

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO PARANÁ  
XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA  
NÚCLEO DE CURITIBA**

**DEISE LUCY GAIO**

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

**CURITIBA  
2008**

**DEISE LUCY GAIO**

**O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

Monografia apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Prof. Luiz Osório Moraes Panza

**CURITIBA  
2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

DEISE LUCY GAIO

### **O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: Luiz Osório Moraes Panza

Avaliador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, 29 de Outubro de 2008

A Deus, por sua infinita bondade e sabedoria.

Aos meus pais, os grandes mestres de minha vida, Laura e Domingos, pelos ensinamentos, pelo apoio, pela paciência, pela dedicação, pela força e pelo amparo. Não há palavras suficientes para expressar o meu carinho e a minha gratidão.

Por todos esses motivos, e, por muito mais, a homenagem de uma filha eternamente agradecida.

## **AGRADECIMENTOS**

**Ao meu querido pai, Domingos Augusto Gaio**, cultor do Direito, advogado proficiente, minha referência, pelos seus valiosos ensinamentos, pelas suas críticas precisas, pelo seu apoio incondicional.

**Ao Professor Ms. Luiz Osório Moraes Panza**, grande estudioso e incentivador deste trabalho, pela confiança em mim depositada como sua orientanda, pela dedicação e disponibilidade, pela colaboração bibliográfica, leitura e revisão do texto, pela aprendizagem que me proporcionou, enfim, pela valorosa orientação deste trabalho.

**Ao Desembargador Jurandyr Souza Jr.**, cultor do Direito, exemplo de profissionalismo, de quem tive a honra de ser aluna na Escola da Magistratura do Paraná – Núcleo Curitiba, pelos seus valiosos ensinamentos, pelas palavras de incentivo ao estudo e à pesquisa.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	09
<b>2 ATOS ADMINISTRATIVOS</b> .....	13
2.1 CONCEITO.....	13
2.2 REQUISITOS OU ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO.....	14
2.2.1 Competência.....	15
2.2.2 Forma.....	17
2.2.3 Finalidade.....	17
2.2.4 Motivo.....	18
2.2.5 Objeto.....	18
2.3 MOTIVO E MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES.....	18
2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.....	24
2.4.1 Atos Vinculados.....	24
2.4.2 Atos Discricionários: conceito, questão terminológica e diferenças entre os atos vinculados.....	25
2.4.2.1 Justificação e âmbito de aplicação.....	29
2.4.2.2 Legalidade e mérito do ato administrativo.....	31
2.4.2.3 Limites da discricionariedade.....	32
<b>3 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	35
3.1 CONTROLE: CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	35
3.2 CONCEITO.....	36
3.3 ESPÉCIES.....	37
3.4 CONTROLE JUDICIAL.....	39
3.4.1 Conceito, classificação e natureza jurídica.....	39
3.4.2 Finalidade, objetivo, característica e fundamento.....	41
3.4.3 Sistemas de controle: conceito e classificação.....	42
3.5 CONSEQUÊNCIAS DO CONTROLE JUDICIAL.....	46
<b>4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS</b> .....	48
4.1 A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO.....	48
4.2 A CORRENTE QUE SUSTENTA QUE A POSSIBILIDADE DO CONTROLE	

JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS É RESTRITO.	49
4.3 A CORRENTE QUE DEFENDE A POSSIBILIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS.....	55
4.4 O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ SOBRE O TEMA.....	70
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>87</b>

## RESUMO

A presente monografia discorre sobre o alcance e a extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Diante do preceito constitucional, contido no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consagrando o princípio da proteção judicial efetiva, surge a questão concernente à possibilidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários. Sobre a matéria existem duas correntes doutrinárias, ambas secundadas por linhas correspondentes de decisões jurisprudenciais. Uma, entendendo que ao Poder Judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe somente examiná-los sob o prisma da legalidade. Do contrário estar-se-ia a substituir a figura, a vontade ou a valoração pessoal do administrador pela do juiz. Outra, entendendo que o controle jurisdicional dos atos administrativos, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, deve ser amplo e irrestrito, sempre que exista lesão ou ameaça a direito. Notadamente, dos atos discricionários, cobrando-lhes congruência na motivação de fato e de direito, à semelhança daquele requerida dos atos judiciais, nos termos da Constituição Federal de 1988. Alegam seus adeptos que, sem substituir o administrador, os controladores podem/devem avaliar a juridicidade dos atos administrativos, sem que isso configure qualquer invasão do merecimento em si. Proclamam a vinculação objetiva dos atos discricionários, no intuito de coibir desvios e omissões. Procura-se estudar os argumentos esposados pelas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema que dividem os doutrinadores e os juristas. Finalmente, verifica-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Palavras-chave: Administração pública; Atos administrativos discricionários; Discricionariedade; Controle judicial.

## 1 INTRODUÇÃO

O estudo do alcance e extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários constitui-se no objeto da presente monografia.

O que justifica a escolha do tema, bem como o seu estudo é o que a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXXV prevê que não serão excluídos da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Logo, em tese, um ato administrativo que possa ameaçar ou violar um direito também poderá ser submetido ao Poder Judiciário.

A doutrina e a jurisprudência posicionavam-se firmemente no sentido de que ao Poder Judiciário caberia apenas o controle da legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedado exercer juízo de mérito, em decorrência dos princípios da separação e independência dos poderes previstos no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Sobre a matéria existem duas correntes doutrinárias, ambas secundadas por linhas correspondentes de decisões jurisprudenciais. O tema gera controvérsias, tanto no campo doutrinário como no entendimento jurisprudencial.

Uma, entendendo que ao Poder judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe somente examiná-los sob o prisma da legalidade. Do contrário estar-se-ia a substituir a figura, a vontade ou a valoração pessoal do administrador pela do juiz. Outra, entendendo que o controle jurisdicional dos atos administrativos, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, deve ser amplo e irrestrito, sempre que exista lesão ou ameaça a direito. Alegam seus adeptos que, sem substituir o

administrador, os controladores podem/devem avaliar a juridicidade dos atos administrativos, sem que isso configure qualquer invasão do merecimento em si.

O interesse pelo assunto em foco teve origem na curiosidade em estudar, com o advento da Constituição Federal de 1988, o alcance e a extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Para realização do estudo foram levadas em consideração as seguintes hipóteses: 1ª) quais são os limites ao exercício do poder discricionário; 2º) se com o controle judicial dos atos administrativos discricionários há desrespeito ao princípio da separação dos poderes; 3º) qual o entendimento doutrinário e jurisprudencial com o advento da Constituição Federal de 1988 sobre controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Esta obra teve como objetivo institucional produzir monografia como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Como objetivo geral propõe-se a estudar, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, o alcance e a extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

E, ainda, como objetivos específicos, estudar os atos administrativos e seu conceito, requisitos, teoria dos motivos determinantes, classificação; estudar os aspectos gerais do controle da Administração Pública, conceito, espécie; pesquisar e estudar a evolução do controle judicial, seu alcance e extensão, bem como os limites que lhe são impostos com o advento da Constituição Federal de 1988, bem como o posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre o tema da monografia.

Para o melhor desenvolvimento da pesquisa, o percurso teórico realizado foi distribuído em três capítulos, e estes em subcapítulos, permitindo a abordagem da temática proposta numa seqüencialidade lógica.

Pretende-se, no primeiro momento, estudar os atos administrativos, conceito, requisitos ou elementos, a teoria dos motivos determinantes, a classificação dos atos administrativos, distinguir legalidade e mérito do ato administrativo e os limites da discricionariedade.

Na seqüência, trata-se sobre o controle judicial da Administração Pública, aspectos gerais, conceito, espécies, o controle judicial e respectivo conceito, classificação e natureza jurídica, finalidade, objetivo, característica e fundamento, sistemas de controle e as conseqüências do controle judicial.

Por fim, examina-se, os entendimentos doutrinários e jurisprudências sobre a extensão e a possibilidade do controle judicial dos atos administrativos discricionários, as correntes doutrinárias e o entendimento jurisprudencial acerca do tema proposto, bem como entendimento do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Paraná sobre o tema.

No desenvolvimento desta obra adota-se o método dedutivo, baseado na construção doutrinária e legislativa, com o estudo sobre os atos administrativos: conceito, natureza jurídica, classificação e, logo em seguida, partir para o estudo do controle da administração pública e, mais especificamente, do controle judicial com o intuito de dar um panorama geral de sua extensão e aplicabilidade, utilizando-se para isto do uso de mecanismos lógicos de generalização, e também, demonstrar as reais peculiaridades do instituto objeto de estudo. E, por fim, adentrar na pesquisa sobre o alcance e extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários. O método de procedimento específico será o da pesquisa

bibliográfica sobre o tema, através de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, jurisprudência, legislação.

Enfim, a pesquisa realizada possui como pressuposto essencial destacar o alcance e a extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários, que tem enveredado debates de alta magnitude entre juristas e doutrinadores, em razão do advento da Constituição Federal de 1988.

## CAPITULO I

### 2 ATOS ADMINISTRATIVOS

#### 2.1 CONCEITO

A Administração Pública realiza a sua função através de atos jurídicos, denominados amplamente de atos da administração. Entre tais, situam-se os atos administrativos, que abrangem apenas determinadas categorias de atos praticados no exercício da função administrativa.<sup>1</sup>

Para os fins a que esse trabalho se propõe, o enfoque será para o ato administrativo unilateral, o qual pode ser conceituado como toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria.<sup>2</sup>

O ato administrativo é um ato jurídico por meio do qual a Administração Pública (direta, indireta ou delegada, esta desde que no exercício da delegação) expede declarações de natureza infralegal, com o fim de atender a interesse público mediato ou imediato.<sup>3</sup>

No campo doutrinário ainda, podemos extrair como conceito de ato administrativo, a declaração do Estado ou de quem o represente, que produz efeitos

---

<sup>1</sup> DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007 p. 175-176.

<sup>2</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 149.

<sup>3</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**, 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 46.

jurídicos imediatos, com observância da lei, sob regime jurídico de direito público e sujeita a controle pelo Poder Judiciário.<sup>4</sup>

Cabe observar que com o advento do Código Civil de 2002 não se manteve o conceito de ato jurídico previsto no art. 81 do Código Civil de 1916, preferindo, o legislador, fazer referência a negócio jurídico (teoria originária do direito alemão e fundamentado no princípio da autonomia da vontade), em virtude de que nem todo ato jurídico é praticado com a intenção precípua de produzir efeitos jurídicos.<sup>5</sup>

No direito administrativo, o conceito de negócio administrativo não pode ser utilizado com relação ao ato administrativo unilateral porque Administração Pública não dispõe de autonomia de vontade.

Desse modo, a adoção da teoria dos negócios jurídicos pelo novo Código Civil não afetou o conceito de ato administrativo e o art. 81 do Código Civil de 1916 permanece como referência histórica, já que deu origem ao conceito administrativo no direito pátrio.<sup>6</sup>

## 2.2 REQUISITOS OU ELEMENTOS DO ATO ADMINISTRATIVO

Neste ponto, há divergência doutrinária quanto à indicação dos elementos do ato administrativo, a começar pelo próprio vocábulo elementos<sup>7</sup>, que alguns doutrinadores preferem substituir por requisitos<sup>8</sup>, mas a maioria dos autores emprega os vocábulos como sinônimos.<sup>9</sup>

---

<sup>4</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 181.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Idem.

<sup>8</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 150.

<sup>9</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 187.

No tocante à diferença entre elementos e requisitos há doutrinadores que explicam que os primeiros dizem respeito à existência do ato, enquanto são indispensáveis para sua validade. Nesse caso, agente, forma e objeto seriam elementos de existência do ato, enquanto os requisitos seriam esses mesmos elementos acrescidos de caracteres que dariam condições para produzir efeitos jurídicos: agente capaz, objeto lícito e forma prescrita ou não defesa em lei.<sup>10</sup>

No direito pátrio a partir da Lei nº 4.717, de 29.06.1965 (Lei da ação popular), ficou assentado no art. 2º que os atos lesivos ao patrimônio público são nulos nos casos de: incompetência; vício de forma; ilegalidade do objeto; inexistência dos motivos; desvio de finalidade. Deste então, admite-se serem estes os cinco elementos dos atos administrativos: 1) competência; 2) forma; 3) objeto; 4) motivo; 5) finalidade<sup>11</sup>, os quais serão objeto de análise nos subitens a seguir.

### 2.2.1 Competência

Para a prática do ato administrativo, a competência é primeira condição de sua validade, pois nenhum ato – discricionário ou vinculado - pode ser realizado validamente sem que o agente disponha de poder legal de praticá-lo. Competência administrativa consiste no poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um

---

<sup>10</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 187.

<sup>11</sup> Idem.

elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.<sup>12</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro com relação à competência entende mais adequado fazer referência ao sujeito, sob o argumento de que a competência é apenas um dos atributos que ele deve ter para validade do ato; além de competente, deve ser capaz, nos termos do Código Civil.<sup>13</sup>

Neste aspecto, o sujeito é aquele a quem a lei atribui competência para a prática do ato – não existindo discricionariedade. O sujeito só pode exercer as atribuições que a lei lhe confere e não pode renunciar a elas, porque lhe foram conferidas em benefício do interesse público.<sup>14</sup>

Por sua vez, a competência pode ser definida como o conjunto de atribuições das pessoas jurídicas, órgãos e agentes, fixadas pelo direito positivo.<sup>15</sup>

Aplicam-se à competência as seguintes regras: 1) decorre sempre da lei, não podendo o próprio órgão estabelecer, por si, as suas atribuições; 2) é inderrogável, seja pela vontade da Administração, seja por acordo com terceiros; isto porque a competência é conferida em benefício do interesse público; 3) pode ser objeto de delegação ou de avocação, desde que não se trate de competência conferida a determinado órgão ou agente, com exclusividade, pela lei.<sup>16</sup>

Cabe observar que a Lei nº 9.784, de 29.01.99, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal em seu art. 13 exclui a delegação para: a edição de atos de caráter normativo; a decisão de recursos administrativos; as matérias de competência exclusiva do órgão ou autoridade. E

---

<sup>12</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 151.

<sup>13</sup> DI PIETRO, op. cit., p. 187.

<sup>14</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 80.

<sup>15</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 188.

<sup>16</sup> Ibid, p. 189.

prevê no seu art. 17 que inexistindo competência legal específica, o processo administrativo deverá ser iniciado perante a autoridade de menor grau hierárquico para decidir.

### 2.2.2 Forma

Forma é o revestimento exterior do ato ou modo como a declaração se exterioriza. O formalismo do ato administrativo consiste na necessidade de que ele seja expresso e escrito, salvo hipóteses de atos verbais e tácitos. O formalismo não significa que todos os atos que todos os atos administrativos tenham forma determinada pela lei. A necessidade de documentar todos os atos é que leva a exigência de forma escrita, o que constitui uma garantia para a Administração e para os administrados, na medida em que permite o controle do ato em todos os níveis que o ordenamento jurídico prevê (controle administrativo, legislativo e judicial).<sup>17</sup>

### 2.2.3 Finalidade

A finalidade é o objetivo de interesse público a atingir e consiste em elemento vinculado de todo o ato administrativo – discricionário ou regrado – porque não se admite ato administrativo desprovido de finalidade ou desviado de sua finalidade específica.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 82-83.

<sup>18</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 151.

Assim, a finalidade do ato é sempre vinculada pela lei; não há qualquer margem de discricionariedade para a Administração, pois é o legislador que define a finalidade que o ato deve alcançar, não havendo liberdade de opção para a autoridade administrativa; se a lei coloca a demissão entre os atos punitivos, não pode ela ser utilizada com outra finalidade que não a de punir; se a lei permite a remoção *ex officio* do funcionário para atender à conveniência do serviço, não pode ser utilizada para finalidade diversa, como a de punição, sob pena de restar configurado desvio de poder.<sup>19</sup>

#### 2.2.4 Motivo

O motivo, igualmente, constitui requisito ou elemento do ato administrativo e, em razão da polêmica entre o motivo e a motivação, tal tópico será analisado detalhadamente no item 1.3 a seguir.

#### 2.2.5 Objeto

O objeto ou conteúdo do ato administrativo pode ser definido como o efeito jurídico imediato que o ato produz; é aquilo que o ato enuncia.<sup>20</sup>

---

<sup>19</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade**, op. cit., p. 86.

<sup>20</sup> *Ibid*, p. 80.

Para Hely Lopes Meirelles, “o objeto nos atos discricionários, fica na dependência da escolha do Poder Público, constituindo essa liberdade opcional o mérito administrativo.”<sup>21</sup>

### 2.3 MOTIVO E MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO E A TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

A motivação dos atos administrativos é um dos temas que tem suscitado polêmica na doutrina brasileira. Para melhor compreensão sobre o assunto é preciso, inicialmente, analisar os conceitos de motivo e de motivação e, especialmente, seus conteúdos jurídicos.

Quanto ao motivo, há consenso na doutrina em relação à possibilidade de haver a discricionariedade.<sup>22</sup>

O motivo ou causa<sup>23</sup> é um dos elementos do ato administrativo e consiste no pressuposto de fato (conjunto de circunstâncias, acontecimentos que levam a Administração a praticar o ato) e de direito que é o dispositivo legal que fundamenta o ato administrativo.<sup>24</sup> O motivo pode vir expresso em lei ou pode ser deixado ao critério do administrador. No primeiro caso, será um elemento vinculado; no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração.<sup>25</sup>

Juarez Freitas explica que no tocante à causa ou ao motivo (que não se confunde com motivação obrigatória dos atos administrativos, exceto para os de

---

<sup>21</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 154.

<sup>22</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 83.

<sup>23</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 153.

<sup>24</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 195.

<sup>25</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 153.

mero expediente e os autodecifráveis por sua singeleza) faz-se imprescindível que o ato tenha sua razão de ser na busca expressa e concretização do princípio do interesse público e pondera:

Aqui se revela exatamente o pressuposto formativo fático-jurídico para a realização do ato, não apenas sua pressuposição fática, dado que se impõe como resultante um determinado ato em vista do plexo normativo reagente ao fato ou motivo dado. É bem de ver, neste acordo semântico, que uma causa inexistente ou juridicamente sem nenhuma consistência fulmina, desde a origem, o ato administrativo, exceto em relação aos chamados atos voluntários, que admitem a convalidação em face da concordância ulterior ou pelo silêncio de conformação do administrado.<sup>26</sup>

Há que se distinguir os motivos – que são pressupostos de fato a uma categorização legal – com os móveis do agente, ou seja, com a intenção da autoridade. O móvel corresponde ao intento, ao propósito, do agente, à sua finalidade subjetiva, pessoal ao passo que o motivo é a realidade objetiva cuja existência precede o ato e é condição de sua validade.<sup>27</sup>

Diferentemente, a motivação adquiriu *status* de princípio<sup>28</sup>, diz respeito às formalidades do ato e pode ser definida como a exposição dos motivos, de forma escrita, muitas vezes sob a forma de parecer ou “consideranda”, emitidos pelo próprio órgão expedidor do ato ou por outro órgão, técnico ou jurídico, de que os pressupostos de fato efetivamente existiram.<sup>29</sup>

Há divergências quanto à obrigatoriedade ou não da motivação. Para uma corrente, constitui requisito obrigatório quando se trata de ato administrativo vinculado, pois a Administração deve demonstrar que o ato está em conformidade com os motivos prescritos na lei.

---

<sup>26</sup> FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.p. 33-34.

<sup>27</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 88.

<sup>28</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 153.

<sup>29</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 195.

Para outra corrente, só quando se tratar de atos administrativos discricionários para o controle da legitimidade dos motivos que levaram a Administração a praticar o ato.<sup>30</sup>

Já uma terceira corrente integrada pela jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, entende que todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade. Tal exigência deita raízes nos princípios norteadores da Administração Pública elencados no art. 37 da Constituição Federal.<sup>31</sup> A motivação permite a verificação, a qualquer momento, da legalidade do ato pelos demais Poderes do Estado.<sup>32</sup>

Hely Lopes Meirelles, na mesma linha de raciocínio:

Hoje, em face da ampliação do princípio do acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV), conjugado com o da moralidade administrativa (CF, art. 37, caput), a motivação é, em regra, obrigatória. Só não o será quando a lei dispensar ou se a natureza do ato for com ela compatível. Portanto, na atuação vinculada ou na discricionária, o agente da Administração, a praticar o ato, fica na obrigação de justificar a existência do motivo, sem o quê o ato será inválido ou, pelo menos, invalidável, por ausência da motivação. Quando, porém, o motivo não for exigido para a perfeição do ato, fica o agente com a faculdade discricionária de praticá-lo sem motivação, mas, se o fizer, vincula-se aos motivos aduzidos, sujeitando-se à obrigação de demonstrar sua efetiva ocorrência.<sup>33</sup>

Neste sentido, recente julgado proferido pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE DESCONSTITUIÇÃO DE ATO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. MOTIVAÇÃO.

---

<sup>30</sup> Ibid, p. 195-196.

<sup>31</sup> Neste sentido: STJ, sexta turma, RMS 15459/MG, Rel. Min. Paulo Medina DJ 16.05.2005 p. 417. TJ/PR, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0408416-8, Relator Rosene Arão de Cristo Pereira, julgamento: 13/11/2007. DI PIETRO, op.cit., p. 196.

<sup>32</sup> DI PIETRO, **Direito...**, p. 196.

<sup>33</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 153-154.

OMISSÃO NO ACÓRDÃO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC.

OCORRÊNCIA.

2. (...) Tratando-se de manifestação do poder sancionador do Estado, que atinge significativamente a esfera jurídica e funcional da empresa apenada, é seu direito, até mesmo para viabilizar o exercício da defesa, conhecer os fundamentos que motivam a aplicação de penalidades por parte da Administração, bem como dos que o Judiciário adota para confirmar tais atos administrativos, quando questionados em juízo. 3. Recurso especial a que se dá provimento.<sup>34</sup>

Assim, hodiernamente, sustenta-se que a margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, inc. I, e § 1º da Lei nº 9.784/99), sob pena de nulidade. Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.<sup>35</sup>

É oportuno registrar que, segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, criação do Conselho de Estado Francês e que o direito pátrio incorporou para alargar o âmbito do controle<sup>36</sup>, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada. A respeito, ensina Hely Lopes Meirelles:

A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos, para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato, e, por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. Mesmo os atos

---

<sup>34</sup> STJ, REsp 934.608/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 17.04.2008, DJe 07.05.2008.

<sup>35</sup> STJ, MS 9.944/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira seção, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005 p. 157.

<sup>36</sup> PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável.** p. 47.

discricionários se forem motivados, ficam vinculados a esses motivos como causa determinante de seu cometimento e se sujeitam ao confronto da existência e legitimidade dos motivos indicados. Havendo desconformidade entre os motivos determinantes e a realidade, o ato é inválido.<sup>37</sup>

No mesmo rumo, colhe-se julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESULTADO FINAL. REVOGAÇÃO DEFINITIVA. CONCLUSÃO PRELIMINAR DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. ILEGALIDADE. CONTRATAÇÃO DE TEMPORÁRIOS NO PRAZO DE VALIDADE DO CERTAME. PRECEDENTE. RECURSO PROVIDO.

1. É ilegal a revogação definitiva do resultado final do Concurso Público para Provimento do Cargo de Ajudante de Serviços Gerais, regido pelo Edital 1/2001, da Secretaria de Estado da Educação de Minas Gerais, realizada com base em conclusão preliminar de procedimento investigatório. Precedente.

2. Embora aprovado em concurso público, tem o candidato mera expectativa de direito à nomeação. Porém, tal expectativa se transforma em direito subjetivo para os candidatos aprovados dentro das vagas previstas no edital se, no prazo de validade do certame, há contratação precária de terceiros, concursados ou não, para exercício dos cargos.

3. Segundo a Teoria dos Motivos Determinantes, a Administração, ao adotar determinados motivos para a prática de ato administrativo, ainda que de natureza discricionária, fica a eles vinculada.

4. Hipótese em que, constatado, ao final da investigação, que as conclusões preliminares não subsistiam e que não havia irregularidades no concurso público, caberia à Administração, à míngua de outros supostos vícios, proceder imediatamente à anulação das contratações temporárias e à nomeação dos candidatos aprovados.

5. Recurso ordinário provido.<sup>38</sup>

A margem de escolha do ato administrativo, fruto do Poder Discricionário, vai somente até o momento de sua motivação; porquanto, desde então, este motivo passa a integrá-lo, de modo que, se inexistente ou errôneo, essa mácula atinge o próprio ato, conforme entendimento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MILITAR TEMPORÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NÃO CARACTERIZADA.

<sup>37</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 153-154.

<sup>38</sup> STJ, RMS 20.565/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 15.03.2007, DJ 21.05.2007 p. 595.

LICENCIAMENTO. PODER DISCRICIONÁRIO. MOTIVAÇÃO. TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. REEXAME DOS MOTIVOS. SÚMULA 7/STJ. CÔMPUTO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO.

Ausência de omissão a inquirir de nulidade o aresto recorrido.  
 Conquanto discricionário, o ato de licenciamento do militar temporário vincula-se aos seus motivos, acaso expostos, em razão da consagrada teoria dos motivos determinantes. Reexame que é obstado pelo enunciado da súmula 7/STJ.  
 Anulado o ato de licenciamento, a reintegração do militar retroage à época do desligamento.  
 Precedentes.  
 Recurso desprovido.<sup>39</sup>

Desse modo, os motivos assumem na vida do ato administrativo um papel de primeira importância, e os juízos *ex-post* que sobre ele vão emitir-se estão destinados a ter o maior alcance, inteiramente ao inverso do que se passa com os atos dos particulares.<sup>40</sup>

## 2.4 CLASSIFICAÇÃO DOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Neste item, será abordada a classificação ou modalidade<sup>41</sup> dos atos administrativos em vinculados e discricionários à luz da doutrina, que possui interferência direta no objeto da presente monografia.

### 2.4.1 Atos Vinculados

Os atos vinculados, regrados ou predeterminados<sup>42</sup> são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Nessa

<sup>39</sup> STJ, REsp 550.089/RS, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, quinta turma, julgado em 16.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 410.

<sup>40</sup> SOARES, Rogério Guilherme *Ehrhardt*. Interesse Público, Legalidade e Mérito. Tese de doutoramento em ciências político-econômicas da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1955, p. 237.

<sup>41</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 134.

classificação de atos, as imposições legais absorvem, quase que por completo, a liberdade do administrador, uma vez que sua ação fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade administrativa.<sup>43</sup>

Juarez Freitas observa que:

deve-se avivar a certeza de que a vinculação nunca se dá inteira e exclusivamente em relação ao princípio da legalidade em sentido infraconstitucional, sob pena de se desguarnecer a mais valiosa das Leis, que empresta validade e fundamento às demais. (...) Ter-se-á, pois, de ver o ato administrativo como estando, em maior ou menor grau, vinculado, mas não apenas à legalidade, senão que à totalidade dos princípios regentes das relações jurídico-administrativas.<sup>44</sup>

O ato vinculado não enseja nulidade por desvio de finalidade<sup>45</sup>, que é vício inerente ao ato administrativo discricionário, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.<sup>46</sup>

#### 2.4.2 Atos Discricionários: conceito, questão terminológica e diferenças entre os atos vinculados

Os atos discricionários podem ser conceituados como os atos que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu

---

<sup>42</sup> Ibid, p. 149.

<sup>43</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 167.

<sup>44</sup> FREITAS, op. cit., p.33-34.

<sup>45</sup> O que os franceses denominam *détournment de pouvoir* e que consiste em que os atos administrativos devem procurar atingir as conseqüências que a lei teve em vista quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade. Houve uma burla da intenção legal, mesmo moralizada e justa, o ato será inválido, por divergir da orientação legal. (FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, p.87, 89).

<sup>46</sup> STJ, RMS 8831/RS, DJ de 23.08.1999. REsp 851.090/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 18.12.2007, DJe 31.03.2008.

destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.<sup>47</sup>

Para alguns doutrinadores, seria mais adequado usar o termo poder discricionário da Administração, pois a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim, no poder de a Administração praticá-lo pela maneira e nas condições que repute mais conveniente ao interesse público.<sup>48</sup>

Celso Antonio Bandeira De Mello observa que a expressão ato discricionário deve ser entendida como ato praticado no exercício de apreciação discricionária em relação a algum ou alguns dos aspectos que o condicionam ou que o compõem. Isso porque o que é discricionária é a competência do agente e o ato será o seu produto, a discricionação não está no ato, não é uma qualidade dele.<sup>49</sup>

E mais adiante, conceitua discricionariedade como:

(...) é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.<sup>50</sup>

A respeito da questão terminológica, Regis Fernandes de Oliveira entende que embora se reconheça a inexistência de atos totalmente discricionários, não vê impropriedade no uso da locução, compreendendo que tal expressão significa o exercício da atividade discricionária que remanesce à administração, por oposição ou contraste aos atos vinculados.<sup>51</sup>

---

<sup>47</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 168.

<sup>48</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 168.

<sup>49</sup> MELLO, op. cit., p. 18.

<sup>50</sup> Ibid, p. 48.

<sup>51</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**, 4. ed., São Paulo: RT, 2001. p. 77.

Referindo-se à discricionariedade, Ricardo Emílio Medauar Ommati assevera que:

Não se vislumbra mais a discricionariedade como simplesmente um “poder” mas, sim, um “poder-dever”, já que o “poder” discricionário figura como instrumento para a consecução de um fim maior (“doverosité”). Ademais, o administrador não opta por agir ou não agir, pois não desfruta de uma faculdade, senão de uma obrigação de agir, uma vez que administra um bem que não é exclusivamente seu por pertencer à coletividade, estando adstrito, ainda, à ordem constitucional vigente.<sup>52</sup>

Sobre as diferenças entre os atos administrativos vinculados e discricionários Juarez Freitas ensina que:

(...) a diferença entre atos administrativos vinculados e discricionários reside antes no maior ou menor grau de vinculação ao princípio da legalidade estrita do que na liberdade do agente na consecução dos atos da administração ou de prestação do serviço público, isto é, o administrador, nos atos discricionários, emite juízos decisórios de valor, no desiderato da máxima concretização dos valores projetados, ao passo que, ao expedir atos vinculados propriamente ditos (reitere-se também a impossibilidade lógica de uma vinculação absoluta), só emite o mínimo de juízo estritamente necessário à subordinação principiológica e ao controle insito à sistematicidade do ato.<sup>53</sup>

Sobre o tema dos atos vinculados e discricionários, em recente julgado o Superior Tribunal de Justiça decidiu que se do instrumento convocatório constou a necessidade de a Administração prover 98 (noventa e oito) vagas de Oficial de Justiça, o que seria, a princípio, um ato discricionário, torna-se um ato vinculado para o poder público, ensejando, em contrapartida, o direito subjetivo à nomeação e à posse, para os candidatos aprovados e classificados dentro do número de vagas previstas no edital. Observe-se:

---

<sup>52</sup> OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004, p. 81.

<sup>53</sup> FREITAS, op. cit., p. 46.

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - CONCURSO - APROVAÇÃO DE CANDIDATO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTAS EM EDITAL - DIREITO LÍQUIDO E CERTO À NOMEAÇÃO E À POSSE NO CARGO - RECURSO PROVIDO.

1. Em conformidade com jurisprudência pacífica desta Corte, o candidato aprovado em concurso público, dentro do número de vagas previstas em edital, possui direito líquido e certo à nomeação e à posse.

2. A partir da veiculação, pelo instrumento convocatório, da necessidade de a Administração prover determinado número de vagas, a nomeação e posse, que seriam, a princípio, atos discricionários, de acordo com a necessidade do serviço público, tornam-se vinculados, gerando, em contrapartida, direito subjetivo para o candidato aprovado dentro do número de vagas previstas em edital. Precedentes.

3. Recurso ordinário provido.<sup>54</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO DISCIPLINAR. DISCRICIONARIEDADE.

INOCORRÊNCIA. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA AUSENTE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA.

I - Tendo em vista o regime jurídico disciplinar, especialmente os princípios da dignidade da pessoa humana, culpabilidade e proporcionalidade, inexistente aspecto discricionário (juízo de conveniência e oportunidade) no ato administrativo que impõe sanção disciplinar.

II - Inexistindo discricionariedade no ato disciplinar, o controle jurisdicional é amplo e não se limita a aspectos formais.

III - A descrição minuciosa dos fatos se faz necessária apenas quando do indiciamento do servidor, após a fase instrutória, na qual são efetivamente apurados, e não na portaria de instauração ou na citação inicial.

IV - Inviável a apreciação do pedido da impetrante, já que não consta, neste writ, o processo administrativo disciplinar, o qual é indispensável para o exame da adequação ou não da pena de demissão aplicada, considerando, especialmente, a indicação pela Comissão Disciplinar de uma série de elementos probatórios constantes do PAD, os quais foram considerados no ato disciplinar.

V - A decisão que determinou o trancamento de ação penal, pendente o trânsito em julgado, não vincula, necessariamente, a decisão administrativa disciplinar. Seja como for, a revisão administrativa poderá ser provocada desde que preenchidos os requisitos para tanto.

Ordem denegada, sem prejuízo das vias ordinárias.<sup>55</sup>

Nas palavras de Germana de Oliveira MORAES, a discricionariedade pode ser definida como:

A margem de liberdade de decisão conferida ao administrador pela norma de textura aberta, com o fim de que possa proceder, mediante a ponderação comparativa dos interesses envolvidos no caso específico, à

<sup>54</sup> STJ, RMS 20.718/SP, Rel. Ministro Paulo Medina, sexta turma, julgado em 04.12.2007, DJe 03.03.2008.

<sup>55</sup> STJ, MS 12.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, terceira seção, julgado em 12.12.2007, DJ 12.02.2008 p. 1.

concretização do interesse público ali indicado, para, A luz dos parâmetros traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública e pelos princípios gerais de Direito e dos critérios extrajurídicos de conveniência e de oportunidade: 1º) complementar, mediante valoração e aditamento, os pressupostos de fato necessários à edição do ato administrativo; 2º) decidir se e quando ele deve ser praticado; 3º) escolher o conteúdo do ato administrativo dentre mais de uma opção igualmente pré-fixada pelo Direito; 4º) colmatar o conteúdo do ato, mediante a configuração de uma conduta não pré-fixada, porém aceita pelo Direito.<sup>56</sup>

Por sua vez, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que por se tratar do exercício de uma função, a discricionariedade está sujeita aos mesmos requisitos constitucionais exigidos para a edição de qualquer norma, tais como a realidade (possibilidade física) e a razoabilidade (possibilidade lógica). Em outras palavras, a discricionariedade administrativa seria um resíduo de legitimidade, cuja última definição a lei defere à Administração Pública.<sup>57</sup>

#### 2.4.2.1 Justificação e âmbito de aplicação

A discricionariedade administrativa encontra justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar a cada passo e para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada caso ocorrente.<sup>58</sup>

Há discricionariedade porque cabe a interferência de um juízo subjetivo do administrador no que tange, isolada ou cumulativamente: 1) à determinação ou reconhecimento da situação fática ou no que concerne a não agir ou agir; 2) à escolha da ocasião asada para fazê-lo; 3) forma jurídica através da qual veiculará o

---

<sup>56</sup> MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética. 1999. p.179-180.

<sup>57</sup> MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial, 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.561.

<sup>58</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 168.

ato; 4) à eleição da medida considerada idônea perante aquela situação fática, para satisfazer a finalidade legal.<sup>59</sup>

Não é tarefa fácil definir todas as hipóteses em que existe discricionariedade, mas, em regra, ela está presente quando: 1) a lei expressamente confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender a conveniência do serviço; 2) a lei é insuficiente, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico; 3) a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipótese encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível traçar todas as condutas diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde, ao meio ambiente; 4) a lei usa certos conceitos indeterminados, assim considerados aqueles que encerram valorações, isto é, sentidos axiológicos, jurídicos, tais como utilidade pública, bem comum, eqüidade, moralidade.<sup>60</sup>

Nas palavras de André Gonçalves Pereira, o poder discricionário é livre quanto à escolha dos pressupostos, embora, escolhidos estes, eles devem a ser exatos.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> MELLO, op. cit., p. 17.

<sup>60</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 75-76.

<sup>61</sup> PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**. Coimbra: Ática, 1975, p. 287.

#### 2.4.2.2 Legalidade, mérito do ato administrativo e a discricionariedade

De acordo com entendimento doutrinário, certos elementos do ato administrativo são sempre vinculados (a competência e a finalidade, em sentido estrito), e, por isso, entende-se que não existe ato administrativo inteiramente discricionário. No ato vinculado, todos os elementos vêm definidos na lei; no ato discricionário, alguns elementos vêm definidos na lei, com exatidão, e outros são deixados à decisão da Administração, com maior ou menor liberdade de apreciação da oportunidade e conveniência.<sup>62</sup>

Em razão disso, diz-se que o ato vinculado é analisado apenas à luz da legalidade e o ato discricionário deve ser analisado à luz da legalidade e do mérito: o primeiro diz respeito à conformidade do ato com a lei e o segundo diz respeito à oportunidade e conveniência diante do interesse público a atingir.<sup>63</sup>

O conceito de mérito administrativo é de difícil fixação, mas consubstancia-se na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feita pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.<sup>64</sup>

Da doutrina ainda, colhe-se que o mérito administrativo é a necessária correspondência entre o conteúdo do ato e o resultado; é projeção, no ato, da obrigatoriedade que tem a autoridade administrativa de ater-se o princípio da oportunidade.<sup>65</sup> É, na verdade, o aspecto do ato administrativo relativo à conveniência e oportunidade e só existe nos atos administrativos discricionários.<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 201.

<sup>63</sup> Idem.

<sup>64</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 154-155.

<sup>65</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 126.

<sup>66</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 202.

Celso Antônio Bandeira De Mello conceitua o mérito administrativo como o campo de liberdade suposto na lei e que, efetivamente, venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, se decida entre duas ou mais soluções admissíveis perante ele, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, dada a impossibilidade de ser objetivamente reconhecida qual delas seria a única mais adequada.<sup>67</sup>

E mais adiante explica que:

“O mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será a liberdade para decidir em dissonância com este escopo.”<sup>68</sup>

José Cretella Júnior ensina a distinção entre legalidade e mérito:

Legalidade é a adequação do ato ao texto legal. Aqui, o Poder Judiciário intervém e reexamina o ato editado. Mérito é aspecto que se relaciona com a oportunidade ou conveniência da medida adotada, conjunto de ponderações que levam a autoridade administrativa, perscrutando com todos os meios que tem a seu alcance a realidade social a decidir sobre o mês, o dia, a hora, o minuto, o lugar, a equidade, a razoabilidade, a justiça, a economia, a moralidade.<sup>69</sup>

O mestre Luiz Osório Moraes Panza observa que:

O mérito do ato administrativo pressupõe ao agente uma valoração jurídico/social das necessidades que cercam o mundo do Direito, pois pressupõe um conceito positivo, chegando a um resultado conveniente para o comando administrativo. Se algo deve ser valorado a ponto de ensejar atos específicos para a Administração Pública, merece, por parte do administrador, o cuidado de adequação ao que a lei lhe impõe.<sup>70</sup>

---

<sup>67</sup> MELLO, op. cit., p. 38.

<sup>68</sup> Ibid, p. 82.

<sup>69</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 336.

<sup>70</sup> PANZA, Luiz Osório Moraes. **Os princípios constitucionais como limitadores da discricionariedade do ato administrativo**. Dissertação de mestrado em Direito, curso de pós-graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005, p. 159-160.

Nas palavras de Ricardo Emílio Medauar Ommati, o mérito não se confunde com a discricionariedade, conquanto o mérito pressuponha o exercício deste poder. O mérito é o juízo de valor subjetivo de que se utiliza o administrador no exercício da discricionariedade.<sup>71</sup>

Para Germana de Oliveira Moraes, o mérito pressupõe o exercício da discricionariedade, sem, no entanto, com ela confundir-se, embora constitua seu núcleo, por ser a lúdima expressão da autônoma administrativa, insuscetível, quer de pré-fixação pelos elaboradores da norma jurídica, quer de fiscalização pelo Poder Judiciário. E, explica que o mérito consiste nos processos de valoração dos motivos e de definição do conteúdo do ato administrativo não parametrizados por regras, nem por princípios, mas por critérios não positivados.<sup>72</sup>

Rogério Guilherme Ehrhardt Soares critica a distinção feita pela doutrina em relação à discricionariedade e o mérito, por entender que entre a discricionariedade e o mérito não existem barreiras, somente porque são conceitos que respondem a ordens de considerações diferentes.<sup>73</sup>

Nas palavras do autor português, quando se fala em discricionariedade o que se tem em vista é uma especial qualificação de um poder – a liberdade de escolha do conteúdo do ato em si ou na sua dimensão. Quando se fala em legalidade ou mérito, que se pretende significar é a adequação de um ato a determinados padrões.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> OMMATI, op. cit., p.34.

<sup>72</sup> MORAES, op. cit., p.180.

<sup>73</sup> SOARES, op. cit., p.216.

<sup>74</sup> Ibid. p. 216-217.

### 2.4.2.3 Limites da discricionariedade

O limite da discricionariedade é assunto conexo com o do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública. Esse limite define a área dentro da qual a Administração pode decidir livremente, segundo seus próprios critérios, inapreciáveis pelo Poder Judiciário.<sup>75</sup>

No caso dos conceitos indeterminados, o que limita a discricionariedade são determinados princípios, como os da moralidade administrativa, o da razoabilidade, o do interesse público e, em regra, os princípios gerais de direito.<sup>76</sup>

Algumas limitações à discricionariedade podem ser facilmente identificadas, através do confronto da atuação administrativa com a lei: como ocorre no caso da competência e da forma; e é também o que pode ocorrer com relação ao objeto, ao motivo e à finalidade (em sentido estrito), quando estes forem regulados pela lei.<sup>77</sup>

Contudo, outras limitações são mais difíceis de identificação. Isso ocorre quando a própria limitação corresponde a um conceito indeterminado *v.g.* interesse público, moralidade, razoabilidade.<sup>78</sup>

---

<sup>75</sup> DI PIETRO, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 133.

<sup>76</sup> *Ibid*, p.136.

<sup>77</sup> *Idem*.

<sup>78</sup> *Idem*.

## CAPITULO II

### 3 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

#### 3.1 CONTROLE: CONSIDERAÇÕES GERAIS

Todas as atividades da Administração Pública, discricionárias ou vinculadas estão subordinadas à lei, conforme se infere do art. 37 da Constituição Federal. Desse modo, a Administração não pode ir além da competência e dos limites traçados pelas normas pertinentes a cada caso ou situação que se lhe apresente.<sup>79</sup>

Ademais, o interesse público impõe que seja eficiente e útil o agir da Administração Pública nos moldes do art. 37 da Constituição Federal, pelo quê, qualquer ente estatal ineficiente e desnecessário ou qualquer atividade inoportuna ou inconveniente ao interesse público deve ser modificada ou suprimida, ainda que legítima. Modificada, se passível de tornar-se eficiente e útil; suprimida, se inoportuna ou inconveniente, ou se impossível de se tornar eficiente e útil.<sup>80</sup>

No Estado Democrático de Direito, a Administração Pública está sujeita à observância, entre outros, aos princípios da legalidade e da eficiência. Para dar efetividade a esses preceitos, o ordenamento jurídico prescreve mecanismos ou sistemas de controle de suas atividades, utilizáveis em sua própria defesa e na defesa dos direitos e garantias dos administrados. Por meio dos controles confirma-se ou desfaz-se a atuação da Administração Pública. Confirma-se se legal,

---

<sup>79</sup> GASPARINI, DIOGENES. **Direito Administrativo**, 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 893.

<sup>80</sup> Idem.

conveniente, oportuna e eficiente, e desfaz-se se ilegal, inconveniente, inoportuna e ineficiente.<sup>81</sup>

Sob essa ótica, Juarez Freitas explica que há uma necessidade de se experimentar, em matéria do controle, a salvaguarda de conjunto do Direito Administrativo brasileiro, vendo-o na rica e fecunda interpretação de seus princípios cimeiros, no enalço da efetiva concretização dos mesmos, porquanto uma consciente interpretação administrativa jamais poderá ser isolada ou destituída de vocação teleológica para a abertura e para a unidade.<sup>82</sup>

### 3.2 CONCEITO

O controle da Administração Pública pode ser definido como a atribuição de vigilância, orientação e correção de certo órgão ou agente público sobre a atuação de outro ou de sua própria atuação, visando confirmá-la ou desfazê-la, conforme seja ou não legal, conveniente, oportuna e eficiente. No primeiro caso tem-se o heterocontrole; no segundo, autocontrole, ou, respectivamente, controle externo e controle interno.<sup>83</sup>

Maria Sylvia Zanella Di Pietro define o controle da Administração Pública:

“(...) como o poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.”<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> GASPARINI, op. cit., p. 893.

<sup>82</sup> FREITAS, op. cit., p. 95.

<sup>83</sup> GASPARINI, op. cit., p. 894.

<sup>84</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 672.

Assim, o controle constitui poder-dever dos órgãos a que a lei atribui essa função precisamente pela sua finalidade corretiva; ele não pode ser renunciado nem retardado, sob pena de responsabilidade de quem se omitiu.<sup>85</sup>

### 3.3 ESPÉCIES

O ordenamento jurídico pátrio prevê quatro vertentes de controles: 1) o controle da Administração Pública sobre si mesma, segundo os princípios da autotutela e da tutela administrativa; 2) o controle parlamentar, por meio de tribunais de contas, audiências públicas, pedidos de informações, convocações de autoridades e comissões parlamentares de inquérito; 3) o controle pelos cidadãos, no exercício da ação popular e na participação em órgão formuladores de políticas públicas; e 4) o controle judicial<sup>86</sup>, constituindo-se este no enfoque central da presente monografia.

Em relação ao órgão que o exercita, é assente em sede doutrinária classificação em três espécies do controle da Administração Pública: 1) administrativo; 2) legislativo; 3) judiciário.<sup>87</sup>

Quanto ao objeto, o controle pode ser de: legalidade ou de mérito. O controle de legalidade é o que se preordena a verificar a conformação, ou não, da atuação administrativa com o ordenamento jurídico para o fim de confirmá-la ou desfazê-la. Pode ser realizado tanto pela Administração Pública como pelo Poder Judiciário.<sup>88</sup>

---

<sup>85</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 672.

<sup>86</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 23.

<sup>87</sup> GASPARINI, op. cit., p. 894.

<sup>88</sup> *Ibid.*

Por legalidade ou legitimidade deve-se entender não só o atendimento de normas legisladas como, também, dos preceitos da Administração pertinentes ao ato controlado. Assim, para fins deste controle, consideram-se normas legais desde as disposições constitucionais aplicáveis até as instruções normativas do órgão emissor do ato ou os editais compatíveis com as leis e regulamentos superiores.<sup>89</sup>

Já o controle de mérito é o que se preordena a verificar a conformação, ou não, da atuação administrativa com a conveniência, oportunidade e a eficiência da própria atuação administrativa para mantê-la ou desfazê-la. Para alguns doutrinadores, tal tarefa cabe somente a Administração Pública.<sup>90</sup>

No tocante à pertinência do órgão controlador à estrutura do controlado, o controle pode ser: interno ou externo. É interno quando realizado pela própria entidade controlada, v.g. o controle realizado pela Administração Pública sobre seus próprios atos. É externo se efetivado por atividade estranha à controlada, v.g. o controle realizado pelo Poder Judiciário.<sup>91</sup>

Em relação ao momento em que se efetua, pode ser prévio, concomitante ou posterior. O controle preventivo visa impedir que seja praticado ato ilegal ou contrário ao interesse público. Já o controle concomitante acompanha a atuação administrativa no momento mesmo em que ela se verifica. E o controle posterior tem por objetivo rever os atos já praticados, para corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los.<sup>92</sup>

Segundo o magistério de Hely Lopes Meirelles, os controles podem ser combinados e conjugados com nas suas espécies e formas de atuação. Desse modo, um ato do Executivo, sujeito a controle externo e prévio do Legislativo, pode

---

<sup>89</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 662-663.

<sup>90</sup> GASPARINI, op. cit., p. 894.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 672-673.

ser submetido posteriormente ao controle interno e concomitante da própria Administração e, ao final, sujeitar-se ao controle de legalidade do Judiciário, se argüido de lesivo ao direito individual do postulante de sua anulação ou ao patrimônio público.<sup>93</sup>

No que tange à sua destinação, o controle pode ser objetivo, quando dirigido a atos funcionais, verificando sua validade jurídica, ou subjetivo, quando dirigido aos titulares dos órgãos da Administração, como no caso de nomeação, remoção, exoneração e destituição.<sup>94</sup>

### 3.4 CONTROLE JUDICIAL

#### 3.4.1 Conceito, classificação e natureza jurídica

O controle judicial ou jurisdicional pode ser conceituado como o controle de legalidade das atividades e atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário por órgão dotado do poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos.<sup>95</sup>

Para Hely Lopes Meirelles o controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa. É um controle *a posteriori*, unicamente de legalidade, por restrito à

---

<sup>93</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 663.

<sup>94</sup> PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de Direito Administrativo Moderno**, 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 601.

<sup>95</sup> GASPARINI, op. cit., p. 914.

verificação da conformidade do ato com a norma legal que o rege, mas, sobretudo um meio de preservação de direitos individuais porque visa a impor a observância da lei, em cada casa concreto, quando reclamada pelos seus beneficiários.<sup>96</sup>

Sobre o conceito do controle jurisdicional da Administração Pública pode-se dizer ainda, que quando o Poder Judiciário, pela natureza da sua função, é chamado a resolver as situações contenciosas entre a Administração Pública e o indivíduo, tem lugar o controle jurisdicional das atividades administrativas.<sup>97</sup>

Para o doutrinador Jessé Torres Pereira Junior o controle, sob a ótica da gestão judiciária, possui tríplice natureza – uma função política, um dever jurídico e uma etapa necessária de todo processo de trabalho no âmbito de um sistema de princípios e normas<sup>98</sup>:

(...) controlar significa, basicamente, o exercício de uma função política, de um dever jurídico e de uma etapa ínsita a todo processo sistêmico de trabalho. É manifestação de função política, de um dever jurídico e de uma etapa ínsita a todo processo sistêmico de trabalho. É manifestação de função política porque decorre necessariamente da Constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia e a independência entre os Poderes, coibindo-lhes os eventuais abusos. É dever jurídico porque predeterminado à produção de resultados de interesse público, que é o que se espera do funcionamento de qualquer sistema estatal em favor das populações. É também etapa necessária de um processo sistêmico de trabalho na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que a sociedade deposita nas mãos dos gestores públicos. É o devido processo legal aplicado às relações de administração entre o Estado e os cidadãos.<sup>99</sup>

Tal controle pode ser classificado como externo, provocado, direto e, em regra, repressivo. É externo por se realizar por órgão que não integra a mesma estrutura organizacional da Administração Pública. É provocado porquanto só

---

<sup>96</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 701-702.

<sup>97</sup> FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário**, Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 133.

<sup>98</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 22.

<sup>99</sup> Ibid, p. 21.

excepcionalmente o Judiciário atua de ofício. É direto porque incide, precípua e imediatamente, sobre os atos e atividades administrativas. É repressivo na medida em que incide sobre medida que já produziu ou está produzindo efeitos. Extraordinariamente, pode ser preventivo como nos casos de ajuizamento de ação declaratória, *habeas corpus* e do mandado de segurança. Por tais instrumentos previne-se a atuação da Administração Pública havida por ilegal.<sup>100</sup>

### 3.4.2 Finalidade, objetivo, característica e fundamento

Como visto, no exercício de suas funções, a Administração Pública sujeita-se a controle por parte dos Poderes Legislativo e Judiciário, além de exercer ela própria, o controle sobre os próprios atos. A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração Pública atue em conformidade com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade.<sup>101</sup>

Ademais, o controle jurisdicional tem como finalidade essencial e característica a proteção do indivíduo em face da Administração Pública.<sup>102</sup>

O fundamento constitucional do sistema da unidade de jurisdição adotado pelo direito brasileiro, como será visto adiante, é o art. 5º, inc. XXXV, da Constituição Federal de 1988, que proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário, lesão

---

<sup>100</sup> GASPARINI, op. cit., p. 914.

<sup>101</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 671.

<sup>102</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 135.

ou ameaça a direito. Qualquer que seja o autor da lesão, mesmo o poder público, poderá o prejudicado ir às vias judiciais.<sup>103</sup>

Pode-se dizer também, que o seu fundamento reside no próprio exercício da função jurisdicional, ou seja, determinar o direito aplicável para cada caso.<sup>104</sup>

Por sua vez, o objetivo do controle jurisdicional é o exame da legalidade do ato ou atividade administrativa, confirmando um e outra, se legais, ou desfazendo-os, se contrários ao Direito.<sup>105</sup>

### 3.4.3. Sistemas de controle: conceito e classificação

Os sistemas podem ser conceituados como os regimes de controle da legalidade dos atos e das atividades administrativas, adotados pelo Estado com o fito de mantê-los, se legítimos, ou de desfazê-los, se ilegais. A doutrina costuma distinguir três sistemas: o sistema de administração-juiz, o sistema de jurisdição única e o sistema de jurisdição dual, existindo entendimento de que só os dois últimos sistemas são adotados atualmente.<sup>106</sup>

Pelo sistema de administração-juiz as funções de julgar e administrar encontravam-se integradas no mesmo órgão ou atividade de modo que, quem executava também julgava.<sup>107</sup>

---

<sup>103</sup> DI PIETRO, **Direito...**, op. cit., p. 689.

<sup>104</sup> GASPARINI, op. cit., p. 915.

<sup>105</sup> Ibid, p. 914.

<sup>106</sup> Ibid, p. 915.

<sup>107</sup> Idem.

Para Seabra Fagundes são adotados, hodiernamente, dois sistemas para a prática do controle jurisdicional dos atos administrativos, nas diversas organizações políticas: controle pela jurisdição comum e por uma jurisdição especial.<sup>108</sup>

Pelo primeiro sistema, denominado sistema de jurisdição única<sup>109</sup> também chamado de sistema judiciário ou inglês, em razão de suas origens<sup>110</sup>, tem lugar a apreciação das atividades administrativas do Estado, seja no âmbito do direito privado, seja no do direito público, através do Poder Judiciário, ou, em outras palavras, toda ou quase toda a matéria do contencioso administrativo incide no seu conhecimento como órgão jurisdicional.<sup>111</sup>

Conforme entendimento doutrinário, o direito pátrio adotou o sistema da jurisdição una<sup>112</sup>, pela qual o Poder Judiciário tem o monopólio da função jurisdicional isto é, o poder de apreciar com força de coisa julgada, a lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais e coletivos.<sup>113</sup>

De acordo com os julgados proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, o constituinte adotou o sistema de jurisdição única:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO E JULGAMENTO DO IAA E JUÍZO DE DIREITO.

1. SOB A EGIDE DA ORDEM CONSTITUCIONAL VIGORANTE, PAUTADA NA ADOÇÃO PELO CONSTITUINTE DO SISTEMA DE JURISDIÇÃO ÚNICA, NÃO HA LUGAR PARA CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES ENTRE AUTORIDADES ADMINISTRATIVA E JUDICIARIA, QUANDO NO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES TÍPICAS.

2. PRECEDENTE DESTA CORTE.

3. CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES DE QUE NÃO SE TOMA CONHECIMENTO.<sup>114</sup>

<sup>108</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 140.

<sup>109</sup> Ibid, p. 141.

<sup>110</sup> GASPARINI, op. cit., p. 915.

<sup>111</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 141.

<sup>112</sup> Nesse sentido: DI PIETRO, *Direito Administrativo*, p. 689; GASPARINI, p. 915. FREITAS, p. 46.

<sup>113</sup> DI PIETRO, *Direito...*, op. cit., p. 689.

<sup>114</sup> CAAt. 8/PE, Rel. Ministro Bueno de Souza, segunda seção, julgado em 16.06.1993, DJ 30.08.1993, p. 17260.

DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. CLÁUSULA EDITALÍCIA REDIGIDA SEM A DEVIDA CLAREZA. INTERPRETAÇÃO PELO JUDICIÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DE IMPUGNAÇÃO PELOS PARTICIPANTES. POSSIBILIDADE.

No procedimento licitatório, as cláusulas editalícias não de ser redigidas com a mais lúdima clareza e precisão, de modo a evitar perplexidades e possibilitar a observância pelo universo de participantes.

A caducidade do direito à impugnação (ou do pedido de esclarecimentos) de qualquer norma do Edital opera, apenas, perante a Administração, eis que, o sistema de jurisdição única consignado na Constituição da República impede que se subtraia da apreciação do Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito. Até mesmo após abertos os envelopes (e ultrapassada a primeira fase), ainda é possível aos licitantes propor as medidas judiciais adequadas à satisfação do direito pretensamente lesado pela Administração.

Consoante o magistério dos doutrinadores, a inscrição (da empresa proponente) no cadastro de contribuintes destina-se a permitir a imediata apuração de sua situação frente ao Fisco.

Decorre, daí, que se o concorrente não está sujeito à tributação estadual e municipal, em face das atividades que exerce, o registro cadastral constitui exigência que extrapola o objetivo da legislação de regência.

A cláusula do Edital que, "in casu", se afirma descumprida (5.5.1), entremeada da expressão "se for o caso", só pode ser interpretada no sentido de que, a prova da inscrição cadastral (perante as fazendas estadual e municipal) somente se faz necessária se o proponente for destas (Fazendas) contribuintes, porquanto a lei somente admite a previsão de exigência se ela for qualificável, em juízo lógico, como indispensável à consecução do fim.

"In hiphotesi", a impetrante, ao apresentar, com a sua proposta, certidões negativas de "débitos" para com as Fazendas estadual e municipal ofereceu prova bastante "a permitir o conhecimento de sua situação frente aos Fiscos", ficando cumprida a cláusula editalícia, ainda que legal se considerasse a exigência.

Mandado de segurança concedido. Decisão unânime.<sup>115</sup>

Já o segundo sistema, denominado de jurisdição dúplice, implica um controle exercido mediante tribunais especialmente instituídos para as situações contenciosas em que seja parte a Administração.<sup>116</sup> Este sistema de contencioso-administrativo, a administração pública não se submete à jurisdição comum, destina-se a compor as lides privadas, mas sim, a Tribunais com competência específica para a aferição dos atos administrativos.<sup>117</sup>

<sup>115</sup> MS 5.655/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, primeira seção, julgado em 27.05.1998, DJ. 31.08.1998, p. 4.

<sup>116</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 141.

<sup>117</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 39.

No Brasil, durante o período imperial, tentou-se instituir tal sistema e na Constituição de 1967 previu-se um mecanismo com esse nome, mas sem seus principais atributos, que nunca chegou a ser implantado.<sup>118</sup>

Sobre o sistema de jurisdição dupla, sistema do contencioso administrativo ou sistema francês, em razão de sua origem, Diógenes Gasparini explica que:

Tal sistema consagra duas ordens jurisdicionais. Uma dessas ordens cabe ao Judiciário; outra, a organismo próprio do Executivo, chamado de Contencioso Administrativo. O Contencioso administrativo incumbe-se de conhecer e julgar, em caráter definitivo, as lides em que a Administração Pública é parte (autora ou ré) ou terceira interessada, cabendo a solução da demais pendências ao Poder Judiciário. Nesse sistema, vê-se que a Administração Pública tem uma justiça própria, localizada fora do Judiciário. Do mesmo modo que o sistema de jurisdição única, também se funda no princípio da separação dos Poderes. Essa separação impede o julgamento de um Poder por outro. Suas decisões, como as do Judiciário, fazem coisa julgada.<sup>119</sup>

Diógenes Gasparini entende que no ordenamento jurídico pátrio existem tribunais administrativos, a exemplo do Tribunal Marítimo e do Tribunal de Impostos de Taxas, que não se confundem com o contencioso administrativo. Isso porque os tribunais administrativos são colegiados da Administração Pública com competência decisória sobre matérias específicas, sem que suas manifestações façam coisa julgada e de modo que em face de suas decisões cabe recurso judicial.<sup>120</sup>

---

<sup>118</sup> GASPARINI, op. cit., p. 917.

<sup>119</sup> Idem.

<sup>120</sup> Idem.

### 3.5. CONSEQUÊNCIAS DO CONTROLE JUDICIAL

Das atividades inerentes ao controle judicial decorrem medidas que ressoam no âmbito da Administração Pública. Tais medidas variam conforme o tipo de pedido, combinado com o tipo de ação utilizada. As conseqüências mais comuns do controle judicial são as seguintes: 1) suspensão de atos ou atividades; 2) anulação; 3) imposição de fazer; 4) imposição de se abster de algo; 5) imposição de pagar; 6) imposição de indenizar ou ressarcir.<sup>121</sup>

Com a medida de suspensão de atos ou atividades, o Poder Judiciário ordena que não se produzam efeitos de atos ou que se paralise atividades provisoriamente até a decisão final da ação ou por tempo determinado ou, ainda, determina-se que se realizem atos ou medidas; v.g. as liminares, que podem ser concedidas, principalmente, em mandado de segurança individual e coletivo, em ação popular, em ação civil pública, nas medidas cautelares.<sup>122</sup>

Na anulação, por sua vez, o Poder Judiciário determina que o ato seja invalidado, deixe de vigorar e de produzir efeitos a partir de seu ingresso no mundo jurídico, ou seja, a partir do momento em que foi editado, tendo efeito *ex tunc*.<sup>123</sup>

Já com a medida de imposição de fazer, a decisão definitiva proferida pelo Judiciário pode conter ordem de realizar algo, de agir em certo sentido, de editar um ato, de tomar alguma providência; v. g. reintegrar um servidor, publicar ato de promoção.<sup>124</sup>

---

<sup>121</sup> MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 12. ed., São Paulo: RT, 2008, p. 396.

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> Ibid, p. 396-397.

Na imposição de se abster de algo, se a sentença contém determinação de deixar de fazer algo, a Administração Pública é obrigada a paralisar a atividade ou não iniciar a atividade; v.g. deixar de veicular propaganda.<sup>125</sup>

É comum a imposição de pagar em sentenças relativas a diferenças de vencimentos de servidores, a benefícios não reconhecidos espontaneamente pela Administração Pública, a devolução de indébitos.<sup>126</sup>

Quanto à imposição de indenizar ou ressarcir, decorre de sentenças que impõem à Administração o dever de indenizar ou reparar danos, como nas ações relativas à responsabilidade civil do Estado.<sup>127</sup>

---

<sup>125</sup> Ibidem, p. 397.

<sup>126</sup> Id, p. 397.

<sup>127</sup> Id, p. 397.

## CAPITULO III

### 4 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS

#### 4.1. A COLOCAÇÃO DA QUESTÃO

Diante do preceito constitucional, contido no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito, consagrando o princípio da proteção judicial efetiva<sup>128</sup>, surge a questão concernente à extensão e alcance do controle judicial dos atos administrativos discricionários.

Sobre a matéria existem duas correntes doutrinárias, ambas secundadas por linhas correspondentes de decisões jurisprudenciais.

Uma, entendendo que ao Poder Judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe somente examiná-los sob o prisma da legalidade. Do contrário estar-se-ia a substituir a figura, a vontade ou a valoração pessoal do administrador pela do juiz.<sup>129</sup>

Outra, entendendo que o controle jurisdicional dos atos administrativos, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, deve ser amplo e irrestrito, sempre que exista lesão ou ameaça a direito.<sup>130</sup> Notadamente, dos atos discricionários, cobrando-lhes congruência na motivação de fato e de direito, à

---

<sup>128</sup> MENDES, GILMAR; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p.494-495.

<sup>129</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 178.

<sup>130</sup> COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Manual de Direito Administrativo**, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 241.

semelhança daquele requerida dos atos judiciais, nos termos da Constituição Federal de 1988.<sup>131</sup>

Alegam seus adeptos que, sem substituir o administrador, os controladores podem/devem avaliar a juridicidade dos atos administrativos, sem que isso configure qualquer invasão do merecimento em si. Proclamam a vinculação objetiva dos atos discricionários, no intuito de coibir desvios e omissões.<sup>132</sup>

#### 4.2 A CORRENTE QUE SUSTENTA QUE O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRICIONÁRIOS É RESTRITO

Quanto à extensão do controle ou da sindicabilidade, a primeira corrente há muito já proclamava que ao Poder Judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Compete-lhe somente examiná-los sob o prisma da legalidade.<sup>133</sup>

Neste sentido, Hely Lopes Meirelles já explicava que nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de direito e de fato que condicionam o *processus* administrativo, não há falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. Em tais casos a conduta do administrador confunde-se com a do juiz na aplicação da lei, diversamente do que ocorre nos atos discricionários, em que, além dos elementos sempre vinculados

---

<sup>131</sup> FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126.

<sup>132</sup> Idem.

<sup>133</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 178.

(competência, finalidade e forma), outros existem (motivo e objeto), em relação aos quais a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder. Em tais atos (discricionários), desde que a lei confia à Administração a escolha e valoração dos motivos e do objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador, porque não há padrões de legalidade para aferir essa atuação.<sup>134</sup>

Para os partidários dessa corrente, não lhes cabe, portanto, qualquer apreciação de mérito, isto é, de conveniência, oportunidade ou economicidade da medida ou ato da Administração Pública, sob o argumento de que nos casos concretos, a extensão ou alcance do controle jurisdicional limita-se ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa, refugindo-lhe qualquer exame de mérito do ato ou atividade administrativa. De acordo com esse entendimento, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. Por conseguinte, a autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.<sup>135</sup>

Sobre a extensão do controle jurisdicional, Diogenes Gasparini entende que em princípio, só abrange os casos concretos, isto é, os decorrentes da aplicação da lei. A apreciação das leis em tese (não aplicadas a um caso concreto) é excepcional. O mesmo não se pode dizer das leis e medidas provisórias de efeitos concretos. Estas, a exemplo de outras, podem ser sindicadas. Portanto, cabe dizer que o controle jurisdicional estende-se ao exame dos atos administrativos, no que concerne à legalidade, por ocasião da concreção da lei. Ademais, não alcança outras situações, mesmo que absolutamente iguais, que envolvam partes distintas das submetidas ao controle. Não incide sobre os *interna corporis*, porque cuidam de

---

<sup>134</sup> MEIRELLES, op. cit., p. 155.

<sup>135</sup> GASPARINI, op. cit., p. 914.

questões ou assuntos que dizem direta e imediatamente com a economia interna das Casas Legislativas e com os seus privilégios. Por isso, são apreciados unicamente pelo Plenário de cada Câmara Legislativa.<sup>136</sup>

A respeito da limitação do controle judicial dos atos administrativos discricionários, José Cretella Júnior assevera que ato discricionário é o insuscetível de revisão a não ser pelo próprio agente (ou superior hierárquico) que o editou. É o ato que, embora vinculado à lei, tem livre faixa de trânsito, a critério do administrador que, para editá-lo, consulta apenas a oportunidade e/ou conveniência da medida.<sup>137</sup>

E tece as seguintes considerações:

Inteiramente livre para examinar a legalidade do ato administrativo, está proibido o Poder Judiciário de entrar na indagação do mérito, que fica totalmente fora de seu policiamento. Inscreve-se o mérito em terreno de competência exclusiva do Poder Executivo, pois traduz o entendimento de noção tradicional, resumida no clássico binômio oportunidade-conveniência, que traduz juízo axiológico do administrador. Ora, o mérito não se confunde com a legalidade nem a ela se contrapõe. São campos diferentes, com pontos de contato acidentais.

Legalidade é a adequação do ato ao texto legal. Aqui, o Poder Judiciário intervém e reexamina o ato editado. Mérito é aspecto que se relaciona com a oportunidade ou conveniência da medida adotada, conjunto de ponderações que levam a autoridade administrativa, perscrutando com todos os meios que tem a seu alcance a realidade social a decidir sobre o mês, o dia, a hora, o minuto, o lugar, a equidade, a razoabilidade, a justiça, a economia, a moralidade. Escapa também do poder revisionista do Judiciário o ato exclusivamente político.<sup>138</sup>

No mesmo norte, José dos Santos Carvalho Filho entende que o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade:

Significa dizer que o Judiciário tem o poder de confrontar qualquer ato administrativo com a lei ou com a Constituição e verificar se há ou não compatibilidade normativa. Se o ato for contrário à lei ou à Constituição, o Judiciário declarará sua invalidade de modo a não permitir que continue produzindo efeitos ilícitos. (...) O que é vedado ao Judiciário, como

---

<sup>136</sup> GASPARINI, op. cit., p. 915.

<sup>137</sup> CRETELLA JÚNIOR, op. cit., p. 150.

<sup>138</sup> Ibid, p. 336.

acertadamente têm decidido os Tribunais, é apreciar o que se denomina normalmente de mérito administrativo, vale dizer, a ele é interdito o poder de reavaliar critérios de conveniência e oportunidade dos atos, que são privativos do administrador público. Já tivemos a oportunidade de destacar que, a se admitir essa reavaliação, estar-se-ia possibilitando que o juiz exercesse também função administrativa, o que não corresponde obviamente à sua competência.<sup>139</sup>

E, mais, adiante lança críticas sobre a ampliação do controle jurisdicional em relação ao mérito:

Alguns autores têm cometido o exagero de ampliar os limites de atuação do Judiciário, invocando princípios que, em última análise, acabam por recair no aspecto fundamental – o exame da legalidade. A despeito dessa evidente distorção, os Tribunais sensíveis às linhas que demarcam a atuação dos Poderes, têm sistematicamente rejeitado essa indevida ampliação e decidido que o controle de mérito dos atos administrativos é da competência exclusiva da Administração.<sup>140</sup>

Desse modo, a Administração Pública dispõe de discricionariedade para praticar seus atos com liberdade para avaliar quanto a sua conveniência, oportunidade e conteúdo, observados os limites impostos pela lei. O controle de tais atos pelo Poder Judiciário é limitado aos seus elementos vinculados, quais sejam: a competência, a finalidade e a forma, vedado o exame do mérito do ato administrativo discricionário.

Nas palavras de Robertônio Santos Pessoa refoge ao controle jurisdicional o exame do mérito das decisões administrativas consubstanciadas em atos administrativos. Desta forma, questões relacionadas à conveniência e oportunidade da atividade administrativa escapam ao controle jurisdicional. A autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou

---

<sup>139</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**, 14. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 809-810.

<sup>140</sup> Idem.

conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente. Não deve, pois, a autoridade judiciária imiscuir-se nos juízos de oportunidade e conveniência da Administração, substituindo-os pelos seus próprios juízos, porquanto tal configuraria uma manifesta inversão de poderes e competências.<sup>141</sup>

O citado autor prossegue entendendo ser importante, tanto no campo doutrinário, quanto no jurisprudencial, implementar as transformações operadas em matéria de controle jurisdicional, principalmente, no tocante aos atos administrativos discricionários, lançando-se mão, para tanto, de procedimentos hermenêuticos mais adequados e sintonizados com os princípios e valores positivados na Carta Magna.<sup>142</sup>

Nesta linha, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro proferiu julgado no sentido de que em se tratando de ato discricionário legalmente exarado, não pode o Poder Judiciário rever o seu mérito, sob pena de violar o princípio da separação dos poderes:

PoliciaI militar. Promoção por bravura. Critérios. Discricionariedade. Mérito administrativo. Princípio constitucional da separação dos poderes. Pretensão dos autores, a pretexto da existência de igualdade ou isonomia, formulada no sentido de ser a Administração impelida a promovê-los por haverem participado da mesma ação policial em virtude da qual colegas de farda dos mesmos foram promovidos. Impossibilidade de o Poder Judiciário analisar atos administrativos discricionários, que são realizados segundo critérios de conveniência e oportunidade da Administração, como o era a promoção de policial por ato de bravura. Os requisitos para promoção de servidores públicos são de ordem discricionária, não passíveis de substituição por outros fundamentos, também de ordem discricionária, postulados ao Judiciário. Mérito administrativo. O controle judicial dos atos da Administração restringe-se ao controle da legalidade, não alcançando o exame do mérito administrativo. Princípio constitucional da separação dos Poderes que veda a intervenção judicial. Recurso a que se nega seguimento.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> PESSOA, op. cit., p. 633-634.

<sup>142</sup> PESSOA, op. cit., p. 638.

<sup>143</sup> TJ/RJ, apelação cível nº 2008.001.18278, Terceira Camara Cível, Des. Mario Assis Gonçalves - Julgamento: 24/09/2008.

Em outro julgado, Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a autoridade administrativa praticou ato no exercício de seu poder discricionário, podendo eleger a opção que melhor atendesse aos anseios da população, não estando o Poder Judiciário autorizado a sindicá-lo seu mérito administrativo, devendo se limitar ao seu controle externo, no âmbito da legalidade e da moralidade do ato:

MANDADO DE SEGURANÇA. IMPETRAÇÃO CONTRA ATO DO PREFEITO DO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO FORMALIZADO NO DECRETO MUNICIPAL Nº 29.231/08, QUE ESTABELECEU MEDIDAS RESTRITIVAS À CIRCULAÇÃO DE VEÍCULOS DE TRANSPORTE DE CARGA E OPERAÇÃO DE CARGA E DESCARGA. Limitação destas atividades aos períodos compreendidos entre 06:00h e 10:00h e entre 17:00h e 20:00h, de segunda-feira a sexta-feira, em dias úteis, no interior da área delimitada pela orla marítima e nas vias específicas. Ato administrativo de efeitos concretos, passível de ser sindicado pela via mandamental. Discricionariedade do administrador em disciplinar a atividade de carga. Controle judicial limitado ao exame da legalidade e moralidade. Alegação de exigüidade da *vacatio legis* de 10 dias para adaptação das empresas associadas. Ausência de prova pré-constituída. DENEGAÇÃO DA ORDEM.<sup>144</sup>

No tocante aos critérios de correção das provas e quanto à pertinência das perguntas formuladas em concursos públicos, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu que não cabe ao Poder Judiciário tecer qualquer comentário, eis que tal matéria constitui o próprio mérito administrativo, de caráter eminentemente discricionário por parte do Poder Público:

Apelação. – Concurso Público. – Critério de correção de provas. – Mérito Administrativo. – Poder discricionário da Administração, ligado a critérios de conveniência e oportunidade, que não se sujeitam ao controle Jurisdicional, desde que praticados dentro dos limites da legalidade. – RECURSO NÃO PROVIDO.<sup>145</sup>

---

<sup>144</sup> TJ/RJ, Mandado de Segurança nº 2008.004.00591, Segunda Câmara Cível, Des. Leila Mariano, Julgamento: 27/08/2008.

<sup>145</sup> TJ/RJ, apelação cível nº 2008.001.14799, Décima Terceira Câmara Cível, Des. José de Samuel Marques - Julgamento: 04/06/2008.

Para Afonso Rodrigues Queiró, os tribunais não poderão intrometer-se na esfera discricionária da Administração a pretexto de que esta última errou acerca da conveniência ou oportunidade dos atos praticados. O bom ou mau uso dos poderes discricionários não pode, a pretexto de erro, ser fiscalizado juridicamente.<sup>146</sup>

Assim, para os adeptos dessa corrente, a discricionariedade da Administração é inalcançável pelo controle jurisdicional, que não pode proceder ao exame do mérito administrativo.

#### 4.3. A CORRENTE QUE DEFENDE O PLENO E IRRESTRITO CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DISCRIONÁRIOS

A doutrina tradicional e a jurisprudência brasileira consideravam que os atos discricionários não se submetiam a controle no atinente a seu mérito, porém o conteúdo de mérito era muito ampliado, ao ponto de admitir que ao Poder Judiciário caberia controlar toda atividade administrativa, desde que não invadissem o mérito das decisões discricionárias, consistente nas razões de conveniência e oportunidade que teriam fundamentado a decisão do administrador.<sup>147</sup>

Quanto ao controle e a sindicabilidade, estabeleceu-se um divisor entre os atos administrativos emanados dentro da competência vinculada, quando só caberia à Administração Pública a rigorosa subsunção, e os atos discricionários, em que a

---

<sup>146</sup> QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1948.p. 280.

<sup>147</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**, 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 211-212.

concreção da norma ficaria a critério de conveniência e oportunidade administrativas.<sup>148</sup>

Com efeito, o Poder Judiciário manteve-se silente, durante muito tempo, sobre o controle dos atos administrativos discricionários, por entender impenetrável a discricionariedade do ato administrativo e, por isso, impossível de ser objeto de controle.<sup>149</sup>

Há algum tempo o tema gera controvérsias, tanto no campo doutrinário como no entendimento jurisprudencial. Vários administrativistas vêm sustentando a necessidade de serem fixados limites ao exercício do poder discricionário, de modo a ampliar a possibilidade de sua apreciação pelo Poder Judiciário.

Neste passo, a segunda corrente defende que o Poder Judiciário pode examinar os atos da Administração Pública, de qualquer natureza, sejam gerais ou individuais, unilaterais ou bilaterais, vinculados ou discricionários, mas sempre sob o aspecto da legalidade e moralidade, conforme o disposto nos art. 5º, inc. LXXIII e art. 37 da Constituição Federal de 1988.<sup>150</sup>

Os filiados a essa corrente, admitem o controle judicial dos atos administrativos discricionários, sob o argumento de que a Constituição Federal de 1988 ampliou os horizontes do controle judicial da administração, para levá-los além da legalidade estrita do ato administrativo e seus motivos determinantes, para alcançar também o questionamento de sua legitimidade, economicidade, razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e resultados.<sup>151</sup>

Um dos fundamentos esposados por tal corrente é que a discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, encontra-se vinculada ao direito fundamental

---

<sup>148</sup> FIGUEIREDO, op. cit., p. 212.

<sup>149</sup> OMMATI, op. cit., p. 77.

<sup>150</sup> DI PIETRO, **Direito**..., op. cit., p. 689.

<sup>151</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 48.

à boa administração pública, sob pena de serem solapados os limites indispensáveis à liberdade de conformação. Toda discricionariedade administrativa precisa guardar referência ao sistema: a liberdade é dada para facultar a melhor conformação possível, não para obstá-la.<sup>152</sup>

Argumenta-se também que devidamente motivados, os atos administrativos podem ser vinculados ou de discricionariedade vinculada ao sistema, ambos adstritos à obediência ponderada. Em face dessa concepção, faz-se necessário aprofundar expressivamente o controle, notadamente dos atos discricionários, cobrando-lhes a congruência na motivação de fato e de direito, à semelhança daquela requerida dos atos judiciais, nos termos da Constituição Federal.<sup>153</sup>

Defende-se maior alcance à sindicabilidade, em consonância com as transformações sofridas pelo direito administrativo contemporâneo. O direito contemporâneo reclama que o direito administrativo precisa ser um direito de motivação madura (emocional e racionalmente), deixando de ser monológico para se tornar menos unilateral.<sup>154</sup>

Sobre o controle judicial dos atos administrativos discricionários, a professora Lucia Valle Figueiredo sustenta que não há qualquer zona isenta *a priori* do controle judicial. E ressalta que o entendimento alargado da competência discricionária leva a situações absolutamente insustentáveis na prática e de grande ameaça para o Estado Democrático de Direito em sua faceta substancial.<sup>155</sup>

Para a professora Lucia Valle Figueiredo, em artigo publicado sobre o assunto, o controle judicial é controle de legalidade e que o controle da legalidade

---

<sup>152</sup>FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 125.

<sup>153</sup> Ibid, p. 126.

<sup>154</sup> Ibid, p. 126-127.

<sup>155</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.176-214.

não se restringe aos atos vinculados. O controle somente poderá ser efetivo se exercido sobre os atos da administração de maneira ampla e abrangente. Não se pretende que o Poder Judiciário se substitua ao Poder Executivo, ou melhor dizendo, às competências administrativas, fazendo as opções de oportunidade e conveniência para o momento, opções estas, que, sem dúvida, pertencem à administração. Entretanto, pretende-se que o Judiciário gize adequadamente qual o limite em que se deverá confinar a discricionariedade do administrador.<sup>156</sup>

Atualmente, a asserção de que o objeto do controle judicial dos atos da Administração Pública se circunscreve ao exame da legalidade dos elementos ou requisitos que lhe integram a estrutura morfológica, com exclusão de qualquer outra ótica, encontra-se superada, pois como observa, o doutrinador Jessé Torres Pereira Junior, pode ocorrer que o ato seja estruturalmente íntegro, vale dizer, sem vício de ilegalidade, porém padeça de máculas ruinosas da relação entre o que almeja a Administração e o que é do interesse público.<sup>157</sup>

Segundo o escólio de Jessé Torres Pereira Junior, o que cabe no controle judicial é a verificação da relação de adequação entre os motivos, a sua avaliação técnica e os resultados. Se a verificação dos resultados, que é o desfecho da ação administrativa, cabe no controle judicial, poderá ser necessário, nas circunstâncias do caso concreto, que este syndique o mérito, sob pena de emitir juízo precário e inconclusivo. A par da possibilidade de mérito também existir na avaliação do objeto (quando inserto no círculo da discríção administrativa) e da finalidade do ato (quando implícito na norma). Não se cuidaria, portanto, de substituir a solução administrativa pela judicial, mas, sim, de verificar se aquela foi eficiente e gerou o necessário

---

<sup>156</sup> FIGUEIREDO, Lucia Valle. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 02 de abril de 2008.

<sup>157</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 51-52.

resultado de interesse público que encerre a demanda pelo controle de modo pertinente e seguro.<sup>158</sup>

O professor Juarez Freitas em artigo publicado no ano de 1995, já afirmava que o administrador, em realidade, jamais desfruta de liberdade legítima e lícita para agir em desvinculação com os princípios constitucionais do sistema, ainda que sua atuação guarde - eis o ponto focal - uma menor subordinação à legalidade estrita do que na concretização dos atos ditos plenamente vinculados. Em outras palavras, qualquer ato discricionário que se torne lesivo a qualquer um dos princípios pode e deve ser anulado.<sup>159</sup>

O professor salienta ainda, em obra posterior intitulada o Controle dos atos Administrativos e os Princípios Fundamentais que, para efeitos de um bem-sucedido controle em perspectiva renovada, a diferença entre os atos administrativos vinculados e discricionários reside antes no maior ou menor grau de vinculação ao princípio da legalidade estrita do que na liberdade do agente na consecução dos atos da administração ou de prestação de serviço público, isto é, o administrador, nos atos discricionários, emite juízos decisórios de valor, no desiderato da máxima concretização dos valores projetados, ao passo que, ao expedir atos vinculados propriamente ditos (reitere-se também a impossibilidade lógica de uma vinculação absoluta), só emite o mínimo de juízo estritamente necessário à subordinação principiológica e ao controle ínsito à sistematicidade do ato.<sup>160</sup>

O controle realizado pelo Poder Legislativo e pelo Poder Judiciário, em especial por este último em nossa ordem de intangível jurisdição única, há de ser procedido de modo mais aprofundando, sem invasão de mérito ou rendição a

---

<sup>158</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 55.

<sup>159</sup> FREITAS, Juarez. Os atos administrativos de discricionariiedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**, SP: NDJ, Ano XI, nº 6, 1995, p. 328.

<sup>160</sup> FREITAS, **O Controle...**, op. cit., p. 46.

subjetivismos, pois tanto os atos administrativos vinculados quanto os discricionários precisam, afinal, guardar conformação finalística plena com a íntegra do sistema positivado, tudo precisando fazer os controladores dos atos administrativos em geral no mister de instaurar, com veracidade e não apenas no mundo abstrato e formal, o paradigma de um renovado Estado Democrático, que demanda, acima de tudo, um controle substancial, independente e extraordinariamente mais efetivo e eficaz.<sup>161</sup>

Para os adeptos dessa corrente a discricionariedade administrativa não está imune a controle e inexistente ato exclusivamente político cujo controle seria defeso ao Poder Judiciário, em razão da vinculação aos princípios e direitos fundamentais. Ao menos negativamente, o controle *lato sensu* precisa sindicatizar os vícios decorrentes de excessos, desvios e insuficiências no exercício das competências administrativas. Do contrário, o ato exclusivamente político e não-sindicável orbitaria no espaço do juridicamente irrelevante. O controle não será total, sob pena de usurpatório, mas os vícios decorrentes da inadequação sistêmica serão sempre controláveis.<sup>162</sup>

Os males a combater são: o vício do exercício da discricionariedade de maneira excessiva – arbitrariedade por ação (hipótese de ultrapassagem dos limites impostos à competência discricionária ou de atuação desdestinada) e o vício do exercício da discricionariedade insuficiente ou do não-exercício – arbitrariedade por omissão (hipótese em que o agente deixa de exercer o dever da boa escolha administrativa ou o exerce com inoperância parcial, inclusive por falta de prevenção ou precaução).<sup>163</sup>

João Roberto Santos Régner manifesta-se contrariamente ao argumento de que o mérito do ato administrativo é inapreciável em sede jurisdicional, sob pena de substituir a figura, a vontade ou a valoração pessoal do administrador pela do juiz. E

---

<sup>161</sup> FREITAS, **O Controle...**, op. cit., p. 46.

<sup>162</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 123.

<sup>163</sup> *Idem*.

pondera que tal argumento não prevalecerá, se o inserirmos dentro de uma consideração em que predomine o jurídico sobre político-administrativo; o teórico, filosófico e lógico sobre a mera transparência do Direito, direcionando-a à nossa realidade cultural e jurídico-institucional.<sup>164</sup> E indaga:

Como, então, por conseqüência também dessa realidade, negar-se ao Judiciário a análise do ato administrativo apelidado de discricionário, tendo em conta a mera fundamentação política requerida pelo conceito de discricionariedade administrativa? No mínimo, em termos práticos, estar-se-ia a negar a validade à função jurisdicional do Estado brasileiro, negando-se de quebra, os meios para o livre convencimento, próprio dessa função. Convencimento (verificação, avaliação, análise dos motivos e circunstâncias em que se editará o ato) que, de ordinário negado à função própria, curiosamente é deferido à executiva – o que, de si mesmo, constitui anomalia inaceitável. Tudo ao despropósito de obstacularizar a análise àqueles atos impropriamente chamados de discricionários, ou do seu mérito, nas aparências de conveniência e oportunidade.<sup>165</sup>

Para o autor é possível o exame do mérito do ato administrativo no tocante ao ato de vontade, certo que a conseqüência da execução é o estabelecimento de uma nova realidade fática resultante da infalibilidade da eficácia jurídica.<sup>166</sup> E faz as seguintes considerações:

Ora, se necessário à elucidação do Direito e ao convencimento do juiz sopesar a decisão do agente, nada autoriza a inibição jurisdicional, desde que direcionada à realidade circundante, isto é, ao todo circunstancial da ação administrativa. Em última análise, à perquirição de possíveis defeitos ou vícios na formação da vontade, pois não nos é estranha a existência de ação administrativa impulsionada por vontade parcial ou totalmente viciada – o que ocorre nas esferas municipal, estadual e, federal. Nesta, defendendo a franquia e a valoração pessoal de seus dirigentes, chegaram ao cúmulo de impor e, pela irritativa retórica política, até mesmo, justificar o caos institucional, procurando dissimular a sua existência. Tal já foi o resultado de insensatos decretos-leis; tal, hoje, a decorrência de Medidas Provisórias editadas ao largo da ordem jurídica, ferindo e ignorando preceitos constitucionais indisponíveis e abrindo as comportas do arbítrio irrefreado por força de atos menores, reguladores da matéria assim

---

<sup>164</sup> RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa**: significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 135.

<sup>165</sup> Ibid, p. 152.

<sup>166</sup> Ibid, p. 153.

“legislada”, tal é o caso de favorecimentos e de outros procedimentos administrativos desautorizados e largamente conhecidos.<sup>167</sup>

Nos atos administrativos vinculados o controle se faz com a verificação de ter a Administração Pública adotado no caso concreto a solução preconizada pela norma. Já nos atos discricionários se concede à Administração a opção de decidir sobre o seu conteúdo, mas essa decisão como asseveram os adeptos dessa corrente, não é livre, nem incontestável porque deve estar adequada ao ordenamento jurídico e aos princípios constitucionais.<sup>168</sup>

Desse modo, no exercício de faculdades discricionárias não só dispensa a Administração Pública do respeito à principiologia constitucional como ainda, a obriga a consagrá-la em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade ao seu controle.<sup>169</sup>

Os adeptos dessa corrente argumentam ainda, que o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa não significa a anulação ou o aniquilamento dos poderes administrativos. Cuida-se apenas de verificar se, em sua atuação concretizadora da finalidade da lei, a Administração Pública está não só respeitando como ainda implementando os vetores axiológicos do ordenamento jurídico. O que não se pode esperar é que ao exercer faculdades discricionárias possa ela se colocar ao abrigo do controle da principiologia constitucional, que deve ser levada a efeito, até as suas últimas conseqüências, pelo Poder Judiciário que, ao agir assim, estará cumprindo sua missão constitucional. Reconhece-se que haverá no ato administrativo discricionário uma esfera última de liberdade do administrador para

---

<sup>167</sup> RÉGNIER, op. cit., p. 173.

<sup>168</sup> COELHO, op. cit., p. 244.

<sup>169</sup> Idem.

fazer sua opção diante das circunstâncias concretas da hipótese, diante de certas singularidades, em que ao Poder Judiciário será vedado imiscuir-se.<sup>170</sup>

Sobre a extensão do controle judicial, Celso Antônio Bandeira De Mello leciona:

Nada há de surpreendente então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe em tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.(...) Assim, ao Judiciário compete fulminar todo comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que assistam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária.<sup>171</sup>

Em seguida, o autor adverte:

É, pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicionado e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa a garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. Finalmente, este proceder do Judiciário não elimina a discricionariade e nem pode fazê-lo, pena de agravo à própria lei. Deveras: à perquirição judicial nunca assistirá ir além dos limites de significação objetivamente desentranháveis da norma legal, conquanto valendo-se desassombradamente das vias mencionadas. O campo de apreciação meramente subjetiva – seja por conter-se no interior das significações efetivamente possíveis de um conceito legal fluido e impreciso, seja por dizer com a simples conveniência ou oportunidade de um ato – permanece exclusivo do administrador e indevassável pelo juiz, sem o quê haveria substituição de um pelo outro, a dizer, invasão das funções que poria às testilhas com o princípio da independência dos poderes, consagrado no art. 2º da Lei Maior.<sup>172</sup>

---

<sup>170</sup> COELHO, op. cit., p. 248.

<sup>171</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 921-922.

<sup>172</sup> Ibid, p. 935-936.

Atualmente, não mais se discute a possibilidade, reconhecida, à unanimidade, pela doutrina jus-administrativista, de controle jurisdicional da aplicação pela Administração Pública de normas que contém conceitos jurídicos indeterminados, assim como daqueles que atribuem discricionariedade.<sup>173</sup>

À luz da moderna compreensão do Direito, todo e qualquer ato administrativo, inclusive o discricionário, o resultante da valoração de conceitos de prognose, é suscetível de revisão judicial, muito embora nem sempre plena, por meio da qual o Poder Judiciário examinará a compatibilidade de seu conteúdo com os princípios gerais de Direito, para além da verificação dos aspectos vinculados do ato.<sup>174</sup>

Germana de Oliveira Moraes observa que a densidade da sindicância pelo Poder Judiciário dos atos não vinculados depende diretamente do preenchimento semântico do conteúdo dos princípios constitucionais da Administração Pública e a limitação desse controle jurisdicional das decisões exercidas no terreno da atividade administrativa não vinculada, condicionada pelos métodos ditados pelos princípios, projeta-se sobre as suas conseqüências as quais se restringem, na grande maioria das vezes, apenas a invalidar o ato impugnado, sem determinar sua substituição por outro.<sup>175</sup>

Entende-se que são passíveis de invalidação os atos discricionários, quando editados sem levar em consideração as circunstâncias fáticas condicionantes de sua prática ou com o desrespeito às limitações jurídicas ao exercício da discricionariedade, designadamente aos parâmetros jurídicos traçados pelos princípios constitucionais da Administração Pública.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> MORAES, op. cit., p. 188.

<sup>174</sup> Ibid, p. 192-193.

<sup>175</sup> Ibid, p. 193.

<sup>176</sup> Idem.

No controle jurisdicional do exercício da atividade administrativa não vinculada poderá o Juiz determinar a substituição do ato administrativo anulados por outro nas situações em que há a redução da discricionariedade a zero.<sup>177</sup>

A redução da discricionariedade a zero ocorre quando as circunstâncias normativas e fáticas do caso concreto eliminam a possibilidade de escolha entre diversas opções a ponto de substituir apenas uma solução juridicamente possível.<sup>178</sup>

No tocante aos atos administrativos discricionários, sujeitam-se à apreciação judicial, desde que não se invadam os aspectos reservados à apreciação subjetiva da Administração Pública, conhecidos sob a denominação de mérito (oportunidade e conveniência). O controle de mérito cabe à própria Administração e, com limitações, ao Poder Legislativo.<sup>179</sup>

Sob o ponto de vista dessa corrente, não há invasão do mérito quando o Poder Judiciário aprecia os motivos, ou seja, os fatos que precedem a elaboração do ato; a ausência ou falsidade do motivo caracteriza ilegalidade, suscetível de invalidação pelo Poder Judiciário.<sup>180</sup>

A finalidade do controle é a de assegurar que a Administração Pública atue em conformidade com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.<sup>181</sup>

Entende-se que o controle dos atos administrativos, nas várias esferas, deve ser orientado, bem mais pronunciadamente, para a concretização vitalizante

---

<sup>177</sup> MORAES, op. cit., p. 194.

<sup>178</sup> Idem.

<sup>179</sup> DI PIETRO, **Direito..**, op. cit., p. 673 e 689-690.

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> Ibid, p. 671.

dos princípios fundamentais. Não há, com efeito, ato administrativo insindicável, porquanto inexistente ato exclusivamente político.<sup>182</sup>

Rogério Guilherme Ehrhardt Soares há muito já rejeitava a idéia de que o mérito fosse considerado como sinônimo de insindicabilidade judicial, pois se assim fosse, o mérito perderia todo o conteúdo substancial para se aproximar da zona dos puros conceitos adjetivos.<sup>183</sup>

Na visão sistemática, o mérito do ato administrativo não deve ser invadido. Contudo por via reflexa, pode ser inquirido, ao se efetuar o controle do “demérito” ou da antijuridicidade, para além dos aspectos adstritos à legalidade. O controlador faz as vezes de “administrador negativo”. O controle de proporcionalidade, inclusive das políticas públicas, passa a ser realizado de modo mais ativo, pois se admite a discricção somente para que o agente providencie, com eficácia e eficiência, a realização das vinculantes finalidades constitucionais.<sup>184</sup>

Neste rumo, o Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já proferiu julgado no sentido de que a execução das políticas públicas se encontra entre as competências discricionárias da Administração Pública que deve realizar as metas escritas pela ordem constitucional e legislação ordinária como qualificadoras do interesse público, então, é indiscutível a possibilidade de seu controle judicial:

Controle judicial das políticas públicas de saúde Necessidade de analisar cada caso concreto Hepatite "C" Medicamento "Azatiopnna1" Teoria das reservas do possível é insuficiente para afastar a análise do caso individualizado Procedimento de ponderação da teoria dos princípios é o meio a solucionar o conflito entre a teoria das reservas do possível e o dever de o Estado assegurar o núcleo essencial dos direitos fundamentais Comprovação de que o caso em análise legitima a prevalência da intervenção judicial para assegurar o núcleo essencial do direito

---

<sup>182</sup> FREITAS, **O Controle...**, op. cit., p. 207.

<sup>183</sup> SOARES, op. cit., p.215.

<sup>184</sup> FREITAS, **Discricionariade...**, op. cit., p.126.

fundamental à saúde e o princípio da máxima eficiência das normas constitucionais Ordem concedida.<sup>185</sup>

Em face do sistema constitucional brasileiro e seus veementes desafios, toda a discricionariedade administrativa encontra-se, desde que, legitimamente exercida, vinculada aos princípios e direitos fundamentais, mais que às regras.<sup>186</sup>

Com reservas, Diogo de Figueiredo Moreira Neto entende que o exercício da função administrativa discricionária exercida como um implícito mandato para integrar a vontade do legislador, nem por isso fica isento de controle, pelo contrário, o reconhecimento dessa característica nomológica a submete tanto ao controle político-administrativo, de legitimidade, quanto do controle jurídico-administrativo, de legalidade.<sup>187</sup>

E o autor prossegue:

No que toca, em especial, à discricionariedade, o controle sobre ela exercido poderá, eventualmente, afastar determinadas escolhas teoricamente possíveis, por ilegais, ilegítimas ou ilícitas, fazendo-o a tal ponto que sua opção possa ficar restrita a, apenas, uma escolha válida, pois apenas uma estaria isenta de vícios. Nesta hipótese, fala-se em redução ou em atrofia da discricionariedade. Submete-se a função administrativa ao controle político-administrativo de legitimidade quanto ao emprego conveniente e oportuno da discricionariedade. A amarração dos elementos vinculados dá-se, especificamente, à lei (*submissio legis*), enquanto que a referência dos elementos discricionários dá-se, genericamente, à ordem jurídica (*submissio juris*).<sup>188</sup>

Nesta linha, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro já decidiu:

PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DESTINADO A APURAÇÃO DE IRREGULARIDADES PRATICADAS DURANTE O PERÍODO EM QUE O

---

<sup>185</sup> TJ/SP, apelação com revisão nº 5720215100, Relator(a): Luis Manuel Fonseca Pires, Órgão julgador: 8ª Camara de Direito Publico, Data do julgamento: 22/08/2008. <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>

<sup>186</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p.127.

<sup>187</sup> MOREIRA NETO. Op. cit., p. 561.

<sup>188</sup> Idem.

AUTOR SE MANTEVE NA PRESIDÊNCIA E ADMINISTRAÇÃO DA UNIMED-ARARUAMA. CONSTATAÇÃO PELA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE DE UMA SÉRIE DE IRREGULARIDADES E ILEGALIDADES. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO RESPEITADOS. PENALIDADE DE ELIMINAÇÃO DOS QUADROS DA COOPERATIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE TENHA HAVIDO VÍCIOS NO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. A incumbência do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, públicos ou privados, vai muito além da mera verificação da regularidade formal e adentra o próprio mérito quando se está diante da afirmação de que houve lesão ou ameaça de lesão a direito individual do autor uma vez que a Constituição Federal garante a todos quantos se considerem lesados ou ameaçados de lesão o acesso ao Poder Judiciário, estabelecendo o princípio da plena acessibilidade no artigo 5º inciso XXXV e, da mesma forma no artigo 5º, inciso LV insiste em que "aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Recurso conhecido e negado provimento.<sup>189</sup>

A 2ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou sentença oriunda da Comarca de Blumenau e determinou que a prefeitura disponibilize vagas em estabelecimentos públicos de ensino infantil (creche e pré-escola) para 17 crianças carentes da região. Na ação, impetrada pelo Ministério Público, os magistrados também determinaram que as vagas fossem providenciadas em estabelecimentos de ensino da rede pública próximos às residências das crianças. O Poder Público alegou não ter condições orçamentárias, físicas e de pessoal para suprir tal demanda. Entretanto, para o relator do processo, desembargador Cesar Abreu, o Estado tem a obrigação constitucional de criar condições em favor das crianças de zero a seis anos de idade. "O Município não pode demitir-se do atendimento das crianças em creche; sua discricionariedade político-administrativa não pode ser exercida de modo a comprometer, com apoio de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social", destacou o magistrado. Ademais, apesar de ter alegado dificuldades para suprir a demanda de vagas, o município

---

<sup>189</sup> TJ/RJ, apelação cível 2008.001.37576, Oitava Câmara Cível Relator: Jds. Des. Mauro Nicolau Junior. Julgamento: 26/08/2008.

não apresentou elementos que comprovassem o argumento. A decisão foi unânime.<sup>190</sup>

O professor Juarez Freitas, favorável ao amplo controle judicial dos atos administrativos, explica que sem substituir o administrador, o juiz pode/deve avaliar a juridicidade dos atos administrativos, sem que isso configure qualquer invasão do merecimento em si, pois proclama-se a vinculação objetiva dos atos discricionários, no intuito de coibir desvios e omissões.<sup>191</sup>

Para Ricardo Emílio Medauar Ommati, se a Administração emitir determinado ato que, submetido ao controle judicial, decida-se por invalidá-lo, caberá à Administração refazer o ato que submetido a novo controle, poderá ou não ser invalidado, pelo quê, sempre caberá à Administração refazer o ato tantas vezes quantas forem necessárias, não cabendo ao Poder Judiciário, substituí-la no refazimento do ato. Há, pois uma complementação de um Poder com o outro – nunca um sobre o outro.<sup>192</sup>

Sobre a possibilidade de controle do ato discricionário, o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

ADMINISTRATIVO. MAGISTERIO. LICENCA EM VIRTUDE DE DOENCA DO CONJUGE. PRORROGACAO POR MAIS DE UM ANO. DISCRICAO. CONTROLE DA LEGITIMIDADE DO ATO. 1. NAO E NULA A SENTENCA QUE, JULGANDO CONJUNTAMENTE ACAO PRINCIPAL E "CAUTELAR", NA VERDADE FORMA DE TUTELA ANTECIPADA, UTILIZA OS MESMOS FUNDAMENTOS PARA JULGAR AMBAS PROCEDENTES, POIS ELES ABRANGEM, REALMENTE, AS DUAS PRETENSOES. PRELIMINAR REJEITADA. 2. NOS TERMOS DO ART-82, PAR-2, DA LEI 6672/74, E FACULDADE DO SECRETARIO DA EDUCACAO PRORROGAR POR MAIS UM ANO A LICENCA EM VIRTUDE DE DOENCA DO CONJUGE. MESMO SE TRATANDO DE ATO DISCRICIONARIO, POSSIVEL SE MOSTRA CONTROLAR SUA LEGITIMIDADE, POIS A DISCRICAO SIGNIFICA A LIBERDADE DE ESCOLHER A UNICA SOLUCAO COERENTE COM A FINALIDADE DA NORMA. MERITO DO ATO

<sup>190</sup>TJ/SC, Apelação Cível nº. 2008.031926-4, Disponível em: <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=17616>. Acesso em: 14.10.2008.

<sup>191</sup>FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p.126.

<sup>192</sup>OMMATI, op. cit., p.68.

ADMINISTRATIVO QUE NAO DENOTA QUALQUER VICIO. 3. APELACAO PROVIDA.<sup>193</sup>

Os filiados a corrente em estudo propõem o aprofundamento da sindicabilidade dos atos administrativos, objetivando uma Administração Pública mais zelosa de seus deveres para com o desenvolvimento humano. Quer-se a Administração Pública que não se contenta em mediocremente tornar boas as más escolhas. Busca-se vivenciar a era da motivação das escolhas administrativas, sem automatismos e sem cair nas seduções liberticidas da discricionariedade pura.<sup>194</sup>

Assim, para os adeptos desta corrente, atos, contratos e procedimentos devem ser mais prudentemente sindicados não só em matéria de forma, mas de qualidade de justificação, sobretudo, no que diz respeito à eleição das premissas axiológicas das decisões administrativas.<sup>195</sup>

#### 4.4. O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ SOBRE O TEMA

Sobre a extensão do controle jurisdicional dos atos administrativos, em 1979, o Supremo Tribunal Federal já se manifestava em 1979:

ATO ADMINISTRATIVO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. REINTEGRAÇÃO DE FUNCIONÁRIO DEMITIDO. E PACIFICO O

---

<sup>193</sup> TJ/RS, Apelação Cível Nº 595037771, Terceira Câmara Cível, Relator: Araken de Assis, Julgado em 27/04/1995).

<sup>194</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 128.

<sup>195</sup> Ibid, p. 129.

ENTENDIMENTO DE QUE A APRECIÇÃO PELO JUDICIÁRIO DOS PRESSUPOSTOS OU MOTIVOS DETERMINANTES DE UM ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO, COMO OCORRE NA ESPÉCIE, NÃO IMPORTA INVASÃO DO JUÍZO DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO, NO APRECIAR O MÉRITO, SENÃO O EXATO CONTROLE DA LEGALIDADE DO ATO. - RECURSO EXTRAORDINÁRIO NÃO CONHECIDO.<sup>196</sup>

RECURSO EXTRAORDINÁRIO - PRESSUPOSTO ESPECÍFICO DE RECORRIBILIDADE. A parte sequiosa de ver o recurso extraordinário admitido e conhecido deve atentar não só para a observância aos pressupostos gerais de recorribilidade como também para um dos específicos do permissivo constitucional. Longe fica de vulnerar o artigo 6., parágrafo único, da Constituição de 1969 acórdão em que afastado ato administrativo praticado com abuso de poder, no que revelou remoção de funcionário sem a indicação dos motivos que estariam a respaldá-la. Na dicção sempre oportuna de Celso Antonio Bandeira de Mello, mesmo nos atos discricionários não há margem para que a administração atue com excessos ou desvios ao decidir, competindo ao Judiciário a glosa cabível (Discricionariedade e Controle judicial).<sup>197</sup>

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o exame psicotécnico, especialmente quando possuir natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar-se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONCURSO PÚBLICO - EXAME PSICOTÉCNICO - EXIGÊNCIA DE RIGOR CIENTÍFICO - NECESSIDADE DE UM GRAU MÍNIMO DE OBJETIVIDADE - DIREITO DO CANDIDATO DE CONHECER OS CRITÉRIOS NORTEADORES DA ELABORAÇÃO E DAS CONCLUSÕES RESULTANTES DOS TESTES PSICOLÓGICOS QUE LHE TENHAM SIDO DESFAVORÁVEIS - POSSIBILIDADE DE IMPUGNAÇÃO JUDICIAL DE TAIS RESULTADOS - PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - RECURSO IMPROVIDO. - O exame psicotécnico, especialmente quando possuir

<sup>196</sup> RE 88121 / PR – Paraná, Relator(a): Min. Rafael Mayer, órgão julgador: primeira turma, Julgamento: 19/06/1979.

<sup>197</sup> STF, RE 131661 / ES - Espírito Santo, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Órgão Julgador: segunda turma, Julgamento: 26/09/1995.

natureza eliminatória, deve revestir-se de rigor científico, submetendo-se, em sua realização, à observância de critérios técnicos que propiciem base objetiva destinada a viabilizar o controle jurisdicional da legalidade, da correção e da razoabilidade dos parâmetros norteadores da formulação e das conclusões resultantes dos testes psicológicos, sob pena de frustrar - se, de modo ilegítimo, o exercício, pelo candidato, da garantia de acesso ao Poder Judiciário, na hipótese de lesão a direito. Precedentes.<sup>198</sup>

O Supremo em mais de um julgado já fixou que as entidades fiscalizadoras do exercício profissional exercem funções tipicamente públicas e, por essas razões, regem-se pelas normas do direito público e sujeitas ao controle jurisdicional do mérito das suas decisões:

AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. OCORRÊNCIA DE LESÃO À ORDEM PÚBLICA CONSIDERADA EM TERMOS DE ORDEM ECONÔMICA. JUÍZO MÍNIMO DE DELIBERAÇÃO. 1. Direito Administrativo. Exercício da função administrativa e a possibilidade de controle jurisdicional do mérito das decisões tomadas pela Administração Pública. Arts. 30, 70 e 74, II da Constituição Federal. 2. Lei 4.348/64, art. 4º: configuração de grave lesão à ordem pública: demonstrada a lesão à ordem pública, aqui considerada em termos de ordem econômica, com a determinação de adjudicação e imediata contratação pretendida pelo agravante. Pedido de suspensão de segurança deferido. 3. Agravo regimental improvido.<sup>199</sup>

Por sua vez, o Colendo Superior Tribunal de Justiça proferiu julgados no sentido de que o controle jurisdicional dos atos administrativos limita-se à análise da legalidade e legitimidade, sendo vedado ao julgador o exame do seu mérito, sob pena de invasão da competência administrativa e afronta o princípio da separação dos poderes. Nesse norte:

MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR. ATO DE REDISTRIBUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA.  
I - O ato de redistribuição de servidor público é instrumento de política de pessoal da Administração, que deve ser realizada no estrito interesse do

<sup>198</sup> STF, AI-AgR 318367 / BA – Bahia, Relator(a): Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 27/08/2002.

<sup>199</sup> STF, SS-AgR 2664 / SC - Santa Catarina, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 09/08/2006.

serviço, levando em conta a conveniência e oportunidade da transferência do servidor para as novas atividades.

II - O controle judicial dos atos administrativos discricionários deve-se limitar ao exame de sua legalidade, eximindo-se o Judiciário de adentrar na análise de mérito do ato impugnado. Precedentes. Segurança denegada.<sup>200</sup>

Como razões de decidir, acolhe-se o argumento de que nos atos discricionários, desde que a lei confia à administração pública a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao Poder Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador em procedimentos que lhe são privativos, cabendo-lhe apenas dizer se aquele agiu com observância da lei, dentro da sua competência:

ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO – DAÇÃO EM PAGAMENTO – INDEFERIMENTO DO PEDIDO – AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO – RESPALDO LEGAL.

Nos atos discricionários, desde que a lei confira à administração pública a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao judiciário rever os critérios adotados pelo administrador em procedimentos que lhe são privativos, cabendo-lhe apenas dizer se aquele agiu com observância da lei, dentro da sua competência. Recurso ordinário improvido.<sup>201</sup>

BANCO CENTRAL. CARTA-PATENTE. AUTORIZAÇÃO. PODER DISCRICIONARIO DA INSTITUIÇÃO. CONTROLE JURISDICIONAL. VEDAÇÃO.

I - EM SE TRATANDO DE AUTORIZAÇÃO, SUJEITA AO PODER DISCRICIONARIO DA ADMINISTRAÇÃO E SUBORDINADA, NOS LIMITES DA LEI, AOS CRITÉRIOS DE CONVENIENCIA E OPORTUNIDADE, VEDADO E O CONTROLE JURISDICIONAL.

II - AO BANCO CENTRAL E LICITO, NO CUMPRIMENTO DE SUA ATUAÇÃO, CONCEDER OU CANCELAR CARTAS-PATENTE DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

III - AO JUÍZO FALIMENTAR NÃO ERA FACULTADO, E AINDA MAIS SOB PENA DE SANÇÃO PENAL, ORDENAR AO BANCO CENTRAL RESTAURAR A CARTA-PATENTE DA FALIDA, ENSEJANDO-LHE CEDELA A TERCEIROS A REVELIA DAQUELE ORGÃO PUBLICO.<sup>202</sup>

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENA DE DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NULIDADES.

INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

1. Não se verifica nenhuma ilegalidade no procedimento administrativo o fato do Contencioso Administrativo – órgão de assessoramento e direção da

<sup>200</sup> STJ, MS 12.629/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 22.08.2007, DJ 24.09.2007 p. 244.

<sup>201</sup> STJ, RMS 13.487/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 04.09.2007, DJ 17.09.2007 p. 231.

<sup>202</sup> STJ, REsp 1.994/RS, Rel. Min. Salvo de Figueiredo Teixeira, quarta turma, julgado em 20.03.1990, DJ 09.04.1990 p. 2747.

Presidência – ter manifestado opinião por meio de parecer jurídico, máxime por estar em perfeita consonância com o Regulamento Interno do Tribunal de Justiça Estadual.

2. O processo administrativo, que culminou na aplicação da pena de demissão à Recorrente, teve regular processamento, com a estrita observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

3. Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. Dessa forma, mostra-se inviável a análise das provas constantes no processo administrativo.

4. Recurso desprovido.<sup>203</sup>

Em que pese tais julgados, há outros proferidos pela Colenda Corte acompanhando o entendimento da segunda corrente sobre a possibilidade do controle judicial dos atos discricionários, permitindo que se investigue as razões de conveniência e oportunidade do ato administrativo impugnado, a fim de que se verifique o atendimento aos princípios legais, consoante se pode observar da ementa do julgado transcrita a seguir:

'ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - OBRAS DE RECUPERAÇÃO EM PROL DO MEIO AMBIENTE – ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO.

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

2. Comprovado tecnicamente ser imprescindível, para o meio ambiente, a realização de obras de recuperação do solo, tem o Ministério Público legitimidade para exigí-la.

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

4. Outorga de tutela específica para que a Administração destine do orçamento verba própria para cumpri-la.

5. Recurso especial provido.<sup>204</sup>

<sup>203</sup> STJ, RMS 19.863/SE, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 29.11.2007, DJ 17.12.2007 p. 224.

<sup>204</sup> STJ, Resp nº 429.570/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Sessão de 11.11.2003, DJ de 22.03.2004.

No julgamento do AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC, Ministro Paulo Medina em seu voto, ressaltou que o controle jurisdicional do exercício da discricionariedade, ao menos, se tornou possível, dada a falta de motivação do ato:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO - INVALIDAÇÃO DE EXAME DE APTIDÃO FÍSICA EM CONCURSO PÚBLICO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO - GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA IMPERATIVA - DIREITO LÍQUIDO E CERTO - ORDEM CONCEDIDA PARCIALMENTE - AGRAVO DESPROVIDO.

1. Para invalidação de atos ampliativos de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88.

2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade.

3. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa.

4. Agravo regimental desprovido.<sup>205</sup>

Transcrevo, por oportuno trecho do voto:

O Judiciário, na espécie, apenas invalidou o ato viciado pela ausência de motivação, deixando à Administração a oportunidade de praticar novamente o ato, ou seja, de anular o exame de aptidão física realizado pelo Impetrante - Agravado, desde que exponha os motivos pelos quais o resultado da aludida prova não pode ser preservado, garantindo-se ao interessado o contraditório e a ampla defesa. Como se vê, apenas se resguardou a legalidade do ato, sem substituir-lhe a vontade defeituosa. Por conseguinte, não se podendo cogitar de ofensa ao princípio da separação dos poderes no caso, pois a atuação desse julgador foi, não somente, possível, como necessária, no cumprimento de suas funções jurisdicionais.

Por derradeiro, cumpre salientar que o princípio da isonomia restou preservado pela decisão atacada, na medida que se impõe à Administração Pública, um comportamento em conformidade com ordenamento jurídico, exigindo-lhe que exponha os motivos da invalidação de este ou daquele exame de aptidão física, conferindo a todos os candidatos tratamento objetivo e isonômico na realização de provas de concurso público.

---

<sup>205</sup> STJ, AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC, Rel. Ministro Paulo Medina, sexta turma, julgado em 11.04.2006, DJ 12.06.2006 p. 542.

No tocante à maior extensão do controle judicial dos atos discricionários, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já se manifestou favoravelmente em seus julgados:

ADMINISTRATIVO – ATO DISCRICIONÁRIO – CONTROLE JUDICIAL – LEI 4.717/65 – AGENTE DE PROTEÇÃO VOLUNTÁRIO DO JUIZADO DA INFÂNCIA E JUVENTUDE – NATUREZA DA FUNÇÃO – PARTICULAR EM COLABORAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO – EXCLUSÃO – PENALIDADE – DEVIDO PROCESSO LEGAL.

- "Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V.

Lei 4.717/65, Art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional.

Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados." (MS 6166/Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros) - O agente voluntário de Proteção do Juizado da Infância e Juventude insere-se na categoria dos particulares que colaboram com a Administração. Eles exercem múnus público, sem vínculo permanente com o Estado. Eles não gozam de estabilidade, mas sua investidura não pode ser desconstituída ad nutum.

- Se o Regimento Interno, define como penalidade a exclusão dos Agentes de Proteção Voluntários do Juizado da Infância e Juventude de Goiânia, não é lícito aplicar-se tal sanção, sem observar-se o contencioso previsto no próprio Regimento (Art. 20, § 2º).<sup>206</sup>

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS "A" E "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO ART. 535 DO CPC. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO DISCIPLINAR. IMPOSIÇÃO DE SANÇÃO. ATO VINCULADO. CONTROLE JURISDICIONAL. LIMITES. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO

(...)

4. Cabe ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, zelar, quando provocado, para que o administrador atue nos limites da juridicidade, competência que não se resume ao exame dos aspectos formais do ato, mas vai além, abrangendo a aferição da compatibilidade de seu conteúdo com os princípios constitucionais, como proporcionalidade e razoabilidade.

5. No caso, o Tribunal de origem, ao verificar, mediante atividade interpretativa, inerente à função jurisdicional, se os fatos apurados e descritos no procedimento administrativo conduziam ou não à conclusão de ter o servidor praticado infração disciplinar, nada mais fez do que cumprir seu mister constitucional.

6. O órgão julgador entendeu, de modo claro e fundamentado, que a conduta narrada não constituía violação ao art. 143 da Lei 8.112/90, por ausência de subsunção dos fatos à norma. Agiu, destarte, nos limites de sua competência, não cabendo afirmar que deveria ter-se restringido à análise dos aspectos formais do procedimento administrativo, sob pena de

<sup>206</sup> STJ, RMS 15.018/GO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, primeira turma, julgado em 22.10.2002, DJ 10.03.2003 p. 89.

restar esvaziada a garantia fundamental de acesso ao Poder Judiciário, prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

7. No que tange ao controle jurisdicional de atos impositivos de sanção a servidor público, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça evoluiu no sentido de que, diante dos princípios que vinculam o regime jurídico disciplinar, não há falar em discricionariedade da Administração, devendo o controle exercido pelo Poder Judiciário incidir sobre todos os aspectos do ato.

Precedente. MS 12.988/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ 12/2/08.

8. Revisar o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias no sentido de que, conforme apurado e descrito nos autos, a conduta do servidor não constituiu infração disciplinar demandaria o reexame de fatos e provas, procedimento vedado na via especial (Súmula 7/STJ).

9. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido.<sup>207</sup>

ADMINISTRATIVO - ATO DISCRICIONÁRIO - CONTROLE JURISDICIONAL - PORTARIA QUE OBRIGA A VENDA DE COMBUSTÍVEIS A PREÇOS MENORES QUE OS RESPECTIVOS CUSTOS - INCOMPETÊNCIA - DESVIO DE FINALIDADE.

I - Em nosso atual estágio, os atos administrativos devem ser motivados e vinculam-se aos fins para os quais foram praticados (V. Lei 4.717/65, Art. 2º). Não existem, nesta circunstância, atos discricionários, absolutamente imunes ao controle jurisdicional. Diz-se que o administrador exercita competência discricionária, quando a lei lhe outorga a faculdade de escolher entre diversas opções aquela que lhe pareça mais condizente com o interesse público. No exercício desta faculdade, o Administrador é imune ao controle judicial. Podem, entretanto, os tribunais apurar se os limites foram observados.

II - A Portaria 324/98, em estabelecendo preços insuficientes à correta remuneração dos comerciantes varejistas de combustíveis sediados na Amazônia, inviabilizou a atividade econômica de tais negociantes, atingindo fim diverso daquele previsto na Lei 8.175/95.<sup>208</sup>

O Egrégio Tribunal de Justiça do Paraná já decidiu que o mérito do ato, ou seja, os motivos e a conveniência e oportunidade, estão desfeitos à ingerência judicial, pelo princípio da independência entre os Poderes. Somente a forma e o atendimento aos ditames legais é que podem ser verificados:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. FUNCIONÁRIO PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. CONTROLE PELO PODER JUDICIÁRIO. AINDA QUE NO EXAME DOS ATOS ADMINISTRATIVOS DEVE O PODER JUDICIÁRIO LIMITAR-SE AO CONTROLE DA SUA LEGALIDADE OU LEGITIMIDADE, CUMPRE-LHE, POR ISSO MESMO, EXAMINAR OS MOTIVOS DETERMINANTES DAQUELES E A COINCIDÊNCIA OU NÃO COM O RESPECTIVO ESTATUTO LEGAL. CONFIGURADA, EM PROCESSO ADMINISTRATIVO

<sup>207</sup> STJ, REsp 1001673/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 06.05.2008, DJe 23.06.2008.

<sup>208</sup> STJ, MS 6.166/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, primeira seção, julgado em 13.10.1999, DJ 06.12.1999 p. 62.

REGULAR, NO QUAL FOI ASSEGURADA AMPLA DEFESA AO FUNCIONÁRIO, FALTA GRAVE PUNÍVEL, NOS TERMOS DA LEI, COM DEMISSÃO. IMPROCEDE PEDIDO DE ANULAÇÃO DO ATO QUE CONCLUIU PELA APLICAÇÃO DE TAL PENA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SENHOR SECRETÁRIO DE ESTADO DA SEGURANÇA PÚBLICA. OCORRÊNCIA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO EM RELAÇÃO A ESTA AUTORIDADE APONTADA COMO COATORA. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA INICIAL E CARÊNCIA DA AÇÃO ARGÜIDAS PELO GOVERNADOR DO ESTADO DO PARANÁ. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE QUALQUER VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO IMPETRANTE. SEGURANÇA DENEGADA.<sup>209</sup>

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - REVOGAÇÃO - ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO - OPORTUNIDADE E CONVENIÊNCIA - CONTROLE JUDICIAL SOMENTE EM RELAÇÃO À LEGALIDADE - INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADES - ATO DEVIDAMENTE MOTIVADO - RECURSO NÃO PROVIDO – DECISÃO UNÂNIME.

- Ao Poder Judiciário não compete analisar a oportunidade e a conveniência dos atos administrativos discricionários, mas, apenas, se os mesmos estão revestidos das formalidades legais.  
- O controle judicial da revogação do processo licitatório cinge-se à aferição da ocorrência da motivação invocada pelo administrador.<sup>210</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO C/C REINTEGRAÇÃO NO CARGO. POLICIAL MILITAR. EXCLUSÃO DAS FILEIRAS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR EFETUADA PELO COMANDANTE GERAL, AUTORIDADE COMPETENTE. MOTIVOS E FUNDAMENTOS DECLINADOS. VALIDADE DO ATO. IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DO MÉRITO DA DECISÃO DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INDEPENDÊNCIA DA INSTÂNCIA CRIMINAL. SENTENÇA CORRETA AO JULGAR IMPROCEDENTE A DEMANDA. DECISÃO MANTIDA. APELO DESPROVIDO.<sup>211</sup>

Decidindo pela plenitude e maior extensão do controle judicial dos atos administrativos, transcrevem-se os seguintes julgados do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

AÇÃO POPULAR - CONTROLE JUDICIAL SOBRE O ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO. POSSIBILIDADE. VOTAÇÃO DE PROJETO DE LEI PELA CÂMARA DE VEREADORES. AFRONTA AO REGIMENTO INTERNO DA CÂMARA E DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO. ILEGALIDADE. LESIVIDADE AO PATRIMÔNIO PÚBLICO.

<sup>209</sup> TJ/PR, Mandado de Segurança 0079017-2, Redator designado: Wanderlei Resende, julgamento: 03.12.1999.

<http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=77&TotalAcor daos=84&Historico=1&AcordaoJuris=355765>.

<sup>210</sup> TJ/PR, Apelação Cível Nº 176.149-9, Relator : Des. Antonio Lopes De Noronha, <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=8&TotalAcor daos=221&Historico=1&AcordaoJuris=459615>

<sup>211</sup> TJ/PR, Apelação Cível Nº 457.143-1, Relator: Juiz Rogério Ribas, julgamento em: 10.06.2008.

SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. I - O controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado do Direito, pois de nada adiantaria sujeitar-se a Administração Pública à lei, se seus atos não pudessem ser controlados por um órgão dotado de garantias de imparcialidade, que permita apreciar e invalidar os atos ilícitos por ela praticados.

II - A inobservância da Lei Orgânica do Município e do Regimento Interno da Câmara dos Vereadores pelo Presidente desta, configura verdadeira ofensa ao princípio da legalidade, impondo-se a nulidade dos atos normativos que não cumpriram o determinado em lei.

III São nulos os atos lesivos ao patrimônio público no caso de vício de forma, consistente na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato.<sup>212</sup>

MANDADO DE SEGURANÇA. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. ADMINISTRATIVO. LICENÇA PARA TRATAR DE INTERESSES PARTICULARES. ATO QUE INDEFERIU. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. NULIDADE.

1. Tão somente o preenchimento do prazo exigido pela lei não dá ao servidor o direito de gozar da licença para tratar de interesses particulares, mesmo porque o seu deferimento ou não se encontra dentro dos limites discricionários da Administração Pública.

2. Nada obstante, todo o ato administrativo, em especial os editados sob o manto da discricionariedade, devem ser motivados, sob pena de serem ineficazes. E a necessidade de motivação, tanto para atos vinculados como para discricionários, deita raízes nos princípios norteadores da administração pública.

Apelação desprovida. Sentença mantida em sede de reexame necessário. Maioria.<sup>213</sup>

---

<sup>212</sup> TJ/PR, Apelação Cível nº 125.774-3, Relatora: Juíza Conv. Dilmari Helena Kessler, julgamento: 04.05.2004.

<sup>213</sup> TJ/PR, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0408416-8, Relator Rosene Arão de Cristo Pereira, 13/11/2007.

## 5 CONCLUSÃO

Conforme foi possível observar na exposição deste trabalho, a doutrina e a jurisprudência posicionavam-se firmemente no sentido de que ao Poder Judiciário caberia apenas o controle da legalidade dos atos administrativos, sendo-lhe vedado exercer juízo de mérito, em decorrência do princípio da separação e independência dos poderes previstos no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Importante lembrar que os atos administrativos discricionários podem ser conceituados como os atos que a Administração Pública pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

Com efeito, a discricionariedade administrativa encontra justificativa na complexidade e variedade dos problemas que o Poder Público tem que solucionar em cada caso concreto e, para os quais a lei, por mais casuística que fosse, não poderia prever todas as soluções, ou, pelo menos, a mais vantajosa para cada situação.

À luz do sistema constitucional pátrio, toda discricionariedade administrativa encontra-se desde que, legitimamente exercida, vinculada aos princípios e direitos fundamentais, mais que às regras.<sup>214</sup>

Ademais, no tocante aos atos administrativos foram focalizados os pontos reputados como os mais importantes para o desenvolvimento do trabalho, a saber: o conceito, requisitos ou elementos do ato administrativo, a distinção entre motivo e a motivação do ato administrativo, a classificação dos atos administrativos em relação

---

<sup>214</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p.127.

à vinculação e à discricionariedade, a justificação e âmbito de aplicação da discricionariedade, bem como os seus limites.

Já no Capítulo 2 foram abordados os aspectos concernentes ao controle da Administração Pública, tecendo considerações gerais e estudando o conceito, espécies e, adentrando mais especificamente, no estudo do controle judicial e seu respectivo conceito, classificação, natureza jurídica, finalidade, objetivo, característica, fundamento e sistemas de controle judicial.

De fato, o controle judicial pode ser conceituado como o controle de legalidade das atividades e atos administrativos emanados do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, por órgão dotado do poder de solucionar, em caráter definitivo, os conflitos de direito que lhe são submetidos.

O controle, sob a ótica da gestão judiciária, possui tríplice natureza: uma função política, um dever jurídico e uma etapa necessária de todo processo de trabalho no âmbito de um sistema de princípios e normas.<sup>215</sup>

Por sua vez, no Capítulo 3 verificou-se que no que tange à apreciação, ao alcance e extensão do controle judicial dos atos administrativos discricionários, há duas correntes doutrinárias, ambas secundadas por linhas correspondentes de decisões jurisprudenciais.

Uma, entendendo que ao Poder Judiciário é defeso apreciar, no exercício do controle jurisdicional, o mérito dos atos administrativos. Cabe-lhe somente examiná-los sob o prisma da legalidade. Do contrário, estar-se-ia a substituir a figura, a vontade ou a valoração pessoal do administrador pela do juiz.<sup>216</sup>

Para os partidários dessa corrente, não cabe, portanto, qualquer apreciação de mérito, isto é, de conveniência, oportunidade ou economicidade da medida ou ato

---

<sup>215</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 17.

<sup>216</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 178.

da Administração Pública, sob o argumento de que nos casos concretos, a extensão ou alcance do controle jurisdicional limita-se ao exame da legalidade do ato ou da atividade administrativa, refugindo-lhe qualquer exame de mérito do ato ou atividade administrativa. De acordo com esse entendimento, os aspectos de conveniência e oportunidade não podem ser objeto desse controle. Por conseguinte, a autoridade jurisdicional pode dizer o que é legal ou ilegal, mas não o que é oportuno ou conveniente e o que é inoportuno ou inconveniente.<sup>217</sup>

De acordo com esse entendimento, o controle judicial sobre os atos da Administração é exclusivamente de legalidade, sob pena de afronta ao princípio da separação dos poderes.

Por sua vez, a outra corrente, defende que o controle jurisdicional dos atos administrativos, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV da Constituição Federal de 1988, deve ser amplo e irrestrito, sempre que exista lesão ou ameaça a direito. Notadamente, dos atos discricionários, cobrando-lhes congruência na motivação de fato e de direito, à semelhança daquele requerida dos atos judiciais, nos termos da Constituição Federal de 1988.

Um dos fundamentos esposados por tal corrente é que a discricionariedade administrativa, no Estado Democrático, encontra-se vinculada ao direito fundamental à boa administração pública, sob pena de serem solapados os limites indispensáveis à liberdade de conformação.<sup>218</sup>

Conforme já frisado pelo professor Juarez Freitas, com o aprofundamento do controle judicial dos atos administrativos discricionários, quer-se a Administração Pública zelosa de seus deveres para com o desenvolvimento humano. Quer-se a

---

<sup>217</sup> GASPARINI, op. cit., p. 914.

<sup>218</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 128.

Administração Pública que não se contenta em mediocrementemente tornar boas as más escolhas.<sup>219</sup>

Em razão disso, hodiernamente, sustenta-se que a margem de liberdade de escolha da conveniência e oportunidade, conferida à Administração Pública, na prática de atos discricionários, não a dispensa do dever de motivação. O ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, inc. I, e § 1º da Lei nº 9.784/99), sob pena de nulidade. Não atende a tal requisito a simples invocação da cláusula do interesse público ou a indicação genérica da causa do ato.<sup>220</sup>

Assim, para os adeptos desta corrente, atos, contratos e procedimentos devem ser mais prudentemente sindicados não só em matéria de forma, mas de qualidade de justificação, sobretudo, no que diz respeito à eleição das premissas axiológicas das decisões administrativas.<sup>221</sup>

Sustentam ainda, que sem substituir o administrador, o juiz pode/deve avaliar a juridicidade dos atos administrativos, sem que isso configure qualquer invasão do merecimento em si. Proclama-se a vinculação objetiva dos atos administrativos discricionários com a finalidade de coibir desvios e omissões.

Com efeito, ao exercer o controle judicial dos atos administrativos discricionários, o juiz o faz com fundamento nos arts. 5º, inc. XXXV e 37 da Constituição Federal e dos princípios que norteiam à aplicação das regras.

Não se trata de anular/substituir o papel da Administração Pública, mas sim, complementar a atividade do Poder Executivo, na medida em que estará se

---

<sup>219</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 128.

<sup>220</sup> STJ, MS 9.944/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira seção, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005 p. 157.

<sup>221</sup> FREITAS, **Discricionariedade...**, op. cit., p. 128.

verificando se, no caso concreto, o ato discricionário emanado pela Administração Pública está efetivamente visando ao interesse público e de acordo com os princípios constitucionais e legislação correlata.

Como já ressaltou Ricardo Emílio Medauar Ommati, se a Administração emitir determinado ato que, submetido ao controle judicial, decida-se por invalidá-lo, caberá à Administração refazer o ato que submetido a novo controle, poderá ou não ser invalidado, pelo quê, sempre caberá à Administração refazer o ato tantas vezes quantas forem necessárias, não cabendo ao Poder Judiciário, substituí-la no refazimento do ato.<sup>222</sup>

Para tal corrente, a finalidade do controle é a de assegurar que a Administração Pública atue em conformidade com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como os da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade; em determinadas circunstâncias, abrange também o controle chamado de mérito e que diz respeito aos aspectos discricionários da atuação administrativa.

Note-se que do Estado Patrimonialista ao Estado Democrático de Direito, a principal diferença diz respeito aos controles, em que no segundo, todos os atos da Administração Pública devem ser motivados e, por essa via, submetidos a controles.<sup>223</sup>

Desta feita, no exercício de faculdades discricionárias não só dispensa a Administração Pública do respeito à principiologia constitucional como ainda, a obriga a consagrá-la em todos os seus atos. Não há, portanto, no poder discricionário, nem vontade absolutamente livre do administrador, nem a pretensa imunidade ao seu controle.

---

<sup>222</sup> OMMATI, op. cit., p. 68.

<sup>223</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 98.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o âmbito do controle judicial da Administração Pública, em virtude disso, existem interpretações divergentes, em busca de esgotar-lhe o alcance. O processo permanente e contínuo de interpretação da Constituição Federal de 1988 à luz dos princípios da moralidade, razoabilidade, da proporcionalidade, dentre outros, aponta para o controle de resultados, de acordo com as palavras de Jessé Torres Pereira Junior, consubstanciado em fórmula negativa, ao invés de controlar o mérito e a eficiência, prenuncia-se o controle do demérito e da ineficiência, à vista dos resultados concretamente obtidos.<sup>224</sup>

Neste rumo, a jurisprudência pátria, sob a ótica constitucional, vem acolhendo a maior amplitude do controle dos atos administrativos discricionários, entendendo que a execução das políticas públicas se encontra entre uma das competências discricionárias da Administração Pública, a qual deve realizar as metas escritas pela ordem constitucional e legislação ordinária como qualificadoras do interesse público.

Ademais, no controle dos atos administrativos fundados no interesse social ou interesse público, os magistrados nenhuma operação hermenêutica fazem diversa daquelas que são comuns em outros ramos da jurisdição, quando em face de conceitos jurídicos delimitadores: na jurisdição cível, por exemplo, quando provocados a sindicarem o elemento subjetivo dos contraentes. E, ainda, a boa-fé, má-fé, a vantagem indevida, são outros conceitos indeterminados com que corriqueiramente lidam os juízes no desempenho do ofício jurisdicional, para os quais devem encontrar aplicações juridicamente razoáveis, segundo os princípios e as regras do sistema constitucional, diante do caso concreto.<sup>225</sup>

Assim, do estudo exposto, infere-se que a maior amplitude do controle judicial dos atos administrativos discricionários tem como escopo verificar se, em sua

---

<sup>224</sup> PEREIRA JUNIOR, op. cit., p. 100.

<sup>225</sup> Idem.

atuação concretizadora da finalidade da lei e da Constituição, a Administração Pública está não só respeitando, como ainda, implementando os vetores axiológicos do ordenamento jurídico. O que não se pode esperar é que ao exercer faculdades discricionárias, a Administração Pública se coloque a margem do controle dos princípios constitucionais, que deve ser levada a efeito, pelo Poder Judiciário que, ao agir assim, estará cumprindo sua missão constitucional.

## REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Controle Jurisdicional do Ato Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário**. 7. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6. ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. O Controle Jurisdicional da Administração Pública. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v. I, n. 2, maio, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em 02 de abril de 2008.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

\_\_\_\_\_. Os atos administrativos de discricionariedade vinculada aos princípios. **Boletim de Direito Administrativo**, SP: NDJ, Ano XI, nº 6, 1995.

\_\_\_\_\_. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GASPARINI, DIOGENES. **Direito Administrativo**. 12. ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 31. ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed., São Paulo: Malheiros, 2006.

\_\_\_\_\_. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, GILMAR; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Germana de Oliveira. **Controle Jurisdicional da Administração Pública**. São Paulo: Dialética, 1999.

MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 14 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Ato Administrativo**. 4. ed., São Paulo: RT, 2001.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. **Controle da Discricionariedade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

PANZA, Luiz Osório Moraes. **Os princípios constitucionais como limitadores da discricionariedade do ato administrativo**. Dissertação de mestrado em Direito, curso de pós-graduação em Direito, setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

PESSOA, Robertônio Santos. **Curso de Direito Administrativo Moderno**. 2.ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PEREIRA, André Gonçalves. **Erro e Ilegalidade no Acto Administrativo**. Coimbra: Ática, 1975.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Controle Judicial da Administração Pública: da legalidade estrita à lógica do razoável**. 2. ed., Belo Horizonte: Fórum, 2006.

SOARES, Rogério Guilherme. **Ehrhardt**. Interesse Público, Legalidade e Mérito. Tese de doutoramento em ciências político-econômicas da Universidade de Coimbra. Coimbra, 1955.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. **O Poder Discricionário da Administração**. 2.ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1948.

RÉGNIER, João Roberto Santos. **Discricionariedade Administrativa**: significação, efeitos e controle. São Paulo: Malheiros, 1997.

STJ, REsp 934.608/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira turma, julgado em 17.04.2008, DJe 07.05.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, MS 9.944/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, primeira seção, julgado em 25.05.2005, DJ 13.06.2005 p. 157. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 20.565/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 15.03.2007, DJ 21.05.2007 p. 595. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, REsp 550.089/RS, Rel. Ministro José Arnaldo Da Fonseca, quinta turma, julgado em 16.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 410. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 20.718/SP, Rel. Ministro Paulo Medina, sexta turma, julgado em 04.12.2007, DJe 03.03.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, REsp 1.994/RS, Rel. Min. Salvio de Figueiredo Teixeira, quarta turma, julgado em 20.03.1990, DJ 09.04.1990 p. 2747. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, Resp nº 429.570/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, Sessão de 11.11.2003, DJ de 22.03.2004. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, AgRg nos EDcl no RMS 17.718/AC, Rel. Ministro Paulo Medina, sexta turma, julgado em 11.04.2006, DJ 12.06.2006 p. 542. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, REsp 1001673/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, quinta turma, julgado em 06.05.2008, DJe 23.06.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 15.018/GO, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, primeira turma, julgado em 22.10.2002, DJ 10.03.2003 p. 89. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 15459/MG, Rel. Min. Paulo Medina, sexta turma DJ 16.05.2005 p. 417. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 13.487/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 04.09.2007, DJ 17.09.2007 p. 231. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 19.863/SE, Rel. Ministra Laurita Vaz, quinta turma, julgado em 29.11.2007, DJ 17.12.2007 p. 224. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, RMS 8831/RS, DJ de 23.08.1999. REsp 851.090/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, primeira turma, julgado em 18.12.2007, DJe 31.03.2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, MS 6.166/DF, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, primeira seção, julgado em 13.10.1999, DJ 06.12.1999 p. 62. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, MS 12.629/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 22.08.2007, DJ 24.09.2007 p. 244. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STJ, MS 12.927/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, terceira seção, julgado em 12.12.2007, DJ 12.02.2008 p. 1. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STF, AI-AgR 318367 / BA – BAHIA, Relator(a): Min. Celso de Mello, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgamento: 27/08/2002. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STF, RE 131661 / ES - ESPÍRITO SANTO, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Órgão Julgador: segunda turma, Julgamento: 26/09/1995. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

STF, SS-AgR 2664 / SC - Santa Catarina, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Órgão Julgador: Tribunal Pleno, Julgamento: 09/08/2006. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/PR, Apelação Cível nº 176.149-9, Relator : Des. Antonio Lopes de Noronha, <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=8&TotalAcordaos=221&Historico=1&AcordaoJuris=459615>. Acesso em: 15.10.2008.

TJ/PR, Apelação Cível nº 125.774-3, Relatora: Juíza Conv. Dilmari Helena Kessler, julgamento: 04.05.2004. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/PR, Apelação Cível e Reexame Necessário nº 0408416-8, Relatora Rosene Arão de Cristo Pereira, julgamento: 13/11/2007. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/PR, Apelação Cível Nº 457.143-1, Relator: Juiz Rogério Ribas, julgamento em: 10.06.2008. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/PR, Mandado de Segurança 0079017-2, Redator designado: Wanderlei Resende, julgamento: 03.12.1999. <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/jurisprudencia/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=77&TotalAcordaos=84&Historico=1&AcordaoJuris=355765>. Disponível em: <<http://www.tj.pr.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/RJ, apelação cível nº 2008.001.14799, Decima Terceira Camara Cível, Des. Jose de Samuel Marques - Julgamento: 04/06/2008. Disponível em: <<http://www.rj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/RJ, apelação cível 2008.001.37576, Oitava Camara Cível Relator: Jds. Des. Mauro Nicolau Junior. Julgamento: 26/08/2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 08.09.2008.

TJ/RJ, apelação cível nº 2008.001.18278, Terceira Camara Cível, Des. Mario Assis Gonçalves - Julgamento: 24/09/2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 12.10.2008.

TJ/RJ, Mandado de Seguranca nº 2008.004.00591, Segunda Camara Cível, Des. Leila Mariano, Julgamento: 27/08/2008. Disponível em: <<http://www.tj.rj.gov.br>>. Acesso em 12.10.2008.

TJ/RS, Apelação Cível Nº 595037771, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Araken de Assis, Julgado em 27/04/1995). Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em 12.10.2008.

TJ/SC, Apelação Cível n. 2008.031926-4, Disponível em: <http://tjsc5.tj.sc.gov.br/noticias/noticias?tipo=2&cd=17616>. Acesso em: 14.10.2008.

TJ/SP, apelação com revisão nº 5720215100, Relator(a): Luis Manuel Fonseca Pires, Órgão julgador: 8ª Camara de Direito Publico, Data do julgamento: 22/08/2008. Disponível em: <http://cjo.tj.sp.gov.br/esaj/jurisprudencia/consultaCompleta.do>. Acesso em 12.10.2008.