

**JOSÉ AUGUSTO SIMÕES AMARO**

**VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO**

Monografia apresentada como requisito para conclusão do Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

Orientadora: Ângela Cássia Costaldello

Curitiba  
2001

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

**JOSÉ AUGUSTO SIMÕES AMARO**

### **VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO**

**Monografia aprovada como requisito para a conclusão da Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná**

**Presidente e Orientador**                      **Profª Ângela Cássia Costaldello**  
**Professora da Universidade Federal do Paraná**

**2º Examinador**                                      **Prof. Pedro Henrique Xavier**  
**Professor da Universidade Federal do Paraná**

**3º Examinador**                                      **Profª Regina Maria Macedo Nery Ferrari**  
**Doutora em Direito pela UFPR**

**Curitiba, 25 de Outubro de 2001**

## SUMÁRIO

<b>RESUMO</b> .....	v
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	01
<b>CAPÍTULO I - ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	03
1.1- CONCEITUAÇÃO.....	03
1.1.1 A NOÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA ...	05
1.2- REQUISITOS DO ATO ADMINISTRATIVO: A) COMPETÊNCIA; B) FINALIDADE; C) FORMA; D) MOTIVO; E) OBJETO .....	07
1.3- ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO: A)LEGITIMIDADE; B)IMPERATIVIDADE; C) EXIGIBILIDADE; D) AUTO-EXECUTORIEDADE .....	09
1.4- CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....	10
1.4.1 - QUANTO A NATUREZA DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA - ATOS DE ADMINISTRAÇÃO ATIVA, CONSULTIVA, CONTROLADORA, VERIFICADORA, CONTENCIOSA .....	11
1.4.2 - QUANTO AOS DESTINATÁRIOS DO ATO: ATOS GERAIS E INDIVIDUAIS.....	11
1.4.3 - QUANTO AOS EFEITOS: CONSTITUTIVOS E DECLARATÓRIOS.....	12
1.4.3.1 EFEITOS DOS ATOS ADMINISTRATIVOS .....	12
1.5- O ATO ADMINISTRATIVO QUANTO A SUA PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA .....	14
<b>CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	16
2.1- VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE .....	16
2.1.1 - NOÇÕES GERAIS .....	16
2.1.2 - CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE .....	17
2.1.3 - LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO .....	19
2.1.4 - PODER DISCRICIONÁRIO .....	21
2.1.4.1 PODER DISCRICIONÁRIO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA .....	21
2.1.4.2 PODER DISCRICIONÁRIO NA DOCTRINA BRASILEIRA .....	22
2.1.5 LEGITIMIDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO .....	23
<b>CAPÍTULO III - VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIOS.</b> .....	28
3.1- IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA .....	31
3.1.1 - ATOS LESIVOS AO ERÁRIO .....	32

3.1.2 - ATOS CONTRÁRIOS AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS .....	33
3.2- ABUSO DE PODER .....	34
3.2.1 - DISTINÇÃO ENTRE ABUSO DE PODER, EXCESSO DE PODER E DESVIO DE PODER .....	34
3.2.2 - A OMISSÃO ADMINISTRATIVA .....	35
3.3- DESVIO DE PODER .....	36
3.3.1 - CONCEITUAÇÃO DE DESVIO DE PODER .....	36
3.3.2 – A PROVA DO DESVIO DE PODER .....	39
3.3.3 - SINTOMAS DO DESVIO DE PODER .....	40
<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>42</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>44</b>

## RESUMO

O presente trabalho objetivou apresentar os vícios administrativos cometidos no desempenho das atribuições, na medida em que as funções são desempenhadas dentro de um ambiente de descontrole de falta de império de atitudes corretivas e punitivas aos desvios cometidos pelos agentes administrativos. Verificar os diversos elementos do ato administrativo, seus atributos para uma noção bem ampla sobre o assunto e, principalmente, verificar a aplicação da discricionariedade para os casos em que a própria lei já prevê o uso do poder discricionário em atendimento da finalidade pública, apreciando os critérios de oportunidade e conveniência. Destacamos a importância da análise desses critérios por parte do administrador, quando do momento de tomar determinada decisão, optando por um caminho.

Deixamos evidenciado que o administrador no uso de suas atribuições ao lançar mão da discricionariedade tem uma estrita vinculação com o fim público, esse poder não lhe autoriza atitudes além dos limites definidos. Foi observado, porém, que o desenvolvimento dessas atividades em nosso país, sempre sofreram com abusos.

A noção sobre tais limites é colocada através de diversos esclarecimentos, através de exposições didáticas. Há, por conseguinte, a necessidade de estabelecermos tais noções, de repassarmos algumas definições, de colocarmos os profissionais da área administrativa governamental conscientes das suas atribuições, de sua competência. Pois, todos os procedimentos administrativos dentro de um Estado de Direito devem necessariamente obedecer ditames legais em todos os seus passos, as atitudes não comportam arbitrariedades, desmandos, desvios, que são condutas que caracterizam procedimentos próprios de países onde os direitos não são respeitados.

A prática administrativa vem sendo paulatinamente colocada dentro dos trilhos da legalidade, a despeito de depararmos com casos noticiados que geram profunda preocupação.

Por fim a questão cultural é um dos aspectos que repercutem na conduta do administrador, que acaba confundindo a noção de poder para o desempenho das suas atividades.

## INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vem assistindo nos últimos anos, uma avalanche de acusações contra a administração pública em suas diversas esferas. Se num passado talvez não muito distante, não se pensava em contestar os atos das autoridades administrativas, seus desvios, seus desmandos; Atualmente tal situação vem se modificando, seja em razão do Estado de Direito em que vivemos, seja pela maior presença e poder da imprensa, que muitos alegam ser um quarto poder dentro do nosso país ou mesmo por uma maior conscientização da população quanto a importância de uma administração transparente e dentro dos parâmetros legais estabelecidos. A ligação entre a vontade popular em busca de um fim comum e a administração pública como instrumento de operacionalizar a realização deste fim é inegável. A exemplo de indivíduo que é nacional de um país e está vinculado a um Estado, que lhe reconhece direitos e deveres, a administração também possui esta vinculação, num pólo com a sociedade e em outro com o Estado.

Dentro da administração pública brasileira como se explica um campo tão profícuo ao desenvolvimento de inúmeros vícios administrativos. Se estamos diante de um fenômeno multinacional como explicar as proporções e as cores gritantes que o problema ganha dentro da nossa fronteira.

No campo de atuação da administração encontramos os atos administrativos emanados pela mesma para a consecução de um fim comum, para atendimento da finalidade pública. A análise desses atos nos permite reconhecer determinados aspectos em sua estrutura, que são fundamentais para o entendimento do tema e, por isso, apontamos no primeiro capítulo do presente trabalho como forma de estabelecer conceitos e noções, primordiais para o acompanhamento do desenvolvimento do tema.

Porém ao adentrarmos na problemática do tema, que se refere a discricionariedade dos agentes e os vícios cometidos em razão do uso desviado desse poder, temos necessariamente de salientar a vinculação como um aspecto fundamental para estabelecer os contornos para a atuação do administrador público. Nesse ponto a legalidade se consubstancia na pedra de toque para a atuação pública, assim como, a análise do mérito.

As considerações no tocante a ordem jurídica e no tocante a moral estão

dispostas de forma didática. Assim sendo, a ocorrência de tais vícios, seria em decorrência de um ordenamento jurídico que deixa claros para tal atuação nefasta ou seria um problema cultural vivido pelos nossos agentes da administração que vem se arrastando ao longo dos tempos fruto da impunidade ou mesmo resultante direto de uma noção distorcida do conceito de poder.

## **CAPÍTULO I - O ATO ADMINISTRATIVO**

Ao tratarmos do tema sobre os vícios do ato administrativo, sentimos a necessidade de abordarmos primeiramente o ato administrativo, a partir da fixação do conceito de ato administrativo que se faz primordial, para que durante o desenvolvimento do trabalho tenhamos essa noção bem clara, permitindo visualizar, de forma bem definida os vários aspectos que serão apresentados, bem como, verificar a importância de determinados pontos colocados, como seus requisitos, seus elementos, o campo da discricionariedade que será muito apontada pois ataca o cerne do problema apresentado.

### **1.1 CONCEITUAÇÃO**

A começarmos pelo ato administrativo, em função de uma necessidade metodológica, conforme em poucas palavras expusemos acima, porém dentro do ponto ato administrativo devemos destacar que apenas nos interessam os atos da Administração Pública, que sejam expressão de certo regime jurídico ditado pelo Direito Público. Esse interesse específico, tem um sentido especial, em razão do regime que a administração se apresenta numa posição de supremacia, emitindo regras em complementando leis, ditando normas de conduta, impondo delimitações, neste contexto a administração apresenta-se num patamar diferente, com prerrogativas que lhe são inerentes.

Neste ponto de supremacia em que se encontra a administração, será o ponto onde invariavelmente encontraremos a atuação dos seus agentes extrapolando os limites previstos pela lei para a sua atuação. Portanto, como veremos no decorrer do presente, serão justamente os atos administrativos e, em especial, aqueles que salientamos o nosso interesse, justamente por julgarmos o ponto onde ocorrem a maior parte dos vícios dos atos administrativos, não querendo com isso dizer, que estaremos esgotando o tema ou mesmo que no campo onde a administração pública apresenta-se num patamar de igualdade, como nos contratos

administrativos regidos por regime privado, pois nestes casos estamos diante de atos multilaterais.

Assim sendo, a definição de ato administrativo é deveras importante para o nosso trabalho, por apresentar a noção de uma manifestação unilateral, seja concreta ou seja abstrata, com enunciados vindo de uma autoridade administrativa, dotada de poder legislativo ou judiciário, traz consigo também, uma idéia de prescrição destinada a produzir efeitos no campo direito.

Por tudo que apresentamos nesse primeiro esboço de conceito, notamos que se trata de um conceito amplo.

Segundo o professor Diógenes Gasparini o conceito de ato administrativo se expressa como sendo “ *toda prescrição, juízo ou conhecimento, predisposta à produção de efeitos jurídicos, expedida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, no exercício de sua prerrogativas e como parte interessada numa relação, estabelecida na conformidade ou na compatibilidade da lei, sob o fundamento de cumprir finalidades assinaladas no sistema normativo, sindicável pelo Judiciário.* (Diógenes Gasparini, Direito Administrativo, Editora Saraiva, 1995, p. 62)

Contudo, por tratarmos de Direito Administrativo, sentimos a obrigação de apontar o conceito apresentado pelo ilustre professor Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>1</sup>, que ao adentrar no tema, procura inicialmente distinguir ato da administração de atos administrativos, buscando o ensinamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>2</sup>, que apresenta diversos atos praticados pela administração que não devem ser considerados como atos administrativos, a exemplo do que colocamos anteriormente, e cita o autor, atos regidos pelo Direito Privado, atos materiais, atos políticos.

Por conseguinte, o conceito de ato administrativo não se distancia muito das idéias apresentadas, nem tampouco do conceito exposto por Diógenes Gasparini, sendo conceituado como: “*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.* (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 13ª edição, 2001, p 343-344.)

1 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª edição, Malheiros, 2001, p. 342.

2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v.I, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 412.

Ao final do capítulo em que trata da conceituação, o autor supra-citado acrescenta as características de concreção e unilateralidade.

Destas características apresentadas, a unilateralidade já foi apresentada dentro das noções iniciais do conceito de ato administrativo, como declaração unilateral do Estado no exercício de prerrogativas, cabe a característica de concreção, expressar a noção de manifestação de comandos concretos complementares da lei e sujeitos ao controle de legitimidade por órgão jurisdicional.

### **1.1.1. A NOÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO NA DOCTRINA ESTRANGEIRA**

O conceito de ato administrativo nas doutrinas estrangeiras seguem um padrão quase que idêntico para as doutrinas consultadas, portuguesa e francesa, a primeira na figura de Marcello Caetano<sup>3</sup> em seu Manual de Direito Administrativo, quanto a francesa fomos buscar nos ensinamentos de René Chapus<sup>4</sup> em *Droit Administratif Général*, as noções sobre o conceito de ato administrativo e suas diversas hipóteses.

Contudo, devemos ressaltar que os autores estrangeiros, diferentemente do que encontramos nos autores pátrios, apresentam todas as hipóteses de atos administrativos, incluindo aqueles que foram refutados em razão do efeito que produzem ou da relação sobre a qual se estabeleceram, como exemplos respectivos podemos citar os atos políticos e os atos relativos ao Direito Privado.

Como pontos comuns entre a doutrina estrangeira e a nacional encontramos que a conceituação de ato administrativo, passa necessariamente pela noção dos requisitos que o compõe, pelas atribuições da administração pública. Estes atos produzem efeitos, criando uma relação jurídica.. Alguns autores consideram os efeitos que os mesmos produzem, que o diferencia dos atos emanados pelo Legislativo, que são as leis enquanto que os atos emanados pelo Judiciário são as decisões judiciais.

3 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. II, Coimbra, 10<sup>a</sup> edição, 6<sup>a</sup> reimpressão, Atualizada pelo professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Editora Almedina, 1999, p. 1213.

4 CHAPUS, René. **Droit Administratif General**, Tome 1, Monstchrestien, 14<sup>a</sup> edição, 2000, p. 997.

A conceituação considera a declaração de vontade da administração pública, onde o sentido unilateral de sua ordem, lhe confere um conceito restritivo.

O conteúdo dos atos administrativos se divide em atos concretos e abstratos, cabendo aos primeiros disporem sobre um único e específico caso, como exemplo podemos citar a exoneração de um funcionário público, ao passo que os atos de conteúdo abstrato, que são classificados como normativos, apresentam um caráter geral, em casos que podem se repetir, tendo portanto, reiteradas e infinitas aplicações, exemplo do regulamento, mais especificamente, o regulamento do Imposto de Renda.

As doutrinas francesa e portuguesa classificam os atos administrativos em diversos tipos de atos. Segundo esta classificação eles podem ou não ter um caráter unilateral, sendo que estes podem se traduzir em atos que são somente unilaterais e atos que são somente de contrato.

Outra distinção diz respeito ao fatos dos atos unilaterais terem ou não um caráter decisório: quando os atos emitem ou não uma decisão.

Quanto a este último eles podem ou não possuir um caráter de regulamentação.

Enfim, as categorias vão surgindo de caracteres precedentes do que ele revela ao mundo fático. Os atos da administração podem ser, atos administrativos ou ser um ato de direito privado.

Vale apresentar, apenas a título de esclarecimento com relação ao adotado em nosso ordenamento jurídico, que na França o critério de distinção entre atos unilaterais e atos de contrato, contém uma série de precisões e de observações, não sendo simplesmente a consideração do que o nome do ato, seu título, possa exprimir. São atos que consideram a vontade do órgão que os emanou.

O professor Marcello Caetano<sup>5</sup> ensina que, o conceito de ato administrativo possui elementos essenciais como a conduta de um órgão da administração, apresentando a voluntariedade dessa conduta, a produção de efeitos jurídicos e salienta a necessidade da persecução de interesses postos por lei. Por fim, também encontramos em sua obra a distinção de atos administrativos e atos da administração, a exemplo do citado na obra de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>6</sup>.

5 CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo**, vol. II, Coimbra, 10<sup>a</sup> edição, 6<sup>a</sup> reimpressão, Atualizada pelo professor Doutor Diogo Freitas do Amaral, Editora Almedina, 1999, p. 1213.

6 BANDEIRA DE MELLO, *Op. cit.* p. 341-343

Das noções sobre o ato administrativo podemos extrair que o mesmo comporta determinados requisitos, que irão dar um sentido prático, que formarão um conjunto, dando contornos ao ato administrativo, o que representa passar de uma noção abstrata, como a tratada até o momento, para uma visão mais concreta sobre o ato administrativo.

Resumidamente, poderíamos dizer, que os requisitos dão corpo ao ato administrativo.

## **1.2 REQUISITOS DO ATO**

A conceituação dos atos administrativos apresenta diversos requisitos para sua manifestação, a saber: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, conforme apontado anteriormente.

a) A competência, inicialmente, trataremos da competência como requisito primeiro, pois traduz-se numa das condições de validade, onde nenhum ato pode ser realizado sem que o agente que o praticou disponha de poder legal para praticá-lo, esse requisito refere-se a predefinição estipulada em lei, ficando seu ato totalmente vinculado, seu comportamento totalmente estipulado de forma objetiva. Vale ressaltar que, não cabe no presente momento tratarmos desse campo predefinido para atuação do agente público onde o mesmo age com discricionariedade, pois mais a frente será matéria trabalhada de forma mais completa, visto estar associada ao cerne do presente trabalho.

A competência administrativa é intransferível e improrrogável, pode porém ser delegada a outro agente, desde que previsto em norma reguladora.

b) A finalidade do ato administrativo deve ser sempre pautada pelo interesse da administração, que traduz o interesse público. Assim sendo, alguns autores consideram-no como elemento vinculado do ato administrativo, pois a atuação da administração só se justifica em razão do interesse coletivo.

Esse interesse público se reflete expressamente na norma legal exarada ou de forma implícita no contexto do ordenamento jurídico, como princípio de um Estado Democrático de Direito.

c) Quanto à forma do ato administrativo, podemos verificar pelo anteriormente descrito, que o ato da administração obedece uma forma legal e procedimentos especiais para a sua exteriorização, que vinculam à sua perfeição e a sua validade.

Portanto, todo ato administrativo é formal, não devemos confundir com procedimentalização, que se entende pelo conjunto de passos a serem seguidos.

d) O motivo do ato administrativo representa um pressuposto objetivo para a realização do ato, ou seja, em sendo previsto em lei o ato somente poderá ocorrer caso a situação que esteja prevista ocorra, é a situação que autoriza sua realização.

Caso sobrevenha uma situação não prevista pelo interesse público, mas que requer uma ato administrativo para que, num momento posterior, seja atendido ao interesse público, em função disto os atos merecem receber uma escolha da situação em razão da qual o agente editará o ato, em função do caso concreto, considerando a finalidade para sua edição.

Deverá existir, necessariamente, a situação concreta que justifique a existência do motivo, caso contrário, o ato será considerado inválido, há necessidade de motivá-lo e demonstrar sua efetiva ocorrência.

Não podemos deixar de citar a Teoria que surgiu com Gaston Jèze, que estabelece a teoria dos motivos determinantes, como sendo uma teoria que busca acentuar a importância do elemento fim para o ato administrativo.

Os atos administrativos praticados pelo agente, deverão ser fundamentados os motivos que levarão o agente a tomar tal decisão.

Em resumo, a Teoria dos Motivos Determinantes representa a busca de um fim público, como fundamentação, dentro da esfera de competência do agente, com motivos que justifiquem a adoção de tal ato, em função de alcançar o fim público. Trata-se de um teoria que busca dar acentuada relevância ao elemento finalidade, colocando-o como essencial para a adoção e vinculação do motivo que justifica a adoção da medida.

Percebe-se claramente que o motivo se justifica no fim público, sendo um valor crucial para a validade do ato administrativo.

e) No que toca ao objeto do ato administrativo, tem-se por sentido a modificação a criação ou a comprovação de situações jurídicas. É, a relação jurídica que conjuga o conteúdo. É aquilo sobre o que o ato dispõe, de forma que o conteúdo e o objeto aparecem identificados, no entender de autores como Celso Antônio

Bandeira de Mello<sup>7</sup> e Oswaldo Aranha Bandeira de Mello<sup>8</sup>. Sendo um dos fatores que propiciam que o poder da administração realize sua vontade.

Autores do quilate de Celso Antônio Bandeira de Mello, colocam o objeto no patamar de pressuposto de existência do ato, como condição do ato. De acordo com Weida Zancaner<sup>9</sup>, que o coloca como condição, sendo que a sua ausência, ou a impossibilidade de albergá-lo no ordenamento jurídico faz desse ato materialmente impossível.

Diante do exposto, podemos aquilatar que os requisitos são fundamentais para que o ato administrativo possa ser válido e perfeito. Embora, essa idéia esteja sedimentada dentro da doutrina nacional, não existe uma coerência quanto a identificação desses requisitos e, em muitos casos, acabam sendo chamados de elementos ou de pressupostos, são discordâncias terminológicas e em razão de critérios de seleção dos referidos requisitos. Como exemplo do explanado, devemos citar que existem situações que encontramos dois requisitos reunidos em um requisito, conforme o autor, ou um requisito desmembrado em dois requisitos.

### 1.3 ATRIBUTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

A despeito das conceituações terminológicas encontradas para os requisitos do ato administrativo, sabemos que a doutrina reconhece determinados atributos do ato administrativo, em razão do tratamento ofertado pela ordem jurídica, distinguindo-o dos atos jurídicos privados, onde se apresentam: a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a auto-executoriedade.

A **presunção de executoriedade** é a qualidade que tem o todo ato administrativo de ser considerado como verdadeiro e conforme o Direito, em função do princípio da legalidade, acaba atuando em seu favor o *iuris tantum*.

7 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª edição, Malheiros, 2001, p. 342.

8 BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. **Princípios Gerais de Direito Administrativo**, v.I, Rio de Janeiro, Forense, 1969, p. 412.

9 WEIDA, Zancaner. **Da Convalidação e da Invalidação do Ato Administrativo**, 2ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 31-33.

Os atos da administração nascem com essa presunção, mas não significa que os mesmos serão sempre em conformidade com o Direito, o que se deve ter em mente é a exata noção do momento de seu nascimento, onde se supõe que o ato se originou obedecendo ao previsto em norma legal, daí deduz-se a sua legitimidade.

A idéia constante, é a de que a administração não necessita de comprovar a veracidade, a legalidade desse ato. Porém, a presunção de legitimidade comporta prova em contrário.

**A imperatividade** do ato administrativo resume-se, na qualidade que tem o ato em constituir uma situação jurídica, que vincula o administrado ao seu cumprimento, independente da concordância ou da aquiescência. Segundo, Renato Alessi<sup>10</sup>, é chamado de poder extroverso do ato administrativo.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, observa que tal atributo não será encontrado nos atos administrativos que outorgam algum direito (exemplo: permissão ou autorização) nem mesmo nos meros atos administrativos, como atestados e certidões. (Direito Administrativo, 4ª edição, São Paulo, Atlas, 1994, p.166).

A **auto-executoriedade** do ato é a qualidade que permite à Administração pública diretamente executá-lo, não sendo necessário recorrer ao Poder Judiciário para promover a sua execução, executa-os e, inclusive, diante do caso, com o uso da força.

A **exigibilidade**, diante dos atributos elencados acima, compreende-se como a qualidade que possui o Estado, no gozo das funções administrativas, de exigir o cumprimento das obrigações decorrentes desse ato, onde impõe-se a obediência.

#### 1.4 - CLASSIFICAÇÕES DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Os atos administrativos podem ser ponto de inúmeras classificações, a exemplo do que encontramos na doutrina nacional. Após observar diversos autores nacionais, acabamos por pinçar dentre as classificações apresentadas pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo, obra cit, pág 377-382*),

10 ALESSI, Renato. *La Revoca degli Atti Amministrativi*, 2ª edição, Milão, Giuffrè, p. 80.

aquelas consideradas mais úteis ao nosso trabalho, considerando que não buscamos esgotar o tema, mas tão somente oferecer um panorama geral com maiores noções sobre o tema. Até porquê não devemos perder de vista o ponto principal do tema.

Dentre as classificações a seguir, apresentadas pelo ilustre professor em sua obra os atos podem ser divididos: quanto a natureza da atividade administrativa, quanto à estrutura do ato, quanto aos destinatários do ato, quanto ao grau de liberdade da Administração em sua prática, quanto aos efeitos, quanto a função de vontade administrativa, quanto aos efeitos, quanto ao resultado sobre a esfera jurídica dos administrados, quanto à situação de terceiros, quanto à composição da vontade produtora do ato, quanto a formação do ato, quanto à natureza das situações jurídicas que criam, quanto à posição jurídica da Administração. Tal classificação pode ser apresentada como sendo uma das mais extensas, se compararmos com outros autores nacionais, que acabam por apresentar tal classificação de uma forma mais sintética.

A despeito do rol elencado, citaremos apenas as classificações mais comuns dentro da doutrina e, também em função de sua importância didática para o presente trabalho. Não tendo, portanto, a intenção de esgotar todas as classificações possíveis, mas seguindo a tendência da grande maioria dos autores nacionais, em se basear na listagem do ilustre professor e, a partir dela, sintetizar nas classificações mais importantes em razão do trabalho produzido e do objetivo a ser alcançado, trabalharemos na presente monografia com as seguintes classificações: segundo a natureza, englobando nesta, os atos quanto a natureza da atividade; segundo os destinatários do ato e segundo efeitos do ato administrativo.

#### **1.4.1 - Na *classificação segundo a natureza da atividade administrativa*.**

Encontramos aqui, atos da administração ativa, que são atos que criam uma utilidade pública, constituindo relações jurídicas, como autorizações, licenças entre outras.

Encontramos atos da administração consultiva, que sugerem providências consideradas necessárias para a prática de atos administrativos.

Atos da administração controladora, que são os atos que impedem ou que condicionam atos da atividade administrativa ativa, criando uma condição para a produção dos efeitos destes últimos.

Atos da administração verificadora são os atos que documentam determinada situação de fato ou de direito.

Aqueles atos provenientes de administração contenciosa são atos que julgam ou decidem, dentro da Administração Pública, litígios e procedimentos administrativos.

#### 1.4.2 - No tocante a ***classificação segundo os destinatários do ato***.

Os mesmos podem ser divididos em atos individuais e gerais. Cabendo aos atos individuais, recaírem sobre determinados indivíduos, sendo explicitados os destinatários destes atos, nominados. Quanto aos atos gerais, que são em sua maioria, encontramos uma relação jurídica que os coloca como destinatários dos mesmos, assim sendo, os sujeitos não são especificados.

#### 1.4.3 - A ***classificação segundo os efeitos dos atos administrativos***.

Esta classificação abrange atos constitutivos e atos declaratórios. Cabendo aos constitutivos a criação de uma situação jurídica nova, ou mesmo extinguindo ou modificando uma situação já existente.

*Quanto aos atos declaratórios*, são aqueles que afirmam a existência de uma situação de fato ou de direito. Cabe grifar que tais atos nada criam, extinguem ou modificam dentro do ordenamento jurídico.

##### 1.4.3.1 – **Efeitos dos atos administrativos**

Antes, porém, em razão do tópico anterior, devemos distinguir os efeitos típicos dos atos administrativos, que são aqueles atos decorrentes de sua função jurídica, enquanto que, os efeitos atípicos, a despeito de serem decorrentes de um determinado ato, tem efeitos diversos do conteúdo previsto no ato administrativo.

Dentro deste campo dos efeitos atípicos, encontramos os efeitos preliminares e os efeitos reflexos, nos primeiros verificamos a situação decorrente de um ato sujeito ao controle por parte de um órgão de controle, cabendo a este emitir um ato de controle que tem a característica de condição de eficácia para o ato controlado.

Ao passo que nos atos com efeitos reflexos, verificamos um efeito sobre uma outra relação jurídica, que não é exatamente sobre aquela relação, objetivada inicialmente. Não podemos deixar de apresentar os efeitos desses atos, em função de sua importância didática e prática, pois somente quando analisamos a invalidação do ato administrativo é que podemos aquilatar a importância de tal distinção, esclarecendo melhor o disposto, pinçamos o exemplo dado pelo professor Diogenes Gasparini<sup>11</sup>, em sua obra cita que a permissão para os agentes públicos ingressarem no bem expropriado, para por exemplo, obter amostras do solo ou para proceder a um levantamento da área, decorrente da declaração de utilidade pública para fins de desapropriação, teremos o efeito impróprio do ato de declaração, derivado do próprio objeto do ato declaratório, mas que não é o próprio objeto ou o próprio conteúdo do ato.

Somente se invalidam os efeitos próprios dos atos, ao passo que os efeitos impróprios deste ato permanecem no ordenamento jurídico, exemplo clássico disto, quando temos a investidura irregular de um servidor público, os efeitos dos atos praticados pelo servidor são válidos, no caso, inválida será a sua investidura.

Esse entendimento é trazido das decisões do Supremo Tribunal Federal, que por várias vezes considerou como legais os atos praticados por oficiais de justiça que foram nomeados com base em lei declarada inconstitucional.

A importância do tema também se traduz no fato que os efeitos destes atos irão reger situações futuras, respeitando o passado e reconhecendo efeitos futuros do direito adquirido. Portanto, o que se adota é o princípio da irretroatividade dos efeitos do ato administrativo, independente do fato de que tal retroatividade pode ocorrer quando da invalidação de um ato (nulificação do ato), nesse ponto a retroação atende a essência da invalidação do ato.

Os efeitos são os resultados que se processarão no mundo jurídico, sendo de duas ordens, primeiro encontramos os efeitos que são decorrentes direto para o qual o ato se preordena, ou seja, são os efeitos buscados com aquele ato, sendo estes chamados de atos próprios.

Os efeitos impróprios são aqueles que ocorrem, sem que para isso os atos tivessem sido preordenado, não constituem sua razão de ser, derivam necessariamente do objeto do ato, sem contudo constituir o próprio objeto.

11 GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 4ª edição, Saraiva, 1995, p. 80.

### **1.5 - O ATO ADMINISTRATIVO QUANTO A SUA PERFEIÇÃO, VALIDADE E EFICÁCIA.**

Os atos administrativos apresentam um ciclo para a sua produção, portanto, para que o mesmo possa ser considerado perfeito tem de atender a todas as fases de sua formação. Estará materialmente completo, quando dotado de motivo, conteúdo, finalidade, forma, causa e sendo ato emanado por autoridade competente. Em suma quando o ato existe, sendo chamado de existente, por ter completado o seu ciclo de formação.

Dentro da estrutura adotada por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>12</sup>, encontramos a seguinte posição onde coloca todos os requisitos dentro do plano da existência, deixando outros dois planos a validade e a eficácia, que serão discutidos a seguir.

O ato administrativo será considerado válido se for editado conforme a Lei, existindo nesse ponto a seguinte classificação a saber: quando se tratar de regulamento de execução, (deverá estar compatível com a lei) ou conforme a Constituição (quando se tratar de regulamento autônomo). Portanto, podemos verificar que a validade se refere, ao ato, seja ele abstrato ou concreto, legalmente adequado ao ordenamento jurídico, as exigências normativas.

Inversamente verificamos que o ato inválido é aquele que nasce afrontando ao ordenamento jurídico, exatamente por não se compatibilizar.

A verificação da eficácia de um ato administrativo será realizada a partir do momento que este ato estiver pronto para produzir efeitos típicos, ou seja, disponíveis para produzi-los de imediato.

Observa-se que existem atos que tem seus efeitos, condicionada a ocorrência de um termo futuro ou condição que condicione a sua eficácia e, também existem casos de que devem aguardar um outro ato, os chamados atos de controle, exemplo de um ato que depende de um ato de aprovação ou de homologação, para que seus efeitos sejam desencadeados.

12 BANDEIRA DE MELLO, *Op. cit.*, p 347 – 350.

Quando nos deparamos com estas situações condicionantes, temos que os atos administrativos são ineficazes, visto não poderem produzir seus efeitos, independente de serem atos existentes e válidos.

Após termos trabalhado com determinados conceitos e aspectos do ato administrativo, que foram julgadas as mais importantes, para que se tenha uma noção do tema, de um contexto geral.

Começamos a verificar certos aspectos que se repetem e outros pontos que se entrelaçam, de forma a dificultar que se possa estabelecer uma separação clara, um limite definido para determinado aspecto do ato administrativo, sem que tenhamos necessariamente de salientar outro aspecto. Isto demonstra, de forma inequívoca a correlação entre os requisitos, e a conseqüente apresentação dos atributos do ato administrativo, seus efeitos, tudo dentro de um contexto amplo.

Se tratássemos de fazer uma analogia com um quebra-cabeças, certamente teríamos aquela noção de que as pedras se encaixam formando uma figura.

A idéia básica, foi realmente de apresentar estes aspectos com vistas a visualizar essa figura que começa a se definir, mostrando o seu contorno. Este primeiro passo é imprescindível, para abordarmos a vinculação e a discricionariedade, que serão os pontos abordados na seqüência.

A discricionariedade e a vinculação serão apresentados de forma a demonstrar os campos de atuação do agente administrativo ao tomar determinada decisão. Contudo, veremos que tal atuação, está longe de se parecer com o que encontramos na conceituação da grande maioria dos administradores, portanto, aquilataremos que essa atuação segue dentro de uma linha de atuação que já vem definida, que já vem da observação e da obediência aos requisitos dos atos administrativos.

Em resumo, o que veremos no capítulo subsequente, tem uma ligação direta com um sentido de continuidade dentro do tema principal deste trabalho.

## **CAPÍTULO II – DISCRICIONARIEDADE NOS ATOS ADMINISTRATIVOS**

### **2.1. VINCULAÇÃO E DISCRICIONARIEDADE.**

A partir, dos conceitos e noções conseguidos com o primeiro capítulo, podemos iniciar o presente capítulo por apreciar que o poder conferido aos agentes administrativos, são atribuições em razão da competência que os mesmos são investidos ao ocuparem determinado cargo. Ao examinarmos as diversas classificações dos atos administrativos, podemos observar que os atos se agrupam em vinculados e discricionários, tudo em razão da maior ou menor liberdade para agir. Segundo nos propõe Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>13</sup>.

Portanto, antes de iniciarmos propriamente o capítulo, devemos distinguir, que vinculado ou discricionário é o poder. Trata-se, portanto, de um poder regrado com observância exata para a respectiva atuação. Estas noções serão melhores trabalhadas no decorrer deste capítulo, porém cumpre aqui apresenta-las, com o objetivo único de inserir dentro desse contexto, pois é justamente a atuação do agente administrativo, no uso desse poder que significa o ponto principal do nosso trabalho.

#### **2.1.1. NOÇÕES GERAIS**

Quando tratamos dos poderes que são conferidos aos agentes administrativos, estamos tratando da competência que a autoridade é investida.

Portanto, num primeiro momento devemos traçar uma distinção entre ato em si e o poder que a autoridade detém, este poder é que pode ser vinculado ou discricionário.

13 VAZ CERQUINHO, Maria Cuervo Silva, *O Desvio do Poder no Ato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, p. 36. Consoante lição do professor BANDEIRA DE MELLO ao conceituar a discricionariedade como “a margem de liberdade que resulta da lei, em proveito e a cargo do administrado.” Conferência proferida no I Congresso de Direito Administrativo, Curitiba, 1974.

Oswaldo Bandeira de Mello<sup>14</sup>, distingue que o poder vinculado existe quando o agente administrativo deve obedecer estritamente as determinações legais, um poder regrado, totalmente afeito a observância da norma legal. Em verdade o que se tem como idéia principal de que se justifica a discricionariedade administrativa dentro da própria norma jurídica, dando ao administrador o espaço para que haja a apreciação da discricionariedade.

A discricionariedade é vista como a margem de liberdade que resulta da lei, permitindo que o administrador integre a norma aos casos concretos, não através da aplicação de sua vontade simplesmente, mais obedecendo ao contido na lei, conferindo uma perfeita adaptação da realidade empírica ao caso que se apresenta.

Nos casos em que puder aplicar a discricionariedade, estaremos diante da situação em que o agente deverá valorar a conveniência e a oportunidade do ato, apresentando os motivos que o levaram a optar por tal caminho, baseado nas finalidades que sempre deverão atender ao interesse público.

Muitos autores entendem que a discricionariedade se traduz em um fenômeno próprio da administração, posto que o ordenamento não preenche todos os casos, assim como, o fato de que os interesses da sociedade são variáveis e mutáveis em muitos pontos e, portanto, somente a administração poderá identificar e conhecer dos mesmos, na mesma velocidade que se apresentam para a sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, entende que existem atos que comportam certa discricionariedade em razão do seu fim, a despeito que o fim de qualquer ato administrativo deva ser necessariamente o atendimento do interesse público, porém esse atendimento, em certas situações, atendendo ao caso concreto, depende de uma apreciação subjetiva. Portanto, em resumo, o ilustre professor se permite estabelecer a seguinte definição: que o fim sempre é vinculante

## 2.1.2 - O CONCEITO DE DISCRICIONARIEDADE

Apresentada a distinção, como acima, onde estabeleceu-se a barreira entre ambos os conceitos de ato vinculado e discricionário e, buscando aspectos

14 OSWALDO BANDEIRA DE MELLO, *Op cit.*, p. 82

15 CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, *Op. cit.*, p. 383.

salientados, fica fácil apresentar o conceito de discricionariedade, não como um caso de lacunas da lei, mas precisamente como a forma de exercício do poder, dentro da esfera de competência do agente administrativo, atribuindo segundo o caso concreto uma valoração buscando no pressuposto da norma legal, que será sempre em cima de uma norma jurídico administrativa precedente.

*“A discricionariedade é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos, cabíveis perante o caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 13ª edição, Malheiros, 2001, p. 785).*

A discricionariedade consiste na tomada de posição pelo agente, em razão de uma valoração da **conveniência e oportunidade**, mas nunca deverá ser vista como a liberdade de interpretação do preceito legal, temos de ter sempre em mente que a mesma deve fundamentar-se no melhor atendimento do interesse público. Daí a relação de dependência lógica que devem guardar, os motivos e o fim do ato administrativo.

Expresso o conceito para a discricionariedade, estamos deixando definidos os limites dessa discricionariedade, pois diante do explanado, fica evidente que temos a situação limite de atuação, estabelecida previamente pela própria norma jurídica, que em seu corpo já deixa explícita a possibilidade de aplicação de aspectos discricionários. Vale salientar que, essa discricionariedade não poderá ser exercida dentro de uma liberdade ampla, mas dentro dos limites estritos de uma moldura jurídica atendendo sempre a análise da conveniência e da oportunidade.

Portanto, quando falamos em discricionariedade administrativa, nos deparamos com o desenho de um perfil, uma noção lógica de limites. Limites estes, que são pressupostos legais, como a finalidade normativa.

A imprecisão normativa que observamos e muitos conceituam como sendo o ponto para a aplicação da discricionariedade, não pode ser vista como uma

imprecisão absoluta, pois haverá sempre uma zona de certeza positiva, uma área de precisão de atuação, de definição de atuação.

### 2.1.3 - LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO

Ao falarmos da legalidade, estamos tratando de um tema que vem sendo trabalhado durante todo o presente. Portanto, traçar breves linhas sobre tal ponto, seria primordialmente reprisar conceitos e noções já foram desenhadas, mas a importância do tema é tão grande, que cabe-nos salientar que o legislador constitucional inseriu no texto constitucional através do artigo 37, como um aspecto da legalidade, pois como se deduz do texto constitucional que observa que o ato administrativo será válido quando observar a lei.

O ilustre Hely Lopes Meirelles<sup>16</sup> aponta para o fato de que o administrador somente deva praticar o ato para seu fim legal.

Tais noções serão verificadas em diversas Teorias que resumem e mesmo que confirmam a necessidade de uma vinculação dos motivos que conduzem o agente administrativo a adotar determinado ato, tais teorias confirmam também a necessidade de observância da legalidade, em última instância, que os atos estejam em concordância com a finalidade pública. Dentro da observância da legalidade, gostaria de transcrever as palavras de Vladimir Rocha França<sup>17</sup>:

*“A manutenção da violação à lei nos atos administrativos, sob a justificativa de que esta ou outra matéria goza de invulnerabilidade, em face do controle jurisdicional, é danosa ao próprio princípio da separação dos poderes, podendo gerar uma anacrônica tutela de injuridicidade por quem tem, por dever constitucional, que ser o último recurso para a preservação da ordem jurídica”.*

Em suma, não devemos perder de vista a obediência à legalidade, o ato administrativo deve, em razão desse enlace com a legalidade, ser controlado jurisdicionalmente.

16 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19ª edição, Malheiros, 1994, p. 135.

17 FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa**, Editora Forense, 2000, p. 74.

O controle funciona como um baluarte à manutenção dos interesses e direitos dos administrados.

O renomado professor português, Marcello Caetano<sup>18</sup>, expõe que o Direito Administrativo deve ter como ponto essencial, a garantia dos direitos dos administrados, dos interesses legítimos dos particulares. E complementa que sem essa inquestionável garantia não podem existir relações jurídicas, pois como não há como obrigar a administração a cumprir os deveres assumidos perante a norma legal. A relação salientada pelo autor português, decorre logicamente da busca do interesse público, dos órgãos incumbidos para tal, dos poderes atribuídos aos agentes administrativos.

A doutrina portuguesa, a exemplo do que se encontra na doutrina francesa, aponta para uma série de garantias que devem ser observadas e que foram estabelecidas por esta relação com o interesse público. Como exemplo podemos citar as garantias constitucionais ou as chamadas garantias políticas, garantias estas que só se efetivam pela atuação dos órgãos da Administração.

Quando falamos nos requisitos do ato administrativo, tratado no capítulo primeiro, surgiu a noção do mérito do ato, em razão de sua relação com o motivo e o objeto desse ato e, como verificaremos posteriormente, em correspondência direta com esses requisitos sua validade e sua eficácia.

Como apresentado no parágrafo acima, o motivo se correlaciona com a validade do ato, ou seja, é necessário um motivo para exarar um ato administrativo e que este ato esteja motivado dentro dos ditames legais para que o mesmo seja válido. Reside justamente neste ponto o mérito, quando ao praticar um determinado ato, a autoridade administrativa tem de decidir sobre a sua conveniência, oportunidade e justiça. Em resumo, estamos falando de uma análise quanto a pertinência desse ato. Ressalte-se, porém, que tal decisão quanto a conveniência desses atos refere-se apenas aos atos exercidos dentro da competência discricionária da autoridade administrativa.

Em contra ponto, quando tratamos de atos administrativos vinculados, segundo Hely Lopes Meirelles<sup>19</sup>, *não há que se falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais.*

18 CAETANO, Marcello. *op. Cit.*, p. 1201.

19 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19<sup>a</sup> edição, Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo, José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 138.

Portanto, da lição do saudoso mestre quando analisamos o mérito de um ato administrativo, nos cabe tão somente, a verificação de atos não vinculados, cuja eficiência do mesmo, sua oportunidade e sua conveniência e justiça, merecem valoração. A discricionariedade deve ser dentro dos limites já definidos em lei, o mérito analisa a legalidade do ato, podendo anulá-lo.

#### **2.1.4 - PODER DISCRICIONÁRIO**

O Poder discricionário recebeu limites através da Teoria do desvio do poder, quando dentro da doutrina francesa os atos administrativos passaram a ser examinados em termos de sua finalidade, onde se buscava verificar o excesso de poder do agente da administração, principalmente objetivando reforçar a moral administrativa.

##### **2.1.4.1 O PODER DISCRICIONÁRIO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA:**

Tradicionalmente, a expressão do poder discricionário somente é possível dentro da linguagem da doutrina. Esse termo é presente dentro da terminologia jurisprudencial.

O poder discricionário, segundo a doutrina estrangeira, é um poder conferido as autoridades administrativas, próximo e parecido com um poder arbitrário.

O poder discricionário não é nada além do que o poder de escolha entre duas decisões ou entre dois comportamentos igualmente conformes com legalidade. Ao exercer este poder, a administração cumpre fazer o que o direito lhe permite.

Ele é um poder normal e mesmo necessário, que o direito abre à administração para possibilitar a escolha, porque o interesse geral reside em não acomodar a administração deixando-a na situação de um robô, com um comportamento programado.

O Direito Francês, com muita propriedade, coloca que a legalidade sozinha não importa, a oportunidade também computa para a operação do ato administrativo.

A oportunidade será o princípio da legalidade, ajudado pelas exigências constantemente estritas, essas exigências se impõem às autoridades administrativas contra atos inoportunos e inadaptados ou inadequados.

Esta é, precisamente a liberdade de apreciar este que a oportunidade recomenda, que estas autoridades são investidas, quando elas dispõem do poder discricionário.

Tal liberdade, quer dizer que a jurisdição administrativa tende a assegurar uma salvaguarda. O fato que uma autoridade administrativa reconhece uma certa possibilidade de certa decisão, então que ela não é um fator de ilegalidade.

Essa forma quer dizer que o poder discricionário se concretiza de diversas formas: seja pela escolha entre a edição de uma decisão e a abstenção de uma decisão; escolha entre duas ou várias decisões de conteúdos diferentes. Em suma, é melhor que essa liberdade é entendida como uma gama de possibilidades legais abertas, mais conhecidas como o poder discricionário.

O Direito concede à administração esse poder, para a prática de atos administrativos diante da conveniência e oportunidade, não se confunde poder discricionário com arbitrário. Gaston Jèze já dizia, "Il ne fut pas confondre pouvoir discrétionnaire et pouvoir arbitraire", tal distinção é de fundamental importância, com vistas a evitar que o agente administrador público não confunda discricionariedade com arbítrio.

#### 2.1.4.2 O PODER DISCRICIONÁRIO NA DOUTRINA BRASILEIRA:

Como visto anteriormente, principalmente, quando abordamos a classificação feita por Maria Cuervo Silva e Vaz<sup>20</sup>, em normas jurídicas de conceitos teóricos e normas compostas por conceitos não teóricos (práticas). Contudo, dos conceitos extraídos do livro da autora, podemos depreender que a lei não consegue regular toda a atividade administrativa, pois é impossível prever todas as situações, todas as hipóteses, desta forma como observamos no decorrer do presente trabalho, fica evidente a necessidade de conceder ao agente administrativo uma margem de operação, para que possa agir diante de tais situações não previstas.

20 VAZ CERQUINHO, Maria Cuervo Silva. *O Desvio de Poder no Ato Administrativo*, Revista dos Tribunais, 1995, p. 12-19.

Esta margem de decisão, obedece a vinculação a um poder concedido ao agente para operar em determinadas situações já preordenadas em lei, portanto, esse poder discricionário está previamente estabelecido não de forma completa, obedecendo passo a passo todo um procedimento, mas sim, atendendo a um comando genérico

Nestes atos, o sentido de discricionariedade, não reside em situações objetivas e precisas, mas em situações onde se permite uma faculdade de escolha, em função da observância da conveniência e da oportunidade, para a administração.

Portanto, cabe estabelecer desde já, que não existem em nosso mundo administrativo, atos puramente discricionários, pois diante do já exaustivamente dito, comprovamos que tais atos sempre obedecem, dentro de certos limites, ao ordenamento. Tal situação, comprova a dificuldade de estabelecer limites para a Teoria dos atos discricionários, contudo, a maioria da doutrina nacional aponta para a existência de um Poder discricionário, a saber: a discricção resume-se na faculdade de operar ou de deixar de operar, dentro de um campo sempre limitado pelo direito. Alguns autores definem como sendo discricionários os atos em que a autoridade administrativa atua usando certo poder que o ordenamento legal lhe confere.

### **2.1.5 LEGITIMIDADE E MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO**

Quando analisamos a competência e a forma do ato administrativo, encontramos uma vinculação aos motivos, ao conteúdo ou a finalidade do ato, tanto distintamente tanto como concomitantemente.

Essa análise apresenta o requisito da legitimidade, que traz um cunho eminentemente jurídico, a concretização da vontade legal, remonta um conceito de exame da conformidade com a lei.

Antes de mais dizermos, devemos apontar que o direito italiano trouxe para a nossa doutrina a influência do mérito do ato administrativo, tratando o mérito como sendo uma qualidade típica do ato administrativo

Caso ocorra a infração à vontade legal e, portanto à norma legal, que é a manifestação da vontade estatal e da sociedade, cabe a revisão pelo Poder Judiciário, que diante do ato emanado verificará quanto a observância do

mandamento legal. Caso o Poder Judiciário aponte para a observância do pressuposto legal, pela legalidade e legitimidade do mesmo, então teremos a sua conseqüente validação no mundo do Direito e a produção de seus efeitos. Caso contrário, o Poder Judiciário há de torná-lo um ato nulo, inválido, retirando-o do mundo jurídico, assim como os efeitos que possam se apresentar.

Realçamos o fato de que um mesmo ato poderá apresentar-se como vinculado e discricionário, com aspectos que advém da aplicação direta da lei e, num momento subsequente teremos a apreciação da situação com a conseqüente apreciação livre do agente, sempre observando os limites estabelecidos pela lei.

Portanto, surge a noção fundamental, de que toda a atividade administrativa deve ser exercida subsumida a vontade da lei, e não haveria sentido em ser diferente, tendo em vista que estamos falando num processo que tem na vontade da sociedade, que se transforma em lei, obedecendo um processo legislativo onde pelo ao menos se tende a atender os anseios dessa sociedade, materializando em normas jurídicas, por conseguinte, o desempenho das atividades administrativas e dos poderes concedidos aos seus agentes visa dar efetividade, busca em última instância “realizar” essa vontade, esse anseio da sociedade, por tudo isso fica claro que as atribuições dos agentes, os poderes conferidos em função de sua competência, seguem a uma finalidade imposta pela sociedade.

Quanto ao mérito, o vocábulo não tem sido compreendido no campo do direito administrativo, pois confunde-se com o conceito do direito processual civil, contudo o traço peculiar do ato administrativo que tange ao binômio oportunidade e conveniência, dá-se o nome técnico de mérito.

Da compreensão tanto ampla quanto restrita, que se estabelecer ao vocábulo mérito, decorrerá uma maior ou menor parcela de possibilidade de revisão do ato administrativo pelo Poder Judiciário, a diferença estabelecida entre legitimidade ou legalidade do ato e seu mérito, diz respeito a conceitos que se contrapõem, pois o exame da legalidade não comporta o exame do merecimento, existe uma corrente de autores, como Seabra Fagundes<sup>21</sup>, que sustenta a impossibilidade de apreciação do mérito do ato por parte do Poder Judiciário

21 FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 4ª edição São Paulo, Atlas, 1968, p. 167

A evolução do direito público, visando resguardar os direitos subjetivos públicos e as liberdades públicas, a cada dia, avançam no sentido de uma maior proteção, o que certamente acabaria nos levando a proceder uma revisão, bastante ampla, no conceito de mérito, admitindo que o Poder Judiciário procedesse o exame profundo da matéria em questão, buscando a razão dos procedimentos e da manifestação concreta da vontade do Estado, por meio dos atos emanados pelas autoridades públicas.

Certamente, entraríamos na inclusão, num mesmo patamar, das noções de oportunidade, conveniência e de legalidade, o que resultaria na destruição dos limites estabelecidos para análise e distinção da legalidade e do mérito.

Os negócios jurídicos públicos levam em conta o mérito, que desempenha um papel relevante no exercício dos poderes discricionários exercidos pelo agente.

A doutrina italiana, assenta que, cabe quanto ao vício do mérito, tão somente a revogação do mesmo.

“A legitimidade do ato, ou seja, sua conformidade com a lei, refere-se, ou à competência da autoridade, ou às condições e limites, ou às formas. O mérito diz respeito à aplicação, isto é, ao uso das faculdades ao caso concreto, a saber, à razão especial, à conveniência, à oportunidade do ato” (Lorenzo Meucci, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, 3ª edição, 1982, p. 76)

O conceito de mérito é visto sob dois aspectos: o aspecto meramente negativo, como limite do poder de cognição do poder do juiz, de legitimidade (sentido restrito) e sob o sentido positivo, para indicar o pleno e perfeito ajustamento da medida à norma jurídica e sua correspondência ao concreto interesse público, segundo o critério de conveniência e oportunidade. Segundo o primeiro aspecto, o conceito de mérito está em antítese como o de legitimidade, em sentido estrito (Renato Alessi, *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 1953, pp 162-163 ou em *Diritto Amministrativo*, 1949, p 135-136).

Se verificamos a norma jurídica como sendo fonte de conceitos e conteúdos, devemos buscar a distinção estabelecida por Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho<sup>22</sup>, que estabelece em seu livro.

22 VAZ CERQUINHO, Op. cit., p. 23.

O Desvio de Poder no Ato Administrativo, dois tipos de norma jurídica, sendo uma que apresenta conceitos teóricos e outra que apresenta conceitos práticos. Nesta última encontramos uma vinculação com o mundo real, sendo a norma uma previsão dos casos concretos, enquanto que, nas normas ditas teóricas, onde o mundo é visto num sentido empírico, que obedece necessária e rigidamente ao previsto na norma legal.

Diante da classificação estabelecida anteriormente, apontamos para as normas jurídicas que obedecem a conceitos não teóricos, que estabelecem conceitos para os casos concretos, que em razão disso deverão obedecer a critérios de ponderação a respeito do merecimento.

O parágrafo acima já estabelece nosso ponto de trabalho seguinte, onde o exame do merecimento (mérito), deverão atentar para exame desse mérito por parte do Poder Judiciário, aliada a situação encontrada quanto a legalidade do ato, o exame do mérito estabelecerá um marco uma distinção quanto ao exercício do poder discricionário do administrador.

Sempre nos deparamos com a situação que impõe ao agente uma barreira de limites para a fixação de sua vontade, quando diante de uma norma jurídica que estabelece conceitos imprecisos, delimitando desta forma o campo de interpretação da norma jurídica.

Portanto, mesmo diante de normas não teóricas, onde os conceitos são vagos ou imprecisos, existem termos que estabelecem uma vinculação objetiva, um limite, um conteúdo mínimo de vinculação e, não poderá o agente, perder de vista, que sempre estará sujeito ao controle judiciário de seus atos, dos motivos e da análise do mérito.

Em verdade o controle jurisdicional poderá ser exercido inclusive sobre os limites de significação objetiva do conteúdo do conceito de moralidade, trazida pelo ato administrativo.

Os pontos expostos deixam claro que a análise da finalidade da norma jurídica, obedecerá necessariamente ao passo da análise da discricionariedade para o agente administrativo, como a conseqüente observação dessa discricionariedade segundo a sua legitimidade e do mérito, sob o controle jurisdicional desse ato administrativo.

Diante dos aspectos apontados, referente a discricionariedade nos atos administrativos, verificamos que a doutrina nacional albergou a idéia desenvolvida pela doutrina italiana, analisando o mérito.

Porém, antes de avançarmos no trabalho, cabe-nos grifar, que os atos discricionários sofreram uma grande mudança, abraçando ainda mais o princípio da legalidade, tanto no que diz respeito as normas jurídicas, mas principalmente quando se fala no conteúdo da Constituição Federal. A discricionariedade passou a ser vista como sendo limitada pelo Direito, apresentando assim, um sentido mais amplo.

Dentro do presente capítulo, pudemos também apreciar conceitos e distinções, que a bem da verdade, se fazem necessárias ao grifarmos a importância da apreciação do ato administrativo. No que diz respeito a discricionariedade também pudemos apreciar os limites da legalidade, portanto, podemos apontar, sem medo de errarmos, que o ato administrativo merece uma análise de diversos pontos para que possamos deliberar quando a ocorrência ou não de vício do ato.

Essa análise do vício do ato administrativo, sua caracterização, bem como um panorama geral de situações em que os mesmos ocorrem, será exatamente o próximo ponto a ser desenvolvido.

Por isso, a necessidade metodológica em apreciarmos a discricionariedade do agente, tão próximo do capítulo sobre os vícios dos atos administrativos, pois muitos vícios ocorrem em função dessa discricionariedade exercida de forma indevida, com noções errôneas a respeito de seu conceito, uma verdadeira distorção.

### **CAPÍTULO III - VÍCIOS DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO**

Após apresentarmos diversos aspectos do ato administrativo, seus requisitos, e de salientarmos a vinculação e a discricionariedade para a atuação em determinadas situações, estabelecemos um quadro sobre o ato administrativo.

Ao adentrarmos no tema do trabalho, nossa tarefa já vem delineada em consequência das inúmeras noções e das conceituações apresentadas.

Contudo, quando tratamos dos vícios do ato administrativo, temos necessariamente de falar do uso do uso do poder, que deveria ser usado sempre atendendo a forma legal, dentro das atribuições definidas pelo competência do cargo que ocupa o agente administrativo, porém o que percebemos até historicamente em nosso país, é o uso deturpado desse poder por parte dos agentes administrativos.

O que percebemos é o uso desse poder concedido em função da cargo, utilizado para atender interesses particulares, interesses outros que não coadunam com o interesse coletivo. Vale grifar, que os vícios cometidos pela administração, são substancialmente maiores nas esferas governamentais mais elevadas, onde o poder decisório é maior, onde a idéia de impunidade é proporcionalmente maior, esfera em que as possibilidades se abrem formando um leque bastante atraente.

Quando citamos as esferas mais elevadas, não estamos eximindo os demais níveis da administração, pois constantemente nos deparamos com abuso cometidos por funcionários de esferas com pouco ou quase nenhum poder, porém em razão de um defeito do homem, fica fácil constatarmos que a maioria das pessoas não são preparadas para sequer pensarem que possuem algum tipo de poder, assim como, também constatamos que essas pessoas não possuem a mínima noção de que esse poder que lhes é atribuído resulta do cargo que ocupam, visando atender a finalidade pública, o que nos remonta a idéia de governo, sua noção e finalidade.

Portanto, nos deparamos com vícios no ato administrativo em todas as esferas, porém, os vícios cometidos pelas esferas mais altas nos causam uma lesão maior, sempre estão associados a uma ofensa a moralidade pública.

Notamos que na grande maioria dos casos, a idéia deturpada sobre os elementos do ato, sobre os requisitos, princípios. Contudo, nos níveis mais baixos da administração os limites são maiores, assim como as cobranças funcionais, enquanto que, nos altos escalões a impunidade impera.

A idéia que deve predominar é a de que o poder é confiado para ser usado em prol da coletividade social, da sociedade que organizou o Estado, para que o mesmo cumpra e alcance determinado fim. A noção de o poder é lícito quando dentro dos limites que estão preestabelecidos, ao passo que o abuso desse poder será sempre ilícito, sem sendo ilícito é nulo, seja por excesso ou desvio do poder.

Muitas vezes veremos os termos abuso do poder, excesso do poder e desvio do poder, sendo usados de forma sinônimas. O próprio texto constitucional de 1946, em seu artigo 141, parágrafo 24, também adota abuso do poder, que é uma expressão mais próxima do direito penal, enquanto o direito administrativo, adota o termo excesso de poder.

Tal colocação é comum em outras doutrinas, conforme podemos verificar no livro de Sabino Alvarez-Gendim, que inclui o desvio de poder no excesso de poder (*conforme Tratado General de Derecho Administrativo, 1958, volume I, página 341*).

Gaston Jèze emprega as três designações, na mesma seqüência de raciocínio:

De fato, dada a natureza humana e o egoísmo dos indivíduos, deve prever-se que os governos e os agentes públicos exerçam sua competência, enquanto podem, a fim de obter vantagens particulares para si ou pra seus amigos individuais ou políticos. Em todo o caso, reconhece-se atualmente que esses atos são abusos de poder. A jurisprudência do Conselho de Estado criou para combater essas práticas a teoria do desvio de poder, todo o ato jurídico, regular na aparência, editado por agente público com finalidade distinta daquela para a qual devia, está eivado de excesso de poder (*Princípios Generales Del Derecho Administrativo, tradução Argentina, Buenos Aires, 1949, volume III, p.p. 79-80*)

Os vícios suscetíveis de afetar a legalidade dos atos administrativos, segundo a doutrina francesa.

Aproveitando o exposto pelo eminente René Chapus<sup>23</sup>, em sua obra, que distingue as modalidades de ilegalidade, atendendo como a determinação dos meios jurídicos pelos quais nos podemos constatar a ilegalidade de um ato e, notadamente, que podem invocar um recurso por excesso de poder dirigido contra uma decisão

23 CHAPUS, René. *Droit Administratif General*, 14<sup>a</sup> edição, Montchrestien, 2000, p. 997

administrativa.

Traditionnellement, ces moyens sont désignés comme étant les <cas d'ouverture du recours pour excès de pouvoir: les cas où un tel recours peut être exercé avec des chances de succès. Mais ces moyens sont tout aussi bien invocables à l'appui d'un recours de plein contentieux (notamment en matière contractuelle) ou d'un recours en appréciation de légalité (d'une décision ou d'un contrat); de même qu'ils peuvent se présenter sous la forme d'une exception d'illégalité invoquée devant le juge administratif ou juge judiciaire.

Bien entendu, ils peuvent également être invoqués à l'appui d'un recours adressé à l'administration et tendant à ce qu'elle reconnaisse elle-même l'illégalité et en tire les conséquences<sup>24</sup>.

Em tradução própria do contido no texto acima, podemos distinguir que o autor identifica que estes modos de afetar a legalidade, são designados como sendo os casos de abertura de recursos por excesso de poder, sendo casos onde o recurso pode ser interposto com chances de sucesso.

Traz o texto, a ideia de recurso, que invoca um contencioso, em razão de tratar de matéria contratual; De um recurso onde se aprecia a legalidade de uma decisão administrativa ou de um contrato; ambos os casos podem se apresentar como uma forma de exceção de legalidade invocada perante juízo administrativo ou um juízo judiciário.

Lembra por fim, o autor, que esses recursos podem igualmente serem invocados e endereçados à administração para que ela própria reconheça a ilegalidade e, assim sendo, proceda a retirada dos seus efeitos.

René Chapus, em outro ponto de sua obra<sup>24</sup>, apresenta dentro da diversidade de ilegalidades e dos modos como se colocam, uma distinção de duas categorias nas quais estas modalidades se repartem, sendo aquela que apresenta uma ilegalidade externa e uma que apresenta uma ilegalidade interna.

<sup>24</sup> CHAPUS, Op. cit., p. 998

Quando se contesta a legalidade externa de uma decisão, por exemplo, a contestação recai não sobre o que se decidiu, mais sobre a incompetência, sobre o vício na sua produção e sobre o vício de forma.

Ao passo que, ao se tratar de uma legalidade interna do ato, analisa-se os motivos do ato, seu conteúdo, sua finalidade.

Verificamos que, de uma forma diferente do que se apresenta na doutrina nacional, a doutrina francesa aponta para os mesmos elementos e requisitos, já apontados neste trabalho.

### **3.1 - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Inicialmente, coube no presente capítulo, apresentar as noções de vícios do ato administrativo, noções trazidas também da doutrina francesa, que demonstram que a linha de desenvolvimento utilizada neste, vem apresentando um caminho claro para a apresentação dos vícios em si, destacando as figuras mais importantes dessa anomalia, sem procurar esgotar as figuras existentes.

Dentro das figuras principais dos vícios do ato administrativo, iniciaremos pela improbidade administrativa, como sendo uma das principais ocorrências dentro da administração brasileira. A exemplo do que citamos no capítulo anterior, o destaque para tais vícios, reside na dimensão das lesões.

A improbidade administrativa, apresenta-se como um tema relevante, atualidade e amplitude dentro do Estado de Direito, vem se ofertando como um tema amplo em virtude das reiteradas incidências dentro do cotidiano jurídico, seja pelo enriquecimento ilícito, seja contratação para cargos e empregos públicos, na licitação em diversas hipóteses.

A improbidade administrativa tem um grande potencial lesivo, lesivo tanto em termos econômicos, quanto em termos sociais, que mostra um exemplo de como não agir, que acabam gerando um descrédito de toda a administração, que passa por todos os patamares.

A conceituação passa necessariamente por uma pluralidade de implicações e condicionamentos ancorados na coisa pública, que se apresentam como distorções comportamentais no campo material.

Como demonstração da preocupação estatal em prover o ordenamento com instrumentos eficazes para coibir tais abusos, apresentamos a Lei 8.429/92, intitulada como Lei do Colarinho Branco, que veio a revogar as leis anteriores sobre o assunto (Lei Pitombo-Godói Iha e a Lei Bilac Pinto).

A improbidade administrativa se apresenta através de atos lesivos ao erário e de atos lesivos aos princípios administrativos.

### **3.1.1 - ATOS LESIVOS AO ERÁRIO**

Dentre a matéria regulada pelo instrumento normativo supra-citado encontramos os atos lesivos ao erário, que são condutas atentatórias ao erário, previstas no art. 10 do diploma legal citado.

Vale conceituar erário como sendo, o que diz respeito ao econômico e financeiro, ao tesouro nacional, ao fisco, ao patrimônio público. O caput do art 10, trata do ato de improbidade como sendo, qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens e haveres das entidades referidas no art 1º.

Esse artigo busca reprimir a conduta ilegal, sendo que em seus treze incisos a lei pretende atingir as modalidades de violação, tratando da conduta lesiva, cometida de forma culposa como dolosa. Não se admite, portanto, um agente da administração que consume o erário, não se busca analisar se estamos diante um excessivo rigor do legislador.

O leque de modalidades de lesão passa pela frustração do processo licitatório, que vem se apresentando como fonte inesgotável de prejuízos para a administração, principalmente após a edição da Lei de Licitações nº 8.666/93.

Dentro do tópico da frustração dos processos administrativos, abre-se um enorme campo, onde das inúmeras possibilidades ressaltamos o superfaturamento, que podemos dizer que se trata de uma conduta anômala típica, onde os próprios licitantes colocam um sobre valor em seus produtos e serviços. Quando se cobra a mais por determinado produto e a administração aquiesce com o valor, não cotejando-o na praça, ou mesmo em função de situações de atrasos de pagamento ou de carência do próprio produto na praça, em muitos casos fica difícil a sua

caracterização, existindo tão somente em decorrência da omissão administrativa do agente, pois atualmente o governo trabalha com tabelas de valores para todos os produtos e serviços, estabelecendo valores máximos a serem pagos pela administração.

Outra situação bem comum, refere-se a dispensa e a inexigibilidade de licitar, atendendo aos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93. A lei de licitações, como é conhecida, trabalha com princípios que norteiam a administração, e impõe ao agente a fiel observância dos mesmos, a saber: legalidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, julgamento objetivo, probidade administrativa.

### **3.1.2 ATOS CONTRÁRIOS AOS PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS**

Pegando um gancho nos princípios descritos na Lei de licitações e, que consistem em princípios exaustivamente ressaltados dentro da vida administrativa, colocamos que o desenvolvimento da estrutura administrativa deve sempre ser direcionada ao cumprimento do interesse social, do interesse público sobre os demais.

A normatização referente ao ponto em questão, ocorre no art. 11 da Lei do Colarinho Branco, que explicitamente dispõe que constitui ato de improbidade administrativa aos atos que atentem contra os princípios da administração, seja por ação ou omissão, que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, lealdade às instituições.

Deve ser enfatizado que as condutas enumeradas nos sete incisos do artigo em questão, não autorizam que se cogite em elemento subjetivo, sendo presumido que são condutas dolosas, que demonstram uma consciência da ilicitude.

Da observação do disposto no artigo 11, conclui-se que estamos diante de uma regra de reserva, para os casos de improbidade administrativa que não acarretam lesão ao erário nem importem em enriquecimento ilícito do agente público que pratica o ato. Extrai-se do dispositivo a idéia de se tutelar o bem jurídico da probidade administrativa.

## 3.2 ABUSO DE PODER

### 3.2.1. DISTINÇÃO ENTRE ABUSO DE PODER, EXCESSO DE PODER E DESVIO DE PODER

Inicialmente devemos distinguir abuso de poder, que ocorre quando a autoridade extrapola os limites de sua competência, desviando das finalidades primeiras o seu ato, sendo revestido de diversas formas, como o resultante de ato truculento, estelionato.

A Teoria do abuso do poder, que teve sua origem na França, com a finalidade de anular os atos abusivos, a Teoria do Excès du Pouvoir ou do Détournement, tal teoria surgiu com o famoso caso Lesbats, em 1864, inspirada na idéia de moral, limitando o titular do poder, não em sua atuação, mas em limitar suas atitudes a observância formal e legal.

A observância de aspectos legais, formais e de aspectos morais, tanto se refere a atos administrativos vinculados quanto aos atos administrativos discricionários, que como visto anteriormente, são apenas uma parcela de competência limitada, para certos casos em que a lei previamente abre espaço.

O abuso do poder é bastante forte e arraigado em todos os países, porém em países subdesenvolvidos, a exemplo do nosso, encontramos uma maior incidência, tanto ocorre através de atos comissivos quanto de atos omissivos, mas caracterizam-se por uma afronta aos limites da legalidade e por causarem alguma forma de lesão ao direito individual.

O professor Hely Lopes Meirelles explica:

*Entre nós, o abuso do poder tem merecido sistemático repúdio da doutrina e da jurisprudência, e para seu combate o constituinte armou-nos como o remédio heróico do mandado de segurança, cabível contra ato de qualquer autoridade (Constituição Federal, art 5º, LXIX, e Lei 1.533/51), e assegurou a toda a pessoa o direito de representação contra abusos de autoridade (art. 5º, XXXIV, "a"), complementando esse sistema de proteção contra excesso de*

*poder, com a Lei 4.988/65, que pune criminalmente esses mesmos abusos de autoridade. (op. Cit., p. 94.)*

Excesso de poder, segundo a conceituação apresentada pelo autor acima, significa que os atos foram adotados pela autoridade, agente, indo além de suas faculdades administrativas, fora do que a lei lhe permite, indo além o agente produz um ato ilegítimo, arbitrário, pois o agente tem plena consciência de estar extrapolando, torna-se ilícito e deverá ser nulificado.

A noção que se deve ter, a despeito de diversos autores falarem sobre a dificuldade em distinguir ambas as situações, é a de que o ato viola a regra que estabelece a competência do agente administrativo.

Diante da breve distinção exposta acima, cabe-nos aprofundar mais o tema central do presente trabalho, onde primeiramente iremos apresentar um traço das modalidades de vícios, para a doutrina francesa e, em seguida, nos ater mais determinadamente a conceituação de desvio do poder, as forma de desvio do poder e, finalizando com breves aspectos sobre o controle jurisdicional sobre o ato viciado.

### **3.2.2 - A OMISSÃO ADMINISTRATIVA**

Antes de conceituarmos o desvio do poder, que constitui-se no ponto mais importante dos vícios do ato administrativo. Vale apontar em rápidas palavras a omissão da administração, colocando-a como um vício segundo o caso concreto e a situação que se apresenta ao particular ante ao órgão público.

Se considerarmos a omissão administrativa como vício, estamos entrando num campo nebuloso para caracteriza-la, a exemplo do que foi desenvolvido pela distinção entre abuso do poder e excesso do poder, seguindo a lição do saudoso professor Hely Lopes Meirelles<sup>25</sup>.

Contudo, ao verificarmos que a norma jurídica, estabelece que, decorrido um determinado prazo e, em razão do silêncio da lei, importará na aprovação ou na denegação de um dado pedido do administrado.

25 MEIRELLES, Op. cit., p. 96.

Certamente devemos considerar os efeitos do silêncio da autoridade administrativa, considera-se neste ponto, o silêncio como sendo a conduta omissiva da administração, que acaba por ofender ao direito do administrativo, pelo menos no que seja seu direito de resposta.

Portanto, deve-se considerar que, diante de um caso concreto, onde não esteja estabelecido um prazo legal para resposta da administração, entende-se que o administrado deve aguardar por um prazo razoável para ingressar com ação judicial, tendo em vista, que a extrapolação de um prazo considerável bastante razoável pode ser definido como abuso do poder.

A jurisprudência vem considerando pacífica a possibilidade de ingressar com mandado de segurança, contra conduta omissiva da administração, inserindo-se nesse contexto, a demora ou retardo em emitir um ato ou fato que lhe caiba praticar, ensejando desta forma uma ação judicial.

### **3.3 DESVIO DE PODER**

#### **3.3.1 CONCEITUAÇÃO DE DESVIO DE PODER**

Com o intuito de conceituar o ato jurídico, que incide como vício sobre a finalidade do ato administrativo, temos de proceder a um enfoque da sua realidade jurídica, da essência desse ato.

Assim sendo, temos necessariamente firmar a noção de que a relação jurídica, o ato administrativo que a gera, surge com vistas a concretização de um determinado fim, este já previsto em uma norma jurídica, in abstrato, explícita ou implicitamente. Esta norma irá conferir ao agente competente, um poder para emanar o ato administrativo dentro dos limites que a moldura jurídica lhe impõe.

Deve, obrigatoriamente, o agente atender ao previsto na norma jurídica, em outras palavras, outro fim será permitido ao agente prosseguir, a não ser aquele próprio às suas atribuições, derivadas da regra de competência.

Portanto, quando falamos nessa competência, nesse poder concedido ao agente administrativo, estamos falando em sua subsunção à lei, inclusive quando se

fala em exercício do poder discricionário, posto que, tal poder sempre obedece a limites impostos pela norma jurídica.

Segundo José Cretella Júnior <sup>26</sup>, define a seguinte expressão para desvio do poder, distinguindo com dois termos bem distintos, com significados bem distintos: desvio e poder, ligados pelo conectivo.

Desvio é distorção, afastamento, mudança de direção, enquanto que o vocábulo poder significa a faculdade, competência para decidir determinado assunto, em outro sentido.

O autor citado anteriormente, coloca no conceito, quatro elementos relevantes para estar presente o desvio do poder<sup>27</sup>:

1ª que exista a autoridade administrativa

2ª que o agente seja albergado para competência para o ato

3ª uso do poder discricionário

4ª fim diverso do fixado na lei.

Como visto, todos os requisitos apresentados pelo ilustre autor, foram salientados no presente trabalho, bem como podemos afirmar como elementos comuns a todos os autores pesquisados.

Vale ressaltar, que o ato administrativo atende o interesse da coletividade, de todo o coletivo social, tirando da órbita da Administração de toda e qualquer espécie de favoritismo, aplicando tão somente a função estatal.

Observa-se o desenvolvimento da função administrativa às regras jurídicas que lhe preexistem, que ordenaram de maneira prévia que se deveria perseguir a finalidade pública, que está contida nessa mesma lei.

Portanto, cabe ressaltar, a existência do pressuposto da competência atribuída ao agente administrativo, independente de ser um poder vinculado ou discricionário.

Preordena-se a consecução do ato administrativo, a existência dos seguintes pressupostos, o nascedouro que está na finalidade pública, no interesse da coletividade, depois a materialização dessa finalidade, seu instrumento para dar-lhe eficácia que reside na norma jurídica e, por fim, o pressuposto que trata de quem irá dar eficácia a norma, quem produzirá o ato dentro do mundo fático, saindo do abstrato da norma, nesse encontramos o agente dotado de competência para tal.

<sup>26</sup> CRETELLA, José Júnior. **O Desvio de Poder na Administração Pública**, 4ª edição, Forense, 1997, p. 33.

<sup>27</sup> CRETELLA Op. cit., p. 31.

Dos pressupostos apresentados verificamos no último, a competência, a existência da discricionariedade, que permitiu a criação da teoria do desvio do poder.

A Teoria do desvio do poder configura-se como um limite ao exercício da competência por parte do agente administrativo. Isto posto, compreende-se a importância do tema sobre o princípio da legalidade, já assente em momentos anteriores deste trabalho. A importância destaca-se quando verificamos que na própria legalidade já se insere a finalidade, pois faz parte da estrutura da norma jurídica. Como visto anteriormente, todos os aspectos que abordam, que cercam o tema tem de uma forma explícita ou implícita, uma profunda correlação.

Exemplificando melhor, podemos esclarecer, que cumpre ao agente, diante da realidade fática, motivar o seu ato, este motivo criará um vínculo com o ato, devendo também apresentar uma ligação lógica com conteúdo e o fim do ato, obedecendo ao que condiciona o exercício de competência para o agente.

A finalidade de atender ao interesse público, é pressuposto para que o ato subsista no mundo jurídico, tenha validade. Caso o ato administrativo seja exercido não com o objetivo de alcançar este fim público, ou mesmo que seja desviado do mesmo, estamos diante da figura do desvio do poder, em suma, existe o desempenho de uma competência, não atendendo ao fim para que se destina.

Pinçando da definição do professor Hely Lopes Meirelles<sup>28</sup>, quando estabelecemos a distinção entre desvio de poder e excesso de poder, reafirmamos que o desvio ocorre no momento em que a autoridade utiliza sua competência para atingir um fim diverso do previsto pela norma. Há uma desconformidade do ato com a norma.

Maria Cuervo Silva e Vaz Cerquinho<sup>29</sup>, afirma em seu sobre o desvio do poder:

*“Conceituamos o desvio do poder como o vício suscetível de enfermar o ato praticado pelo agente administrativo no exercício de uma competência legalmente conferida, a qual é desencaminhada da prossecução da finalidade que lhe é específica e, para cuja concreção aquela havia sido, precisamente, outorgada pela norma jurídica.”*

28 MEIRELLES, Op. cit., p. 94.

29 VAZ CERQUINHO, Op. cit., p. 70.

Seabra Fagundes<sup>30</sup>, definiu o desvio do poder da seguinte forma:

“O vício do desvio da finalidade ocorre quando a lei previu que o ato fosse praticado visando a certa finalidade, mas a autoridade o praticou com finalidade diversa.”

O desvio do poder, fundamento para a anulação do ato administrativo que nele incide, difere dos outros casos, porque não se trata de apreciar objetivamente a conformidade ou não conformidade de um ato com a regra do direito, mas necessariamente de proceder a sua análise quanto as intenções subjetivas: é necessário indagar se os móveis que inspiraram o autor do ato administrativo são aqueles que, segundo a intenção do legislador, deveriam realmente, inspira-lo. Os casos de anulação dos atos administrativos fundamentam-se me razões de existência objetiva e que podem justificar a decisão, em suma, são os motivos que levaram o agente realizar tal ato, que deverão compor a justificativa da decisão, os motivos como explicado, ficam vinculados ao ato administrativo.

### **3.3.2 A PROVA DO DESVIO DO PODER**

Devemos estabelecer que a prova é tudo o que convence alguém, de algum fato, são elementos que determinam a convicção do juiz, com bases para sentenciar.

Como os atos administrativos presumem-se válidos, o ônus da prova incumbe a quem alega os fatos. Porém, cumpre atentar para o fato de que a Administração é o próprio Estado, que se caracteriza como a entidade competente para tutelar o direito, sendo então que teremos do mesmo ponto, a fonte dos atos viciados e, que também tem o papel de evitar tal distorção.

A prova do desvio do poder, encontra-se na documentação que encontra no processo administrativo, também se admite a prova testemunhal, bem como será aceita a prova indiciária, mas deve-se apreciar o critério restritivo, contudo exige-se que as presunções de desvio, sejam graves.

30 FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**, Rio de Janeiro, Forense, p. 79.

Esse controle da legalidade do ato administrativo emanado, passa por esse exame de prova e, por elementos como a forma do ato e a competência, bem como de elementos internos ao ato, como exemplo, do objeto do ato.

O exame da prova, convém tomar precauções, pois seria um erro pensar em não se pedir primeiramente as provas, para num passo seguinte, buscar o exame dos elementos subjetivos.

A análise de prova é de fácil compreensão, em vista de que o administrador que usa dos seus atos para fins distintos dos pré-definidos, não se pode pensar que o administrador vá confessar sua conduta. O agente certamente, esconderá os verdadeiros motivos do ato praticado e apresenta oficialmente um pretexto legal.

### **3.3.3 SINTOMAS DO DESVIO DO PODER**

A intenção do administrador é um elemento de difícil identificação, exceto quando o autor a revela.

A doutrina francesa apresenta alguns elementos que considera como sendo denunciadores do desvio do poder, segundo decisões do Conselho de Estado:

- *pressa com que o ato foi editado*
- *inexistência dos motivos apresentados pelo administrador para justificar uma decisão tomada*
- *desigualdade de tratamento dos interessados*
- *caráter sistemático de certas interdições*
- *caráter geral atribuído a medida que deveria permanecer particular*
- *circunstâncias locais que antecederam a edição do ato*

Denominamos como sintoma do desvio do poder, qualquer traço, que seja interno ou externo, seja o mesmo direto ou indireto, que revele a distorção da vontade do agente em relação ao fim público.

O sintoma encontra-se na própria motivação do ato, de motivação excessiva, insuficiente, inexistente ou contraditória, o desvio será caracterizado pelo próprio exame dos elementos que constituem o cerne do ato administrativo.

Dentre os inúmeros sintomas existentes, para definir o ato administrativo, podemos arrolar os seguintes, dentro da doutrina brasileira, a saber: motivação exagerada, motivação contraditória, alteração dos fatos, ilogicidade manifesta, manifesta injustiça, derrogação de norma interna, desigualdade de tratamento.

A exemplo do citado, temos que a motivação exagerada ocorrerá nas circunstâncias em que o administrador apresentar para sua justificação, uma relação infundável de considerações prolixas e não concludentes.

A motivação contraditória deixa o interprete perplexo a respeito da verdadeira razão inspiradora do administrador. Nesse particular caso, a doutrina apresenta a motivação contraditória como sintoma inequívoco do desvio do poder.

A contradição flagrante, entre dois motivos é um sintoma claro, que deve ser levado em conta para o diagnóstico do desvio do poder.

## CONCLUSÃO

Observando o Direito Administrativo sob o prisma de um Estado de Direito, encontraremos o princípio da legalidade como pedra de toque para a Administração Pública, para o cumprimento de suas atribuições que visam atender o anseio da sociedade.

As normas jurídicas, como vontade legalmente traduzida, constituem um elemento primordial para dar, primeiramente, forma e conteúdo à finalidade pública, delimitando a competência para atuar do agente.

Esses limites demarcados pelo regime jurídico também trazem um reflexo direto na discricionariedade administrativa, impondo ao agente que justifique os motivos que integraram a sua vontade psicológica, e que esses motivos coadunem com a finalidade pública. Em resumo, o que verificamos é uma estrita vinculação da administração em toda a sua estrutura, com a sua razão de ser o fim público.

O ato administrativo, que acaba comportando uma determinada parcela de discricionariedade, não se revela como uma liberdade de ação para o agente apreciar o fato concreto, mas sim, como num poder de decisão conferido pela lei, a ser exercido dentro dos limites que essa mesma lei estabelece previamente, não podendo nem sequer ser distorcido.

A teoria do desvio do poder, corresponde a execução de um ato jurídico administrativo, com o uso indevido do poder e da competência do agente, para obter fins diversos daqueles fixados em lei (desvio de finalidade).

Num país em que várias formas de vícios de poder estão presentes, o controle do ato administrativo viciado se faz primeiramente pelo controle de sua legalidade e quanto ao atendimento da finalidade pública.

A apreciação por parte do Judiciário, quando os conceitos expressos pela norma jurídica não são claros, se faz necessária para estabelecer limites de significação objetiva para tais conceitos. Pois não devemos esquecer que a norma, como previsão hipotética, não consegue abranger a todos os fatos do mundo real.

O ato administrativo deverá ser revisto pelo Poder Judiciário quando ferir a segurança jurídica e os direitos subjetivos dos cidadãos, constituindo-se num dever indeclinável do Judiciário. Este controle se torna o último baluarte entre a

arbitrariedade e juridicidade, realizando-se sempre, através de mecanismos que possibilitem a análise de todos os seus requisitos.

Ao Poder Judiciário, porém, cabe atentar ao princípio da separação funcional dos poderes, para analisar o caso concreto, o que significa manter a discricionariedade administrativa, que confere exclusividade ao administrador no que tange a conveniência e oportunidade.

Contudo, o campo da discricionariedade administrativa é inegavelmente o que comporta a maior incidência dos vícios do ato administrativo, atendendo a interesses privados e pessoais, indo por vezes, além do que a lei anteriormente estabeleceu como fronteira de atuação do administrador.

Tal análise se faz em favor do princípio da moralidade e da igualdade, visando uma conduta ética e moral dos administradores públicos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

PASSAGLINI, Mariano Filho. **Improbidade Administrativa – Aspectos jurídicos da Defesa do Patrimônio Público**, 4ª edição, São Paulo, Atlas, 1999.

GASPARINI, Diógenes. **Crimes na Licitação**, 1ª edição, NDJ, 1996.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**, 4ª edição, São Paulo, Saraiva, 1995.

CRETELLA, José Júnior. **O Desvio do Poder na Administração Pública**, 4ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

TEMER, Michel. **Elementos de Direito Constitucional**, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 1995.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 9ª edição, São Paulo, Malheiros, 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 19ª edição, São Paulo, Malheiros, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**, 13ª edição, São Paulo, Malheiros, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, São Paulo, Atlas.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**, São Paulo, Atlas, 1991.

MARIA CUERVO, Silva e Vaz Cerquinho. **O Desvio de Poder no Ato Administrativo**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo** Atualizada pelo Professor Diogo Freitas do Amaral, 10ª edição, Lisboa, Almedina, 1999.

CHAPUS, René. **Droit Administratif Général**, Tomos 1 et 2, 14ª edição, Montchrestien, 2000.

**Les Cahiers du Conseil Constitutionnel**, Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif n° 2, Dalloz, 1997.

**Les Cahiers du Conseil Constitutionnel**, Excès de pouvoir administratif et excès de pouvoir législatif n° 1, Dalloz, 1996.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Invalidação Judicial da Discricionariedade Administrativa** – No Regime Jurídico-Administrativo Brasileiro, 1ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A Monografia Jurídica**, 3ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1997.