao plano de legitimidade e do respeito aos direitos e garantias individuais”¹⁵⁵.

José CRETELLA JÚNIOR lembra que “a *existência material* do ocorrido, que não se confunde com a *ponderação* ou *valoração dos motivos*, é elemento concreto que merece apreciação. Inexistindo o motivo, ou dele extraindo o administrador ilações que se choquem com o princípio de direito aplicado, o ato administrativo será

competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados. II - A Portaria 324/98, em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95. (BRASIL. STJ – MS 6.166 – DF – 2ª Turma – Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros – em 13/10/1999. DJU 06/12/1999 – p. 62).

¹⁵² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 211.

¹⁵³ *Ibidem*. p. 212.

¹⁵⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 196.

nulo”¹⁵⁶. Em consequência, cabe o exame da matéria de fato que possibilita a determinação da existência ou não do motivo imputado pelo agente público, independentemente de ter sido apontado expressamente o motivo por aquele que praticou o ato, desde que possa ser identificado¹⁵⁷.

A importância desta teoria foi muito bem suscitada por Antônio Carlos de Araújo CINTRA¹⁵⁸ que entende que ela reduz a área de discricionariedade, porém não conduz a substituição do administrador pelo Poder Judiciário.

Dessa forma, possibilita-se garantir ao cidadão uma atuação da Administração Pública voltada efetivamente ao interesse público, estando, assim, de acordo com os princípios que norteiam a sua atividade. A teoria dos motivos determinantes tem por mérito permitir um controle jurisdicional eficaz, respeitando o princípio da separação dos poderes.

3.7.2 Teoria do Desvio de Poder

Outra importante teoria desenvolvida na doutrina e que já foi absorvida pela jurisprudência brasileira é teoria do desvio de poder, também chamada por alguns autores de teoria do desvio de finalidade.

Segundo Hely Lopes MEIRELLES, “o *desvio de finalidade* ou *de poder* verifica-se quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público”¹⁵⁹, sendo que, de acordo com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, “quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei”¹⁶⁰.

¹⁵⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 314.

¹⁵⁶ CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 275.

¹⁵⁷ Luiz Alberto BLANCHET enfatiza que “mesmo quando não apontado o motivo do ato, ele vinculará a atuação do administrador caso possa ser identificado a partir de outros aspectos do ato” (BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso...*, op. cit. p. 119-120).

¹⁵⁸ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo...*, op. cit., p. 188.

¹⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 110.

¹⁶⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 211.

Assim, utilizando a Administração Pública do poder discricionário de forma indevida, ou seja, desviando-se dos interesses públicos previstos em lei e ultrapassando os limites da discricionariedade, poderá o Poder Judiciário decretar a nulidade do ato.

A finalidade do ato¹⁶¹, conforme apresenta Celso Ribeiro BASTOS, “só pode ser aquela indicada, explícita ou implicitamente, na lei”¹⁶². Portanto, qualquer ato que desvirtue de tal finalidade caracterizará desvio de poder por parte da Administração Pública.

Para Germana de Oliveira MORAES, “o dever de observância, pelos agentes públicos, da finalidade enunciada na norma jurídica decorre do princípio da impessoalidade, cuja preterição importa o vício do desvio de poder”¹⁶³, possibilitando a declaração de nulidade do ato.

A Lei da Ação Popular¹⁶⁴ previu expressamente que o desvio de poder ou finalidade terá como efeito a nulidade do ato administrativo, sendo que tal diploma legal definiu como caso de desvio de finalidade a prática de ato pelo agente público tendo por fim situação diversa da prevista na lei.

Esse tem sido o entendimento dos Tribunais, sendo que a jurisprudência¹⁶⁵ vem cada vez avançando mais nesse tema, abrindo um campo maior para a

¹⁶¹ Quanto à finalidade do ato administrativo, Miguel Seabra FAGUNDES afirma que esta “é examinada como aspecto da *legalidade*, tendo-se em vista verificar se a Administração Pública agiu ou não com o fim previsto na lei. Indaga-se da *finalidade* para apurar se o ato administrativo foi praticado para alcançar o *fim* desejado pelo texto legal. A desvirtuação de finalidade (*détournement de pouvoir* do direito francês) pode tornar o ato ilegal. Aqui o exame da legalidade quase chega ao mérito. Há, porém, um sutil limite que se não deve esquecer. O julgamento examina se o ato se conteve dentro do poder do administrador, isto é, se foi praticado segundo os fins, em virtude dos quais o poder de agir lhe foi outorgado pela lei, mas não se o uso que fez do poder foi o *melhor*. Enquanto se discute se o fim do ato foi o querido pela lei, há uma simples questão de *legitimidade*. Só haveria exame do *mérito* se se quisesse discutir o acerto do ato pelo bom uso da competência, em face das necessidades coletivas” (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle...*, 6. ed., op. cit., p. 135).

¹⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso...*, op. cit., p. 96.

¹⁶³ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle...*, op. cit., p. 124.

¹⁶⁴ Artigo 2º, inciso “e” e parágrafo único, inciso “e”, da Lei 4.717, de 29 de Junho de 1965.

¹⁶⁵ Quanto a esse tema, importante destacar o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, o qual manteve a decisão que anulou o ato administrativo, por ter sido demonstrado o desvio de finalidade do ato: “SERVIDOR. DNER. NÍVEL SUPERIOR. REMOÇÃO PARA LOCALIDADE ONDE INEXISTE CARGO DE NÍVEL SUPERIOR. DECISÃO JUDICIAL ANTERIOR ANULANDO ATO. DESVIO DE FINALIDADE. I. Correta a decisão ora atacada, que anulou portaria de remoção do impetrante - servidor detentor de nível superior - para fora da sede do 3º DRF/DNER, onde inexistia previsão para lotação de pessoal de nível superior, face à comprovação de consistir, tal ato, em uma forma de represália, ultrapassados os limites do poder discricionário da autoridade coatora, vislumbrando-se o desvio das finalidades administrativas. II. Sentença

possibilidade de controle dos atos administrativos. Esse progresso jurisprudencial é importante para que o controle seja efetivo, garantindo de forma ampla os direitos fundamentais contra as ingerências indevidas da Administração Pública.

Assim, além de observar os limites legais, deve o administrador respeitar os fins previstos para o ato administrativo, visualizando na prática do ato os princípios constitucionais aplicados à Administração Pública. Há que observar que o interesse público está essencialmente no cumprimento da lei, não podendo ser utilizado como meio para o seu descumprindo¹⁶⁶.

Celso Antônio Bandeira de MELLO explica que “no desvio de poder, o comportamento do agente, via de regra por “móvel” viciado, está em descompasso com a finalidade comportada pela regra de competência. Como a lei não prestigia intenção orientada para fim diverso daquele que nela se contém, nem sustenta comportamento por qualquer modo desajustado à sua finalidade, o ato praticado é nulo”¹⁶⁷. Nesse sentido, o autor acima citado coloca que “a atividade administrativa, para manter-se afinada com os princípios do Estado de Direito e com o regramento constitucional brasileiro, necessita ser exata e precisamente uma atividade pela qual se busca o atingimento dos fins pré-traçados em lei”¹⁶⁸.

mantida. Apelo e remessa oficial improvidos”. (BRASIL. TRF5 – AMS 52732 – CE – 1ª Turma – Rel. Des. Federal Ivan Lira de Carvalho – em 19/12/2002. DJU 04/04/2003 – p. 521).

¹⁶⁶ Nesse sentido, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região já decidiu, consistindo o seguinte julgado em importante base para que se realize um controle efetivo e adequado dos atos da Administração Pública: “ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. ALFÂNDEGA. ARMA ESTRANGEIRA. APREENSÃO. REEXPORTAÇÃO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INTEMPESTIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E RAZOABILIDADE. DESVIO DE FINALIDADE. DIREITO DE PROPRIEDADE. ORDEM JUDICIAL. DESCUMPRIMENTO. IMPOSIÇÃO DE MULTA DIÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. ART. 461 DO CPC. SÚMULA 500 STF. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. LEI Nº 9.289/96. INAPLICABILIDADE. SUCUMBÊNCIA. DECORRÊNCIA LÓGICA. ART. 20, CPC. (...) 6. Observo que cabe a Administração Pública, conforme princípio da legalidade, fazer o que expressamente está autorizado por lei, eis que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. 7. Não cabe à administração, excedendo o poder que lhe é inerente, desviar a finalidade do ato administrativo buscando objetivos diversos da lei e do interesse público. Deve-se também ter em mente o princípio da razoabilidade, decorrente da proporcionalidade entre os meios que se utiliza e os fins que a administração tem que alcançar, não podendo o administrador utilizar-se de critérios puramente pessoais, mas sim conforme os padrões comuns da sociedade. (...) 14. Apelação e remessa oficial *ex lege* parcialmente providas”. (BRASIL. TRF4 – AC 312817 – RS – 4ª Turma – Rel. Juiz Alcides Vettorazzi – em 07/11/2000. DJU 10/01/2001 – p. 269).

¹⁶⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 315.

¹⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 51.

Duas modalidades podem ser destacadas quanto ao vício do desvio de poder¹⁶⁹. Na primeira, “o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca uma finalidade alheia a qualquer interesse público”¹⁷⁰, enquanto que na segunda modalidade, o agente “busca atender uma finalidade pública que, entretanto, não é aquela própria, específica, da competência utilizada”¹⁷¹. Em ambos os casos, o ato está viciado e poderá ter a nulidade declarada pelo Poder Judiciário, pois a vinculação do ato ao interesse público é uma garantia fundamental para os cidadãos.

O mesmo autor em comentário explica que quando ocorre desvio de poder há “*um mau uso da competência* que o agente possui para praticar atos administrativos, traduzida na busca de uma *finalidade* que simplesmente não pode ser buscada ou, quando possa, não pode sê-lo através do ato utilizado”¹⁷², destacando que a importância da teoria do desvio de poder é possibilitar que o centro da legalidade do ato administrativo seja o interesse público.

Importante frisar o entendimento de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO quanto a este tema. O doutrinador vislumbra que “o desvio de poder consagra na vontade administrativa desnecessariamente um pressuposto de *imoralidade* tal e qual a usurpação e o excesso. A vinculação legal ao ato não basta no domínio dos motivos. Não se podem esquecer nunca as diretrizes subjetivas do próprio poder administrativos dimanadas de uma obrigatória *boa administração*”¹⁷³.

Portanto, a teoria do desvio de poder busca demonstrar a nulidade do ato administrativo discricionário quando o agente utilizar meios impróprios para atingir determinado interesse público ou, em casos mais graves, quando o ato tiver por

¹⁶⁹ JOSÉ CRETELLA JÚNIOR coloca que, “para que ocorra o *desvio de poder* quatro elementos importantes devem estar presentes: 1º) *autoridade administrativa*; 2º) *competência*; 3º) *uso do poder*; 4º) *fim diverso do conferido pela lei*” (CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso...*, op. cit., p. 290).

¹⁷⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade...*, op. cit., p. 58-59.

¹⁷¹ *Ibidem*. p. 59.

¹⁷² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 127.

¹⁷³ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio...*, op. cit., p. 117.

finalidade interesse diverso do bem comum¹⁷⁴, extrapolando os limites previstos em lei.

Assim, estar-se-á efetivamente impedindo que a Administração Pública utilize o poder a ela atribuído para alcançar propósitos diversos da lei e do interesse público.

3.8 VINCULAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO AOS PRINCÍPIOS

A atuação da Administração Pública está vinculada essencialmente aos princípios constitucionais que regem o Estado Democrático e de Direito, pois não se pode questionar que os atos administrativos devem buscar atingir o interesse público, sem se descuidar da garantia¹⁷⁵ quanto aos direitos fundamentais do cidadão.

É nesse sentido que Juarez FREITAS ressalta que “o critério decisivo para estimar uma adequada atuação controladora reside, justamente, no zelo pela íntegra dos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo quando se mostrar justificável a preponderância episódica de um, sem exclusão ou supressão recíproca dos demais”¹⁷⁶.

O controle jurisdicional baseado nos princípios constitucionais que norteiam a atividade administrativa é essencial para se garantir que o agente público atue dentro dos limites da lei, em função do interesse comum e com base nos padrões comuns da sociedade.

Hely Lopes MEIRELLES sustenta que “mesmo quanto aos elementos discricionários do ato há limitações, impostas pelos princípios gerais do Direito e pelas

¹⁷⁴ HELY LOPES MEIRELLES, ao analisar o bem comum, identifica-o com o interesse social ou interesse coletivo e afirma que o bem comum “impõe que toda atividade administrativa lhe seja endereçada. Fixa, assim, o rumo que o ato administrativo deve procurar” (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 118).

¹⁷⁵ Juarez FREITAS ressalta que “no exame da conveniência e de oportunidade, a discricionação deverá ser examinada juridicamente com o escopo de impedir que o mérito se confunda com o arbítrio” (FREITAS, Juarez. *Estudos...*, op. cit., p.141).

¹⁷⁶ FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 19.

regras da boa administração, que, em última análise, são preceitos de moralidade administrativa”¹⁷⁷.

A discricionariedade administrativa está limitada pelo disposto nos princípios que orientam a atuação da Administração Pública, possibilitando um controle jurisdicional mais amplo dos atos discricionários, com base nos princípios constitucionais.

¹⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 118.

4. DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE LIMITAM A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA

A Administração Pública, seja ela direta ou indireta, é regida por normas específicas, bem como por preceitos gerais de que informam a sua atuação, sendo estes os princípios¹⁷⁸ do direito administrativo¹⁷⁹.

A atuação da Administração Pública está vinculada as “prerrogativas e sujeições que condicionam o Poder Público”, sendo que as prerrogativas “garantem à Administração posição superior às demais pessoas com quem se relaciona”¹⁸⁰, pois a atividade administrativa tem por fim um bem comum.

Tais prerrogativas são a auto-executoriedade, presunção de legitimidade, e a imperatividade, como já analisado anteriormente.

Observe-se que, segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “a existência da Administração Pública só tem sentido em função de uma justa e equitativa distribuição, entre os cidadãos, dos direitos e dos encargos sociais”. Assim, “o princípio geral que domina toda a atividade estatal, exercida por intermédio da Administração Pública, é o bem comum”, sendo que “a Administração Pública não pode objetivar interesses particulares”¹⁸¹.

Portanto, a atividade estatal deve estar baseada no interesse público, não podendo se afastar deste, sob pena de nulidade dos seus atos. Assim, a busca pelo bem da coletividade, bem como a garantia do respeito aos direitos fundamentais do cidadão conduzem o administrador para uma atuação de acordo com os princípios constitucionais, dando segurança jurídica às relações entre administrado e administrador.

De acordo com Hely Lopes MEIRELLES, “os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do *interesse público*, assim entendidas aquelas aspirações

¹⁷⁸ Importante frisar que “os princípios jurídico-administrativos, como constatações científicas que são, não se resumem simplesmente a um amontoado de regras básicas orientadoras da atividade administrativa. Os princípios do Direito Administrativo constituem um *sistema*. Eles se conjugam. Eles convergem para o princípio maior, cuja idéia nuclear é a de ‘*interesse público*’”. BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso...*, op. cit., p. 34.

¹⁷⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito...*, op. cit., p. 139.

¹⁸⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 39.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 37.

ou vantagens licitamente almeçadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado *sem interesse público* configura *desvio de poder*¹⁸². Celso Antônio Bandeira de MELLO¹⁸³ acrescenta a *indisponibilidade do interesse público pela Administração* para a construção do sistema de Direito Administrativo.

Os princípios, no direito administrativo, têm grande relevância, pois auxiliam na interpretação e consolidação dos seus institutos, residindo sua importância, especialmente, por “possibilitar a solução de casos não previstos, para permitir melhor compreensão dos textos esparsos e para conferir certa segurança aos cidadãos quanto à extensão dos seus direitos e deveres”¹⁸⁴.

Segundo José Afonso da SILVA,

a Administração Pública é informada por diversos princípios gerais, destinados, de um lado, a orientar a ação do administrador na prática dos atos administrativos e, de outro lado, a garantir a boa administração que se consubstancia na correta gestão dos negócios públicos e no manejo dos recursos públicos (dinheiro, bens e serviços) no interesse coletivo, com o que também se assegura aos administrados o seu direito a práticas administrativas honestas e probas¹⁸⁵.

Juarez FREITAS, ao tratar do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários realizado em face dos princípios constitucionais, destaca que “como os atos praticados com discricionariedade também são, de algum modo, vinculados aos princípios constitutivos do sistema, não se aceita que haja exclusividade dos mesmos quanto ao exame do desvio de fins. Vai daí que os atos administrativos, mais ou menos vinculados, invariavelmente devem ser confrontados com os princípios constitucionais”¹⁸⁶.

O *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988 dispôs expressamente quanto a Administração Pública direta e indireta, impondo-lhe a observância de cinco princípios básicos: *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*.

¹⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 87.

¹⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 18.

¹⁸⁴ MEDAUAR, Odete. *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹⁸⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed., rev. e ampl., São Paulo: Editora Malheiros, 1994. p. 569.

Entretanto, a doutrina extraiu do texto legal outros princípios norteadores da atuação da Administração Pública, sendo que os mais relevantes são os princípios da moralidade, da proporcionalidade, da razoabilidade e o da supremacia do interesse público.

Celso Antônio Bandeira de MELLO¹⁸⁷ acrescenta, ainda, os princípios do devido processo legal e da ampla defesa, do controle judicial dos atos administrativos, da responsabilidade do Estado por atos administrativos e da segurança jurídica. Entretanto, tais princípios encontram-se inseridos nos acima enumerados, constituindo-se tão somente em desdobramentos destes.

De acordo com Romeu Felipe BACELLAR FILHO¹⁸⁸, pode-se afirmar que os pilares do Direito Administrativo, os quais possibilitam a concretização do regime jurídico administrativo, são os princípios da *supremacia do interesse público sobre o privado* e da *indisponibilidade dos interesses públicos*.

Portanto, a atividade administrativa está vinculada à efetivação do bem comum, sendo que tal situação pode ser vislumbrada por meio dos princípios constitucionais que delimitam a atuação da Administração Pública. Tais princípios possibilitam que o Poder Judiciário age de forma eficaz, controlando os atos administrativos e garantindo uma atuação legítima do agente público, visando o bem comum da sociedade.

4.1 PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

Esse princípio é um dos fundamentos da Administração Pública sendo também chamado de princípio da finalidade pública. Segundo Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, a importância de tal princípio vêm desde o momento da elaboração da lei até o momento da sua concretização pelo Administrador¹⁸⁹. Assim, a referida autora

¹⁸⁶ FREITAS, Juarez. *O Controle...*, op. cit., p. 34-35.

¹⁸⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 114-115.

¹⁸⁸ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 41.

¹⁸⁹ Juarez FREITAS explica que o princípio em análise possui uma especificidade a que “está em prescrever que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoistamente articulada” (FREITAS, Juarez. *O Controle...*, op. cit., p. 53).

afirma que o princípio da supremacia do interesse público “inspira o *legislador* e vincula a autoridade administrativa em toda a sua atuação”¹⁹⁰.

Hely Lopes MEIRELLES entende que “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Em razão dessa inerência, deve ser observado mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares”¹⁹¹.

Isso significa que, independentemente de o ato ser praticado pela Administração Pública direta, indireta ou mesmo pelo particular, o fim deverá sempre ser o interesse público, não se podendo admitir finalidade diversa, sob pena de comprometer o ato e a atuação do agente.

Para Celso Antônio Bandeira de MELLO, podem ser entendidas como sendo conseqüências do princípio da supremacia do interesse público: “a) posição privilegiada do órgão encarregado de zelar pelo interesse público e de exprimi-lo, nas relações com os particulares; b) posição de supremacia do órgão nas mesmas relações”¹⁹². A exigibilidade dos atos administrativos e a autotutela têm sua origem no referido princípio.

Importante destacar que “a partir deste princípio, então, implícito e fundado na própria idéia de estado, obriga-se que na atuação estatal seja sempre observado o interesse coletivo (público) como fim maior a ser alcançado de sorte que, na contraposição entre o público e o privado, aquele há sempre de prevalecer, notadamente ‘como condição de sobrevivência e asseguramento do último’”¹⁹³, de acordo com as palavras de Romeu Felipe BACELLAR FILHO.

Assim, ocupando posição privilegiada, a Administração Pública deve pautar sua atuação no interesse público¹⁹⁴, ou seja, no bem comum almejado pela sociedade.

¹⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 68.

¹⁹¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 101.

¹⁹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 20.

¹⁹³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 42.

4.2 PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Do princípio da supremacia do interesse público decorre, de acordo com Hely Lopes MEIRELLES,

*o princípio da indisponibilidade do interesse público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado*¹⁹⁵. Daí insurge-se que “os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão”¹⁹⁶.

O princípio referente ao interesse público está previsto no *caput* do artigo 2º da Lei 9.784/99¹⁹⁷, sendo que o inciso II do referido artigo deixa claro que não pode a Administração Pública dispor contrariamente ao interesse público, nem tampouco renunciar aos poderes ou competências que lhe forem atribuídas.

Exemplo de situação que infringe tal princípio é o caso de a autoridade competente deixar de apurar a responsabilidade relativamente a uma irregularidade da qual tenha ele sido informado.

Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização”¹⁹⁸.

Tendo em vista que o princípio da indisponibilidade do interesse público é, ao lado do princípio da supremacia desse mesmo interesse, um dos pilares do direito administrativo, tal princípio tem por finalidade garantia a inafastabilidade do interesse público em relação a atuação da Administração Pública. O princípio é claro quanto ao

¹⁹⁴ Segundo Juarez FREITAS, “a rigor, o sistema não pretende o primado do todo sobre a vontade particular, mas apenas da vontade geral legítima em relação àquela que se revelar claramente conspiratória contra o interesse comum” (FREITAS, Juarez. *O Controle...*, op. cit., p. 54).

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 101.

¹⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 70.

¹⁹⁷ Lei 9.784/99, art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

II - atendimento a fins de interesse geral, vedada a renúncia total ou parcial de poderes ou competências, salvo autorização em lei;

¹⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 24.

fato de não poder o administrador afastar o interesse público do ato a ser praticado, consistindo em uma segurança nas relações administrativas.

4.3 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O princípio da legalidade subordina a Administração Pública aos limites da lei, como forma de garantir o respeito dos direitos fundamentais. Decorre de tal princípio o fato de que o ato administrativo “só é válido quando atende ao princípio legal, ou seja, o fim submetido à lei”¹⁹⁹.

De acordo com Romeu Felipe BACELLAR FILHO²⁰⁰, o princípio da legalidade está previsto no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, denominado como princípio da reserva legal, sendo princípio essencial ao Estado de Direito, tendo em vista que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei”²⁰¹.

O referido princípio está previsto expressamente na legislação brasileira como princípio constitucional, nos termos do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, sendo que já havia sido expresso anteriormente pela Lei da Ação Popular, Lei 4.717/65, em seu artigo 2º, “c” e parágrafo único, da alínea “c”, ao determinar que são nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de ilegalidade do objeto.

É ele um princípio capital para a caracterização do regime jurídico-administrativo, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, que ressaltando que

enquanto o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é da essência de qualquer Estado, de qualquer sociedade juridicamente organizada com fins políticos, o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei²⁰².

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, op. cit., p. 570.

²⁰⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 43.

²⁰¹ Artigo 5º, II, da Constituição Federal de 1988.

²⁰² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 90-91.

Hely Lopes MEIRELLES destaca que, em razão do princípio da legalidade, “o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”²⁰³.

O cumprimento do disposto em lei é o condicionante da eficácia do ato administrativo, segundo o autor acima citado, ressaltando que a legalidade inclui a observação dos princípios administrativos²⁰⁴.

Portanto, o princípio da legalidade veda à Administração Pública realizar atos que estejam em desconformidade com a lei, possibilitando um controle amplo pelo Poder Judiciário, de forma a declarar a nulidade dos atos que violem referida vedação.

4.4 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

Princípio constitucional também previsto pelo *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o princípio da impessoalidade, também chamado de regra da impessoalidade da Administração Pública, “significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário”²⁰⁵, tendo em vista ser este apenas um agente público, de acordo com José Afonso da SILVA. Seguindo seu entendimento, é em função disto que “a responsabilidade, para com terceiro, é sempre da Administração”²⁰⁶.

Isso quer dizer que, ao questionar uma determinada atividade, o cidadão estará questionando a atividade da Administração Pública e não do agente público que a executou. Entretanto, o princípio da impessoalidade possui não apenas esse conceito,

²⁰³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 87.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 88.

²⁰⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, op. cit., p. 570.

²⁰⁶ *Ibidem*. p. 570.

mas a doutrina também entendeu que ele impõe ao administrador um tratamento isonômico em relação aos administrativos²⁰⁷.

Seguindo esse entendimento é que, por dever estar pautada a atuação da Administração Pública no interesse público ou bem comum²⁰⁸, segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO, “qualquer atividade da Administração Pública deve ser voltada à comunidade como um todo indivisível, vedando-se a atuação personalizada e o favorecimento de alguns. Além disso, a atividade administrativa deve ser prestada de maneira igualitária e indistintamente, na medida de suas desigualdades, como se infere do princípio da equidade, implicitamente presente na Constituição”²⁰⁹.

Celso Antônio Bandeira de MELLO²¹⁰, demonstra que há no texto constitucional *referências a aplicações concretas deste princípio*, citando como exemplos os incisos II e XXI do artigo 37 e o artigo 175 da Constituição Federal de 1988. Assim,

a Constituição visa a obstaculizar atuações geradas por antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, nepotismo, favorecimentos diversos, muito comum em licitações, concursos públicos, exercício do poder de polícia. Busca, desse modo, que predomine o sentido de função, isto é, a idéia de que os poderes atribuídos finalizam-se ao interesse de toda a coletividade, portanto a resultados desconectados de razões pessoais²¹¹.

O princípio da impessoalidade visa, portanto, que a Administração Pública trate de forma equitativa a todos os administrados, não sendo possível que seus atos estejam fundados em situações subjetivas. É em face disso que se torna possível ao Poder Judiciário exercer o controle sobre o ato administrativo que imponha uma discriminação ao seu destinatário relativamente aos demais administrados.

207 Juarez FREITAS entende que o princípio da impessoalidade é derivado do princípio geral da igualdade, destacando ser importante “traduzi-lo como vedação constitucional de qualquer discriminação ilícita e atentatória à dignidade da pessoa humana” (FREITAS, Juarez. *O Controle...*, op. cit., p. 64).

208 “Ainda segundo este princípio, a Administração Pública precisa dispensar um objetivo tratamento isonômico a todos os administrados, sem discriminá-los com privilégios espúrios, tampouco malferindo-os persecutoriamente, uma vez que iguais perante o sistema” (Ibidem. p. 64-65)

209 BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 45.

210 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 104.

211 MEDAUAR, Odete. *Direito...*, op. cit., p. 145.

4.5 PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

O princípio da moralidade infere à Administração Pública uma atuação baseada em princípios éticos, entre eles o da lealdade e da boa-fé.

Segundo Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT, “a importância dada atualmente à moralidade no campo constitucional e administrativo encontra ressonância na sociedade. Cada vez mais no convívio social é levantada a bandeira da honestidade, insurgindo-se diante das irregularidades que surgem na Administração Pública”²¹².

Assim, com base na evolução da sociedade que passou a exigir cada vez mais uma atuação digna do administrador, é que o princípio da moralidade administrativa tomou força na doutrina e na jurisprudência brasileira.

A imoralidade administrativa está diretamente relacionada a idéia de *desvio de poder*²¹³, pois estaria vinculada a utilização pela Administração Pública de meios lícitos para alcançar objetivos divergentes daqueles determinados pelo interesse público.

Importante destacar as palavras de Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO quanto à figura do administrador, que “carecendo ele de *poder legal* em qualquer dos seus aspectos nominais, uma vez que o poder legal para muitos efeitos não se faz somente através da *competência*, o ato que praticar sempre há de refletir externamente uma atitude moral de escolha diante do *fato*. Atitude *moral* que se confunde com a *vontade* manifestada”²¹⁴.

Portanto, a moralidade é um dos princípios que regem a atividade da Administração Pública, podendo a lei ser cumprida moralmente ou imoralmente.

Para José Afonso da SILVA, quando se executa um ato administrativo “com intuito de prejudicar alguém deliberadamente, ou com o intuito de favorecer alguém,

²¹² BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa, *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coordenador geral). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004. p. 211.

²¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 78.

²¹⁴ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993. p. 116.

por certo que se está produzindo um ato *formalmente* legal, mas *materialmente* comprometido com a moralidade administrativa”²¹⁵.

Previsto como princípio constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, está expresso principalmente no *caput* do artigo 37 e no inciso LXXIII do artigo 5º, ambos da Constituição Federal de 1988. A Lei 9.784/99, em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso IV²¹⁶, ao afirmar que a Administração Pública deve limitar seus atos com base em padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé, também ressalta a importância do princípio da moralidade na atuação administrativa, possibilitando que se exerça uma fiscalização do cumprimento deste princípio quando do exercício da função administrativa.

4.6 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Também previsto no *caput* do artigo 37, o princípio da publicidade recebeu relevante destaque por parte da Constituição Federal de 1988, pois, de acordo com Romeu Felipe BACELLAR FILHO, exigiu-se “ampla divulgação dos atos praticados pela Administração, retratando, tal proceder, como pressuposto essencial à validade dos atos administrativos”²¹⁷, consagrando, assim, a transparência quanto aos atos praticados, tendo em vista se um dever administrativo²¹⁸.

O princípio da publicidade impõe à Administração Pública atuar de forma clara, possibilitando ao cidadão o acesso aos assuntos que lhe possam interessar. Assegurado constitucionalmente o direito à informação (artigo 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal de 1988), possibilita-se um controle pelos administrados do que se está realizando em prol do interesse público. O mesmo dispositivo legal permite o sigilo, mas tão somente em casos excepcionais, nos quais se comprove ser indispensável à segurança da Sociedade e do Estado.

²¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso...*, op. cit., p. 571.

²¹⁶ Lei 9.784/99, art. 2º, inciso IV – atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé;

²¹⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 45-46.

²¹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos...*, op. cit., p. 61.

Assim, Hely Lopes MEIRELLES define a publicidade como sendo “a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos”, afirmando ainda que “não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade”²¹⁹.

Portanto, o princípio da publicidade tem fundamental importância para a produção de efeitos do ato administrativo, estando vinculado ao demais princípios norteadores do Direito Administrativo, sendo que só será válida a publicação quando realizada por meio do órgão oficial da Administração Pública, que possua competência para fazê-la. É essencial para que os administrados possam ter ciência dos atos realizados pela Administração Pública, de forma a poder exercer uma fiscalização, tendo em vista que é o interesse público ou o bem comum que deve estar fundamentando tais atos.

Não há divergências quanto a possibilidade de controle jurisdicional realizado em face do princípio da publicidade, eis que a violação de tal princípio consiste em violação direta a dispositivo legal, eivando de nulidade o ato praticado.

4.7 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

O princípio da eficiência, para Hely Lopes MEIRELLES, “exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. (...) exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”²²⁰.

Ligado à idéia de ação, o princípio da eficiência conduz a um resultado de forma *rápida e precisa*, determinando que a Administração Pública deva agir de forma a buscar a satisfação do interesse da população de modo rápido e preciso²²¹. Porém, em razão deste princípio não se pode sacrificar o princípio da legalidade, devendo-se conciliá-los, levando a uma atuação eficiente, *dentro da legalidade*.

²¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 93.

²²⁰ *Ibidem*, p. 96.

²²¹ MEDAUAR, Odete. *Direito...*, op. cit., p. 149.

O princípio em questão advém, conforme afirma Celso Antônio Bandeira de MELLO, de princípio muito mais amplo, tratado no Direito Italiano, como o nome de princípio da “boa administração”²²².

É nesse sentido que Emerson GABARDO²²³ entende que “o princípio da eficiência administrativa é setorial, pois se refere exclusivamente à Administração Pública, mas está diretamente ligado ao princípio da eficiência do Estado como vetor geral (de caráter ético) do sistema constitucional”²²⁴. Diretamente relacionado aos demais princípios, está submetido especialmente à idéia do Estado Democrático e de Direito. O mesmo autor refere que a “eficiência como princípio administrativo expresso tem a função de reforçar as preocupações da Administração, incrementando a mera reflexão estática sobre o adequado uso das suas prerrogativas”²²⁵.

Apesar de ser um princípio jurídico recente e que, portanto, ainda não está perfeitamente definido, tanto na jurisprudência quanto na doutrina nacional, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública uma atuação voltada a atingir os melhores resultados quando da prestação do serviço público, atuando de forma organizada e estruturada para alcançar o bem comum.

A Administração Pública deve pautar sua atuação na busca por uma melhor eficiência em seus atos, sendo possível a reforma destes quando, apesar de formalmente adequados, os atos administrativos não estiverem em consonância com o princípio da eficiência.

²²² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 112.

²²³ Segundo este autor, é clara a “possibilidade de controle jurisdicional dos atos administrativos a partir da análise de sua eficiência, de forma independente, embora imbricada com os demais princípios constitucionais explícitos e, até mesmo, os implícitos, como o da razoabilidade e o da finalidade. Desse modo, amplia-se a possibilidade de acompanhamento da Administração por parte do Ministério Público, haja vista que a averiguação de ineficiência prescinde da existência de metas específicas, bem como pode ser realizada tanto *a posteriori*, como preventivamente à atuação administrativa, reforçando, portanto, o dever de sindicabilidade de quaisquer atos da Administração pelo Poder Judiciário” (GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 147).

²²⁴ *Ibidem*, p. 89.

4.8 PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO

O princípio da motivação, segundo Romeu Felipe BACELLAR FILHO “parte da premissa de que os atos administrativos devem ser motivados, ou seja, justificados pela Administração Pública de maneira a indicar seus pressupostos fáticos e jurídicos”²²⁶.

Portanto, tal princípio representa, frente à Administração Pública, o dever de justificar os seus atos, os quais devem estar fundamentados nos fatos e no direito, sendo “uma exigência do Direito Público e da legalidade governamental”²²⁷.

Lúcia Valle FIGUEIREDO²²⁸ entende que é imprescindível que o ato administrativo seja motivado. A autora afirma que a motivação é obrigatória para toda e qualquer atividade administrativa, em face da possibilidade de que exista o controle judicial desta atividade, destacando assim frase de Bentham, citada por Michelle Taruffo que afirma que “boas decisões são aquelas decisões para as quais boas razões podem ser dadas”²²⁹.

Assim, o princípio da motivação fornece ao cidadão instrumentos de controle da atuação da Administração Pública²³⁰.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO²³¹ entende que a motivação dos atos administrativos permite o controle de legalidade destes, porém que somente será obrigatória a motivação nos casos em que a lei prevê tal exigência, como o previsto pelo artigo 2º, parágrafo único, inciso VII²³² da Lei 9.784/99. Assim também o artigo 50²³³ da mesma lei estabelece a obrigatoriedade de motivação para os casos previstos

²²⁵ Ibidem, p. 96.

²²⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 49.

²²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 97.

²²⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 51.

²²⁹ Bentham, citado por Michelle Taruffo: “good decisions are such decisions for which good reasons can be given”, in FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 51.

²³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito...*, op. cit., p. 49.

²³¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 82.

²³² Lei 9.784/99, art. 2º, inciso VII - indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem a decisão;

²³³ Lei 9.784/99, art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

nos seus incisos, devendo o ato indicar os fatos e os fundamentos jurídicos. Afirma a referida autora que as situações em que a motivação é obrigatória, de acordo com os dispositivos legais pertinentes, “dizem respeito a atos que, de alguma forma, afetam direitos ou interesses individuais, o que está a demonstrar que a preocupação foi muito mais com os destinatários dos atos administrativos do que com o interesse da própria Administração”²³⁴.

Entretanto, uma corrente majoritária da doutrina entende que todos os atos administrativos devem ser fundamentados nos fatos e no direito que embasaram o ato realizado, sendo que a facultatividade encontrar-se-ia tão somente na necessidade de expressá-los de modo formal ou não.

Celso Antônio Bandeira de MELLO afirma que

o fundamento constitucional da obrigação de motivar está implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação de direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis²³⁵.

Portanto, segundo o autor acima citado, os atos administrativos realizados sem a devida tempestividade e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário, essencialmente quando a apresentação de motivação de forma tardia, ou seja, depois de impugnado o ato em juízo, não oferecer segurança e certeza de que foram os mesmos motivos apresentados que basearam a providência impugnada²³⁶.

Quanto a apresentação da motivação do ato administrativo, não existe uma forma específica, em geral, para que se faça tal demonstração. Maria Sylvia Zanella DI

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

²³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 82-83.

²³⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 102-103.

²³⁶ *Ibidem*, p. 103.

PIETRO²³⁷ entende que a motivação pode ou não ser concomitante com o ato, bem como pode ou não ser realizada pelo mesmo órgão que o praticou. Nos casos de pareceres, informações, laudos, estes constituem a motivação do próprio ato, fazendo parte integrante deste.

Enfim, a motivação é essencial para se possa resguardar os direitos dos administrados, destinatários dos atos produzidos pela Administração Pública, possibilitando um controle eficaz de pontos importantes, tais como a legalidade e a moralidade do ato administrativo praticado.

4.9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE

O princípio da razoabilidade²³⁸ visa proibir excessos, de forma que o ato administrativo não venha a gerar aos administrados restrições desnecessárias ou excessivas, garantindo a não violação dos direitos fundamentais.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que se trata de “princípio aplicado ao Direito Administrativo como mais uma das tentativas de impor-se limitações à discricionariedade administrativa, ampliando-se o âmbito de apreciação do ato administrativo pelo Poder Judiciário”²³⁹.

Apesar de não ter sido previsto no *caput* do artigo 37, é considerado um princípio orientador da atuação da Administração Pública, estando, contudo, disposto em Constituições Estaduais, como por exemplo, no artigo 111 da Constituição Paulista²⁴⁰.

²³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 83.

²³⁸ Quanto ao princípio da razoabilidade, vale destacar que a sua essência “situa-se na valoração dos atos estatais, no momento de sua emissão e diante de circunstâncias concretas, informando o atuar do Poder Público no sentido da preservação dos direitos fundamentais” (COSTALDELLO, Ângela Cássia. *A Invalidez...*, op. cit., p. 150).

²³⁹ *Ibidem*, p. 80.

²⁴⁰ Constituição Estadual de São Paulo, artigo 111. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Segundo a autora acima citada, a decisão tomada pelo agente público será ilegítima quando for irrazoável²⁴¹, independentemente de não transgredir nenhuma norma completa. Enumera as seguintes situações como contrárias à razoabilidade: “a) não dê os fundamentos de fato ou de direito que a sustentem ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou c) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se deseja alcançar”²⁴².

Seguindo esse pensamento, Lúcia Valle FIGUEIREDO coloca que “a razoabilidade vai se atrelar à congruência lógica entre as situações postas e as decisões administrativas. Vai se atrelar às necessidades da coletividade, à legitimidade, à economicidade, à eficiência”²⁴³.

Como se pode observar, a razoabilidade está envolta pela proporcionalidade²⁴⁴ entre os meios utilizados para o alcance do fim pretendido pela Administração Pública, de acordo com os padrões comuns adotados pela sociedade brasileira.

Quanto ao princípio da razoabilidade, Celso Antônio Bandeira de MELLO adverte que “embora a discricionariedade exista para que o administrador adote a providência ótima para o caso, inúmeras vezes, se não na maioria delas, nem ele nem terceiro poderiam desvendar com certeza inobjetable qual seria esta providência ideal. É exato, pois, que, existindo discricção, é ao administrador – e não ao juiz – que cabe decidir sobre qual seria a medida adequada”²⁴⁵.

Não cabe, portanto, nesses casos, ao Poder Judiciário aferir qual é a melhor opção, quando couber ao administrador determinar, por critérios de conveniência e oportunidade qual a melhor providência.

²⁴¹ Destaque-se o entendimento de Emerson GABARDO quanto à importância do princípio da eficiência, tendo em vista que este “ultrapassa os limites do princípio da razoabilidade na medida em que implica uma maior exigência, decorrente do cumprimento do princípio da finalidade, que impõe não somente uma atuação suficiente (razoável/racional), mas sim ótima (a melhor possível). Ou seja, entre duas opções que observem o princípio da razoabilidade, deve o administrador optar pela mais eficiente”. (GABARDO, Emerson. *Princípio...*, op. cit., p. 135).

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 80-81.

²⁴³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso...*, op. cit., p. 50.

²⁴⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito...*, op. cit., p. 92.

²⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso...*, op. cit., p. 100.

Ligado ao princípio da razoabilidade está o princípio da proporcionalidade, também destacado pela doutrina como princípio essencial à atuação da Administração Pública, especialmente por ser uma forma importante de restringir a atuação arbitrária e desmedida do administrador.

Celso Antônio Bandeira de MELLO considera que, apesar de ser simples, o princípio da proporcionalidade define que

as competências administrativas só podem ser *validamente* exercidas na *extensão e intensidade* proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência: ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam²⁴⁶.

Embora tratado separadamente por muitos autores, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende que o princípio da proporcionalidade, na realidade, constitui um dos aspectos do princípio da razoabilidade, pois este exige, entre outros pontos, “*proporcionalidade* entre os meios de que se utiliza a Administração e os fins que ela tem que alcançar”²⁴⁷. Afirmar, ainda, a mesma autora, que os critérios utilizados para aferir essa proporcionalidade são os padrões comuns da sociedade em que desenvolve a atividade administrativa.

Assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade constituem ponto importante para que a atuação da Administração Pública se desenvolva de forma a buscar o melhor interesse da coletividade, sendo que o seu não atendimento conduz a caracterização de um desvio na atuação do administrador ou um abuso deste quando da prática do ato, conduzindo a possibilidade de controle dos seus atos por parte do Poder Judiciário.

²⁴⁶ Ibidem, p. 101.

²⁴⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, op. cit., p. 81.

CONCLUSÃO

O presente estudo consistiu na análise do tema referente ao controle externo da Administração Pública realizado pelo Poder Judiciário, especialmente quanto aos atos administrativos discricionários.

A discricionariedade administrativa é ponto importante da atuação do Poder Executivo e, por isso, muito estudada pela doutrina e pela jurisprudência. Isso porque envolve temas como a arbitrariedade, a vinculação, os conceitos jurídicos indeterminados, os motivos que conduzem à prática do ato e o desvio de poder que pode vir a viciá-lo. Assim, a evolução do instituto do controle jurisdicional é essencial para se garantir o atendimento dos direitos fundamentais do indivíduo, dando segurança à relação jurídica entre administrado e administrador público.

Inicialmente, a jurisprudência era direcionada a tão somente fazer o controle jurisdicional quanto à legalidade do ato administrativo. Em estando conforme a lei, o Poder Judiciário não poderia anular o ato, pois estaria adentrando à competência exclusiva do administrador público, no que concerne a oportunidade e conveniência do ato administrativo.

Porém, antes mesmo de ser promulgada a Constituição Federal de 1988, Miguel Seabra FAGUNDES já defendia a possibilidade de um controle mais efetivo dos atos administrativos por parte do Poder Judiciário. Assim, o controle deveria adentrar à questão da conformidade com os princípios, tais como o da moralidade e da razoabilidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, elevou-se a condição de princípios constitucionais aqueles que deveria nortear a atuação do administrador público, sendo que se passou a entender como possível o controle da legitimidade dos atos administrativos.

A jurisprudência ainda tem avançado lentamente nesse campo, mas já é possível visualizar grande progresso em razão de que a doutrina vem pacificando o entendimento de que deve existir um controle real e efetivo dos atos administrativos,

de forma a garantir a preservação dos direitos fundamentais, protegendo o cidadão em face de uma atuação da Administração contrária ao interesse público.

Cabe aqui destacar o entendimento de Juarez FREITAS²⁴⁸ quanto ao controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários. O referido doutrinador entende que não pode o juiz atuar com receio de se tornar um administrador positivo. É fato que, se isso ocorrer, haverá um desequilíbrio pela quebra da independência entre os Poderes. Entretanto, o Poder Judiciário não pode se anular diante da possibilidade de se exercer o controle dos atos da Administração Pública, devendo fazê-lo, seja em relação ao ato vinculado ou discricionário. Isso porque a Constituição Federal de 1988 garante que não poderá ser subtraído da apreciação do Judiciário tais questões.

É essencial destacar que, ao longo do presente estudo, foi possível observar que os princípios constitucionais tem importância fundamental para o exercício do controle da atividade administrativa. Ao lado de teorias como a dos motivos determinantes e a do desvio de poder, os princípios possibilitam que seja realizada uma efetiva fiscalização, com o controle dos atos da Administração Pública, possibilitando-se que se garanta à sociedade que esta atue de acordo com o sistema jurídico como um todo, respeitando as garantias constitucionais e utilizando das prerrogativas de que dispõe para alcançar os seus fins de acordo com o interesse público.

Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público, da legalidade, da impessoalidade, da eficiência, da moralidade administrativa, da publicidade, da motivação, da proporcionalidade e da razoabilidade são mecanismos eficientes para o exercício do controle dos atos administrativos, essencialmente daqueles com uma maior carga de discricionariedade.

A análise esboçada no presente trabalho demonstra uma parcela do que a doutrina já conquistou na luta contra a falta de ética e de probidade que aflige a Administração Pública no Brasil. Caminha-se, a partir da doutrina e da jurisprudência, para um ponto em que a atividade administrativa será exercida sem vícios, buscando-

²⁴⁸ FREITAS, Juarez. *O Controle...*, op. cit., p. 84.

se atingir efetivamente o interesse público, ou seja, o bem da coletividade. Caminha-se, ainda, em passos lentos, conforme se constata a partir da política atual brasileira.

Entretanto, a evolução, nas teorias e princípios que aqui se pretendeu analisar, certamente, sem esgotá-los, será um avanço social no sentido de buscar um integral cumprimento dos fins expostos na Constituição Federal de 1988, fazendo com que o Estado Democrático e de Direito seja uma realidade em nosso país.

BIBLIOGRAFIA

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo*. 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

_____. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

_____ (coordenador). *Direito Administrativo Contemporâneo: estudos em memória do Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa, *Moralidade Administrativa: Evolução e Conteúdo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coordenador geral). Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2004.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Curso de Direito Administrativo*. Curitiba: Editora Juruá, 1998.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. 27 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e Motivação do Ato Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979.

CONCEIÇÃO, Márcia Domingues Nigro. *Conceitos Jurídicos Indeterminados na Constituição*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

COSTALDELLO, Ângela Cássia. *A Invalidade dos Atos Administrativos: uma construção teórica frente ao princípio da estrita legalidade e da boa-fé*. Curitiba, 1998. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Controle Jurisdicional do Ato Administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

_____. *Curso de Direito Administrativo*, 17. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

_____. *O Mérito do Ato Administrativo*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 79, p. 23-37, jan-1965.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17. ed. atual. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2004.

_____. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. 2. ed., São Paulo: Editora Atlas S.A., 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1975.

FERREIRA, D'Andrea Sérgio. *O Controle da Administração Pública pelo Judiciário*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 6. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Vinculação e Discricionariedade nos Atos Administrativos*. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, v. 222, p. 97-116, out-2000.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O Princípio Constitucional da Moralidade Administrativa*. 2. ed. Curitiba: Gênese, 1993.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1995.

_____. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

FREITAS, Ney José de. *Presunção de Validade do Ato Administrativo e a Questão do Ônus da Prova*. Curitiba, 2003. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

GABARDO, Emerson. *Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *Crítica da discricionariedade e restauração da legalidade*. In: O Direito Posto e o Direito Pressuposto. Rio de Janeiro: Malheiros Editores Ltda., 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A Monografia Jurídica*. 5. ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9. ed., rev. e atual., São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Poder Discricionário da Administração*. In: Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 610, p. 39-45, ago-1986.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.

_____ (coordenador). *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1986.

_____. *Discricionabilidade e Controle Jurisdicional*. 2. ed., São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1998.

_____. *Discricionabilidade Administrativa e Controle Judicial*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, v. 32, p. 18-30, nov-1974.

_____. *Elementos de Direito Administrativo*. 3. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1992.

MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. 2. ed., São Paulo: Dialética, 2004.

PONTES FILHO, Valmir. *Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*. In: Revista de Direito Público. São Paulo, v. 55-56, p. 183-192, jul-1980.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1999.

SOARES, José de Ribamar Barreiros. *O Controle Judicial do Mérito Administrativo*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.