

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

ERIKA YUMI SATO

**LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

**CURITIBA
2007**

ERIKA YUMI SATO

**LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS À
LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**

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
2007**

TERMO DE APROVAÇÃO

ERIKA YUMI SATO

LIMITES DO CONTROLE JURISDICIONAL DOS ATOS ADMINISTRATIVOS À LUZ
DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

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: _____

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2007.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 ATOS ADMINISTRATIVOS	9
2.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO.....	9
2.2 FATOS ADMINISTRATIVOS.....	11
2.3 ATRIBUTOS.....	11
2.4 ATOS DE GOVERNO E ATOS POLÍTICOS	14
2.5 REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA FORMAÇÃO	15
2.5.1 Competência	15
2.5.2 Finalidade.....	16
2.5.3 Forma... ..	16
2.5.4 Motivo ou Causa	17
2.5.5 Objeto... ..	19
2.5.6 Mérito Administrativo	19
2.6 MÉRITO ADMINISTRATIVO.....	20
2.7 CLASSIFICAÇÃO.....	21
2.7.1 Quanto ao seu Regramento.	21
2.7.2 Quanto à Formação do Ato... ..	22
2.7.3 Quanto ao Conteúdo... ..	23
2.7.4 Quanto à Eficácia... ..	24
2.7.5 Quanto à Exeqüibilidade... ..	25
2.7.6 Quanto à Retratabilidade.....	25
2.7.7 Quanto ao modo de execução... ..	26
2.7.8 Quanto ao Objetivo Visado pela Administração... ..	26
2.7.9 Quanto aos seus Efeitos... ..	28
2.7.10 Quanto ao seu Objeto... ..	28
2.7.11 Quanto ao seu Alcance... ..	29
2.7.12 Quanto aos seus Destinatários... ..	30
2.8 INVALIDAÇÃO E SEUS EFEITOS.....	31
2.8.1 Invalidação pela Revogação	32
2.8.2 Invalidação pela Anulação	32
2.8.2.1 Anulação pela própria Administração	34

2.8.2.2 Anulação pelo Poder Judiciário.....	34
2.8.3 Invalidação pela Caducidade.....	34
2.8.4 Invalidação pela Cassação.....	35
2.9 CONVALIDAÇÃO.....	35
3 PODER DISCRICIONÁRIO.....	36
3.1 PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO.....	36
3.1.1 Poder-Dever de Agir.....	36
3.1.2 Dever de Eficiência.....	37
3.1.3 Dever de Probidade.....	37
3.1.4 Dever de Prestar Contas.....	38
3.2 PODERES DO ESTADO.....	38
3.2.1 Vinculado.....	39
3.2.2 Discricionário.....	40
3.2.3 Hierárquico.....	41
3.2.4 Regulamentar.....	42
3.2.5 Disciplinar.....	42
3.2.6 De Polícia.....	43
3.3 PODER DISCRICIONÁRIO.....	44
3.3.1 Breve Evolução Histórica.....	44
3.3.2 Conceito.....	45
3.3.3 Diferenças com o Poder Vinculado.....	48
3.3.4 Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados.....	50
3.3.5 Poder Discricionário e Mérito Administrativo.....	52
4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	53
4.1 NOÇÕES GERAIS.....	53
4.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO.....	56
4.3 CONTROLE LEGISLATIVO.....	57
4.4 CONTROLE JURISDICIONAL.....	59
4.4.1 Considerações Iniciais.....	59
4.4.2 Limites.....	61
4.4.2.1 Controle Principlológico.....	61
4.4.2.1.1 Princípio da Legalidade.....	63
4.4.2.1.2 Princípio da Impessoalidade.....	65
4.4.2.1.3 Princípio da Moralidade.....	66

4.4.2.1.4 Princípio da Publicidade	68
4.4.2.1.5 Princípio da Eficiência... ..	68
4.4.2.1.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade... ..	69
4.4.3 Conseqüências do Controle Judicial... ..	71
5 CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS.....	74

RESUMO

Com base no princípio da indisponibilidade do interesse público a Administração Pública possui poderes e deveres inerentes a sua atividade, sempre com o objetivo de buscar a consecução do interesse público. Os atos realizados pelos administradores denominam-se de atos administrativos, que obedecem a uma série de regras a serem cumpridos. Os atos podem ser tanto discricionários como vinculados, dependendo da sua previsão legal. Quando atuam de maneira discricionária, há certa margem de atuação ao administrador público, porém esta liberdade deve ser controlada pelo Poder Judiciário, pelo que se denomina de controle principiológico.

Palavras-chave: Ato Administrativo. Discricionariedade. Controle Jurisdicional.

1 INTRODUÇÃO

Na busca de atingir o interesse público previsto em lei, a Administração Pública possui poderes e prerrogativas que somente ela possui, entretanto há que se verificarem alguns meios de controle a atividade.

O presente trabalho terá por finalidade abordar o tema do controle judicial dos atos realizados pela Administração Pública.

Num primeiro momento será feita uma análise do ato administrativo, desde os seus atributos, como também dos seus requisitos que são classicamente divididos em competência, finalidade, forma, motivo, conteúdo e objeto. Alguns autores relacionam outros requisitos como, por exemplo, o mérito administrativo. Passada esta análise do ato em si, serão elencadas algumas classificações dos atos administrativos. Por fim, no primeiro capítulo serão abordadas as formas de extinção do ato.

No segundo capítulo, parte-se para a noção de poderes e deveres inerentes a Administração Pública. Serão expostos alguns dos deveres que a doutrina entende como relevantes, bem como os poderes que o administrador público tem, que são as chamadas prerrogativas. Por fim adentra-se no tema do poder discricionário, após um breve histórico e conceituação, passa-se a análise de seu conteúdo e formas de limitações.

Encerrando o presente o trabalho, no terceiro capítulo serão abordadas as formas de controle sobre os atos administrativos. Controle este que pode ser tanto na esfera administrativa, legislativa como também na esfera judicial. O enfoque maior está no controle judicial, na qual serão trabalhados os limites a este controle e por fim a nova concepção de limite da atuação estatal com base no controle principiológico, ou seja, dos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal.

2 ATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 CONCEITO DE ATO ADMINISTRATIVO

A Administração Pública realiza sua função executiva por meio de atos jurídicos que recebem a denominação especial de atos administrativos. Tais atos, por sua natureza, conteúdo e forma, diferenciam-se dos que emanam do Poder Legislativo (leis) e do Judiciário (decisões judiciais), quando desempenham suas atribuições específicas de legislação e de jurisdição. Temos, assim, na atividade pública em geral, três categorias de atos, que são inconfundíveis entre si: atos legislativos, atos judiciais e atos administrativos.

A prática dos atos administrativos cabe, em princípio e normalmente, aos órgãos executivos, mas as autoridades judiciárias e as mesas legislativas também os praticam restritamente, quando ordenam seus próprios serviços, dispõem sobre seus servidores ou expedem instruções sobre matéria de sua privativa competência. Esses atos são tipicamente administrativos, embora provindos de órgãos judiciários ou de corporações legislativas, e, como tais, se sujeitam a revogação ou a anulação no âmbito interno ou pelas vias judiciais, como os demais atos administrativos do Executivo. Maria Sylvia Zanella di Pietro nos ensina que onde há a Administração Pública, existe ato administrativo.

Assim, ato administrativo é segundo Hely Lopes Meireles 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. Condição primeira para o surgimento do ato administrativo é que a Administração aja, nessa qualidade,

usando de sua supremacia de Poder Público, visto que algumas vezes nivela-se ao particular e o ato perde a característica administrativa, igualando-se ao ato jurídico privado. A segunda, é que contenha manifestação de vontade apta a produzir efeitos jurídicos para os administrados, para a própria Administração ou para seus servidores e a terceira, é que provenha de agente competente, com finalidade pública e revestindo de forma legal.¹

De acordo com o conceito de Hely Lopes Meireles, restringe-se apenas ao ato administrativo unilateral, ou seja, àquele que se forma com a vontade única da Administração, e que é o ato administrativo típico. Todavia, não se deve confundir quaisquer atos administrativos com atos da Administração. A administração pratica inúmeros atos que não interessa considerá-los como atos administrativos.

Para Maria Sylvia Zanella di Pietro estes atos são:

- a) Atos regidos pelo Direito Privado, como locação de imóvel para uma repartição pública;
- b) Atos materiais, como pavimentar uma rua, praticar uma operação cirúrgica por meio de um médico funcionário, etc.
- c) Atos de conhecimento, opinião, juízo ou valor, que não expressam uma vontade e não produzem efeitos jurídicos, por exemplo: atestados, certidões, pareceres, votos;
- d) Atos políticos ou atos de governo, em funções típicas como tomar a iniciativa de uma lei, ofertar um indulto, sancionar ou vetar uma lei, etc.
- e) Contratos
- f) Atos normativos, que abrangem os decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos;
- g) Atos administrativos propriamente ditos.²

O ato administrativo típico, portanto, é sempre manifestado pela vontade da Administração no desempenho de suas funções, o que o distingue de fato administrativo.

Celso Antonio Bandeira de Mello conceitua o ato administrativo como: declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 145.

² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 176.

concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional.³

Maria Sylvia leciona que pelo critério subjetivo, orgânico ou formal, ato administrativo é o que ditam os órgãos administrativos. E pelo critério material, ato administrativo é somente aquele praticado no exercício concreto da função administrativa, seja ele editado pelos órgãos administrativos, ou pelos órgãos judiciais e legislativos.⁴

2.2 FATOS ADMINISTRATIVOS

Fatos administrativos são todas as realizações materiais da Administração em cumprimento de alguma decisão administrativa, tal como a construção de uma estrada, ponte ou instalação de um serviço público, entre outros.

Um fato administrativo vem sempre depois de um ato administrativo. O fato administrativo apenas exterioriza materialmente o conteúdo do ato que lhe precedeu. O fato administrativo produz efeito jurídico no campo do direito administrativo. Caso o fato não produza efeitos jurídicos, ele é chamado de fato da administração.

2.3 ATRIBUTOS

Os atos administrativos, como emanção do Poder Público, trazem em si certos atributos que os distinguem dos atos jurídicos privados e lhes emprestam

³ DE MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p.356.

⁴ *Ibidem*. p. 178.

características próprias e condições peculiares de atuação. Para Regis Fernandes de Oliveira significa a presunção que fornece regularidade ao ato e não seus caracteres extrínsecos de perfeição.⁵

Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade Administrativa. Enquanto não sobrevier o pronunciamento de nulidade, os atos administrativos são tidos por válidos e operantes, quer para a Administração, quer para os particulares sujeitos ou beneficiários de seus efeitos. Em razão da presunção de legitimidade, transfere-se o ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem o invoca. Cuida-se da argüição de nulidade do ato, por vício formal ou ideológico, a prova do defeito apontado ficará sempre a cargo do impugnante, e até sua anulação o ato terá plena eficácia.

Decisão do STJ: "possuindo a atividade administrativa, em seu favor, uma presunção de legitimidade, cabe ao interessado pleitear judicialmente o restabelecimento da situação anterior" (RSTJ, a4 (30): 153-284, p. 220, rel. Min. Helio Mosimann).

Eficácia é a idoneidade que se reconhece ao ato administrativo para produzir seus efeitos. Um ato eficaz encontra-se apto para produzir seus efeitos finais, enquanto não for revogado.

Embora eficaz pode não ser exeqüível, por lhe faltar de verificação de uma condição suspensiva, como a prática de um ato complementar (aprovação, visto, homologação, julgamento de um recurso de ofício, etc.)

⁵ OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Ato administrativo*. 4 ed. São Paulo: RT, 2005. p.42.

Ato administrativo perfeito não é o que está apenas acabado (eficaz), mas sim completo (exeqüível). A perfeição do ato só se verifica pela soma da eficácia com a exeqüibilidade como, aliás, ocorre no direito processual em relação à sentença judicial, que, uma vez prolatada, é eficaz, mas só se torna exeqüível depois de passada em julgado.

A imperatividade é o atributo do ato administrativo que impõe a coercibilidade para seu cumprimento ou execução. Esse atributo não está presente em todos os atos, visto que alguns deles o dispensam por desnecessário à sua operatividade, uma vez que os efeitos jurídicos do ato dependem exclusivamente do interesse particular na sua utilização. Os atos, porém, que consubstanciam um provimento ou uma ordem administrativa (atos normativos, ordinatórios, punitivos) nascem sempre com a imperatividade, ou seja, com a força impositiva própria do Poder Público.

A auto-executoriedade consiste na possibilidade que certos atos administrativos ensejam de imediata e direta execução pela própria Administração, independentemente de ordem judicial. Ex: desapropriação.

As prestações tipicamente administrativas, principalmente as decorrentes do poder de polícia, podem ser exigidas e executadas imediata e diretamente pela Administração, sem necessidade de mandado judicial. Ex. interdições de atividades ilegais, embargos e demolições de obras clandestinas, inutilização de gêneros alimentícios impróprios para o consumo.

De outra forma, quando inscreve uma dívida, tornando-a ativa e possibilitando sua cobrança, não pode o Poder Público constranger o devedor a pagá-la.

Maria Sylvia Zanella di Pietro ainda acrescenta a tipicidade como um atributo do ato administrativo. Corresponde a figuras definidas previamente pela lei como

aptas a produzir determinados resultados. Para cada finalidade que a Administração pretende alcançar existe um ato definido em lei.⁶

2.4 ATOS DE GOVERNO E ATOS POLÍTICOS

Atos de governo e atos políticos não podem ser confundidos. Atos de governo são aqueles emitidos pelo Poder Executivo, visando a condução de políticas de execução das normas superiores do Estado, diretamente previstas na Constituição Federal. Por exemplo: têm-se o veto, a sanção, a nomeação dos ocupantes de cargos de confiança, a iniciativa do processo legislativo, os decretos de intervenção, de estado de sítio ou de defesa, e a edição de medida provisória.

Ao se considerar que os Poderes do Estado são poderes políticos, não é conveniente chamar de ato político o ato de governo. Vez que os atos do legislativo são puramente políticos, e não se confundem com os atos de governo, que são emanados do Executivo. Porém, assevera-se que os atos de governo têm uma forte densidade política. Portanto, ato político é gênero, do qual são espécies os atos legislativos e os de governo.

Os atos de governo são semelhantes aos atos administrativos, possuem os mesmos pressupostos e requisitos.

Já os atos políticos, pertencem aos atos constitucionais, são expedidos à nível infraconstitucional, preponderantemente no exercício das funções executiva e legislativa, de caráter geral, o que o diferencia dos atos administrativos que satisfazem interesses coletivos ou individuais, extinguindo, modificando ou reconhecendo direitos, podendo, por este motivo, serem revistos pelo Judiciário,

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 186.

mesmo quando estão formalmente dispostos na Constituição. Enquanto o ato político por ter o mesmo fundamento de validade (constitucional) do princípio da inafastabilidade, da jurisdição e das liberdades individuais, bem como ter sido conferido de forma incontestável a um dos Poderes do Estado, pelo Poder Constituinte originário, não poderá ser revisto pelo Poder Judiciário por violar o princípio da separação de funções também previsto como princípio constitucional inderrogável.⁷

2.5 REQUISITOS NECESSÁRIOS À SUA FORMAÇÃO

2.5.1 Competência

É a condição primeira de sua validade. Para Hely Lopes Meirelles nenhum ato (discricionário ou vinculado) pode ser realizado sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração.⁸

Diogenes Gasparini, por sua vez, nos ensina que o ato administração não surge *spont sua*. Deve ter um editor, que é o agente público. Há de ser o agente, além de tudo, competente para tal função, que será delegada mediante lei. Caso isto não ocorra, sofrerá as penalidades de um ato inválido.⁹

⁷ FERNANDES, Paula Fernanda Silva. *O controle jurisdicional do ato político*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4371> Acesso em 09/10/2007 às 18:34 min.

⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 147.

⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 59.

O professor Marçal Justen Filho conceitua a competência administrativa como a atribuição normativa da legitimação para a prática de um ato administrativo.¹⁰

2.5.2 Finalidade

É o objetivo de interesse público a atingir. Não se compreende ato administrativo sem fim público. Deriva do princípio constitucional da impessoalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal, *caput*.

Celso Antonio Bandeira de Mello chama de pressuposto teleológico do ato administrativo.

O ato administrativo desinformado de um fim público e, por certo, informado por um fim de interesse privado, é nulo por desvio de finalidade. Não pode o agente público praticar um ato visando o fim inerente a outro, mesmo que ambos sejam de sua competência e abriguem um interesse público. O ato administrativo que não observa essa exigência é nulo por desvio de finalidade.¹¹

2.5.3 Forma

É o revestimento exteriorizado do ato administrativo. Constitui requisito imprescindível à sua perfeição. Enquanto a vontade dos particulares pode manifestar-se livremente, e da Administração exige procedimentos especiais, a da Administração exige procedimentos especiais e forma legal para que se expresse validamente. Odete Medauar considera que a forma engloba tanto os modos de

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 195.

¹¹ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61.

expressar a decisão em si, quanto a comunicação e as fazes preparatórias, pois todos dizem respeito à exteriorização do ato, independentemente do conteúdo.¹²

A inexistência de forma leva à inexistência do ato, enquanto a sua inobservância leva à nulidade, consoante o disposto no art. 2º da Lei de Ação Popular.

2.5.4 Motivo ou Causa

É a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo. O motivo, como elemento integrante da perfeição do ato, pode vir expresso em lei, como ser deixado a critério do administrador. No primeiro caso será um elemento vinculado e no segundo, discricionário, quanto à sua existência e valoração. Da diversidade das hipóteses ocorrentes resultará a exigência ou a dispensa da motivação do ato.¹³

Dentro deste requisito, há que se ressaltar a Teoria dos Motivos Determinantes. Segundo Alexandre de Moraes, aplica-se a todos os atos

¹² MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 161.

¹³ MOTIVAÇÃO – Lei nº 9.784/99

Art. 50. Os administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

- I – neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;
- II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;
- III – decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;
- IV – dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;
- V – decidam recursos administrativos;
- VI – decorram de reexame de ofício;
- VII – importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantir dos interessados.

§3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

administrativos, pois, mesmo naqueles em que a lei não exija a obrigatoriedade de motivação, se o agente optar por motivá-los, não poderá alegar pressupostos de fato e de direito inexistentes.¹⁴

Esta teoria alimentada pela maioria dos doutrinadores administrativistas brasileiros, afirma que os motivos expostos pela administração que justificam a realização de determinado ato administrativo associam-se à validade da mesma, de forma que se o agente não estivesse obrigada a motivá-lo e mesmo assim a motivação fosse feita, o pressuposto de fato e de direito há que ser legítimo.

Odete Medauar conceitua como as circunstâncias de fato e os elementos de direito que provocam e precedem a edição do ato administrativo.¹⁵

A própria jurisprudência já vem reconhecendo a necessidade de motivação dos atos administrativos discricionários.¹⁶

¹⁴ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13 ed. São Paulo, Atlas: 2003. p. 310.

¹⁵ *Ibidem*. p. 162.

¹⁶ ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - REMOÇÃO - ATO NÃO MOTIVADO - NULIDADE - ART. 8º, INCISO I DA LEI ESTADUAL Nº 5.360/91 - PRERROGATIVA DE INAMOVIBILIDADE - INEXISTÊNCIA - PRECEDENTES – RECURSO PROVIDO.

I - O princípio da motivação possui natureza garantidora quando os atos levados a efeito pela Administração Pública atingem a seara individual dos servidores. Assim, a remoção só pode ser efetuada se motivada em razão de interesse do serviço. Precedentes.

II - O art. 8º, inciso I da Lei Estadual nº 5.360/91 não impede que o servidor por ela regido seja removido. Não se cogita de inconstitucionalidade da expressão "fundamentada em razão do interesse do serviço" nele contida.

III - No caso dos autos, o ato que ordenou as remoções encontra-se desacompanhado do seu motivo justificador. Conseqüentemente, trata-se de ato eivado de nulidade por ausência de motivação, que desatende àquela regra específica que rege os Agentes Fiscais da Fazenda Estadual.

IV - Recurso provido. (STJ, Relator Min. Gilson Dipp, RMS 12856/PB, 5ª Turma, DJ 01 jul. 2004, p. 214)

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - TRANSFERÊNCIA DE SERVIDOR PÚBLICO - ATO DISCRICIONÁRIO - NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO – RECURSO PROVIDO.

1. Independentemente da alegação que se faz acerca de que a transferência do servidor público para localidade mais afastada teve cunho de perseguição, o cerne da questão a ser apreciada nos autos diz respeito ao fato de o ato ter sido praticado sem a devida motivação.

2. Consoante a jurisprudência de vanguarda e a doutrina, praticamente, uníssona, nesse sentido, todos os atos administrativos, mormente os classificados como discricionários, dependem de motivação, como requisito indispensável de validade.

3. O Recorrente não só possui direito líquido e certo de saber o porquê da sua transferência "ex officio", para outra localidade, como a motivação, neste caso, também é matéria de ordem pública, relacionada à própria submissão a controle do ato administrativo pelo Poder Judiciário.

4. Recurso provido. (STJ, Relator Min. Paulo Medina, RMS 15459/MG, 6ª Turma, DJ 16 mai. 2005 p. 417)

Para Marçal Justen Filho motivo é a causa jurídica eleita pelo agente para produzir os efeitos jurídicos.¹⁷

2.5.5 Objeto

É a criação, modificação ou comprovação de situações jurídicas concernentes a pessoas, coisas ou atividades sujeitas à ação do Poder Público. Não necessariamente constitui elemento vinculado, o administrador público poderá determinar, no ato discricionário, com base na conveniência e oportunidade.

Objeto, na opinião de Diogenes Gasparini é alguma coisa sobre a qual incide o conteúdo do ato administrativo. Assim, um ato administrativo que abona as faltas dos servidores, verificadas em razão da greve nos serviços metroviários, tem por objeto as faltas ocorridas.¹⁸

2.5.6 Mérito Administrativo

Mérito do ato administrativo não é considerado requisito para a formação do ato, mas tem implicações com o motivo e o objeto do ato, e conseqüentemente, com as suas condições de validade e eficácia.

O mérito administrativo consubstancia-se, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar.

¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 195

¹⁸ GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 61.

Nos atos vinculados não há que se falar em mérito, visto que toda a atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais.

Quanto ao mérito administrativo a Administração decide livremente, e sem possibilidade de correção judicial, salvo quando seu proceder caracterizar excesso ou desvio de poder.

2.6 PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO

É a sucessão ordenada de operações que propiciam a formação de um ato final objetivado pela Administração.

Ocorre a existência de uma série de atos necessariamente interligados, tendo em vista a obtenção de um final. Exemplo de um procedimento típico é o da concorrência, visto que a adjudicação da obra ou serviço ao melhor proponente (objetivo da Administração) precede operações intermediárias (atos procedimentais: edital, verificação de idoneidade, julgamento) necessárias à efetivação da adjudicação (ato final). Não se confunde, todavia, o procedimento administrativo com ato administrativo complexo, nem com o ato administrativo composto, senão, vejamos:

Procedimento administrativo é o encadeamento de operações que propiciam o ato final. Já o ato complexo é, diversamente, o que resulta da intervenção de dois ou mais órgãos administrativos para obtenção de um ato final. Por exemplo, a investidura de um funcionário é ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo Chefe do Executivo e complementada pela posse e exercício dados pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado. Por fim, ato composto é o que se

apresenta com um ato principal e com um ato complementar que o ratifica ou aprova (ex.: autorização que dependa do visto de uma autoridade superior).

2.7 CLASSIFICAÇÃO

2.7.1 Quanto ao seu Regramento

Atos vinculados ou regradados são aqueles para os quais a lei estabelece os requisitos e condições de sua realização. Lei no sentido *latu sensu*. A ação do administrador fica adstrita aos pressupostos estabelecidos pela norma legal para a validade da atividade.

Desatendido qualquer requisito, compromete a eficácia do ato praticado, tornado-se passível de anulação pela própria Administração, ou pelo Judiciário, se assim o requerer o interessado.

Na prática de tais atos o Poder Público se sujeita às indicações legais ou regulamentares e delas não se pode afastar ou desviar sem viciar irremediavelmente a ação administrativa.

Atos discricionários são os que a Administração pode praticar com liberdade de escolha de seu conteúdo, de seu destinatário, de sua conveniência, de sua oportunidade e do modo de sua realização.

Em adequação a expressão (o certo é falar-se em poder discricionário) A rigor, a discricionariedade não se manifesta no ato em si, mas sim no poder de a Administração praticá-lo, porém, a expressão está consagrada na doutrina e na jurisprudência.

Distinção entre ato discricionário e ato arbitrário: discricção é a liberdade de ação dentro dos limites legais; arbítrio é ação contrária ou excedente da lei. O poder discricionário não autoriza nem legitima medidas arbitrárias.

A jurisprudencia manifestou-se da seguinte maneira:

A competência discricionária não se exerce acima ou além da lei, senão, como toda e qualquer atividade executória, com sujeição a ela. O que se distingue da competência vinculada é a maior mobilidade de que a lei enseja ao executor no exercício, e não na liberação da lei. Enquanto ao praticar o ato administrativo vinculado a autoridade está presa a lei em todos os seus elementos (competência, motivo, objeto, finalidade e forma), no praticar o ato discricionário é livre (dentro de opções que a própria lei prevê) quanto à escolha dos motivos (oportunidade e conveniência) e do objeto (conteúdo). Entre praticar o ato ou dele se abster, entre praticá-lo com este ou aquele conteúdo (p. ex: advertir apenas ou proibir), ela é discricionária. Porém, no que concerne à competência, à finalidade e à forma, o ato discricionário está tão sujeito aos textos legais como qualquer outro. (TJRN, Relator Des. Seabra Fagundes, RDA 14/52, 6ª Turma, DJ 16 mai. 2005 p. 417)

2.7.2 Quando a Formação do Ato ¹⁹

Ato simples é o que resulta da manifestação de vontade de um único órgão, unipessoal ou colegiado. Não importa o número de pessoas que participam da formação do ato; o que importa é a vontade unitária que expressam para dar origem, a final, ao ato colimado pela Administração. Tanto é ato simples o despacho de um chefe de seção como a decisão de um conselho de contribuintes.

Ato complexo é o que se forma pela conjugação de vontades de mais de um órgão administrativo. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a formação de um ato único. Ex: a investidura de um funcionário é um ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo Chefe do

¹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 200.

Executivo e complementado pela posse e exercício dados pelo Chefe da repartição em que vai servir o nomeado. O ato complexo só se aperfeiçoa com a integração da vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial.

Diferencia-se do procedimento administrativo na qual se praticam atos intermediários e autônomos para obtenção de um ato final e principal. Ex. concorrência é um procedimento administrativo, o ato final e principal (adjudicação da obra ou do serviço) é precedido de vários atos autônomos e intermediários (edital, verificação de idoneidade, julgamento das propostas), até chegar-se ao resultado pretendido pela Administração. O procedimento administrativo é impugnável em cada uma de suas fases, embora o ato final se torne perfeito após a prática do último ato formativo.

Ato composto é o que resulta da vontade única de um órgão, mas depende da verificação por parte de outro, para se tornar exeqüível. Ex: autorização que dependa do visto de uma autoridade superior. Em tal caso a autorização é o ato principal e o visto é o complementar que lhe dá exequibilidade.

2.7.3 Quanto ao Conteúdo²⁰

Ato constitutivo é o que cria uma nova situação jurídica individual para seus destinatários. Ex. licenças, as nomeações de funcionários, as sanções administrativas

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 168.

Ato extintivo ou desconstitutivo é o que põe termo a situações jurídicas individuais. Ex. cassação de autorização, a encampação de serviço de utilidade pública.

Ato declaratório é o que visa a preservar direitos, reconhecer situações preexistentes ou, mesmo possibilitar seu exercício. Ex. apostila de nomeação, a expedição de certidões.

Ato alienativo é o que opera a transferência de bens ou direitos de um titular a outro (em geral dependem de autorização legislativa).

Ato modificativo é o que tem por fim alterar situações preexistentes, em suprimir direitos ou obrigações. Ex. alteração de horários, percursos, locais de reunião e outras situações anteriores estabelecidas pela Administração.

Ato abdicativo é aquele pelo qual o titular abre mão de um direito, (em caráter incondicionado e irrevogável). Ex. as renúncias de crédito- depende de lei.

2.7.4 Quanto à Eficácia²¹

Ato válido é o que provém de autoridade competente para praticá-lo e contém todos os requisitos necessários à sua eficácia (pode não ser exequível, por pendente de condição suspensiva ou termo não verificado).

Ato nulo é o que nasce afetado de vício insanável por ausência ou defeito substancial em seus elementos constitutivos ou no procedimento formativo. O ato é ilegítimo ou ilegal e não produz qualquer efeito válido entre as partes. A nulidade deve ser reconhecida e proclamada pela Administração ou pelo Judiciário. Essa declaração opera *ex tunc*, isto é, retroage às suas origens e alcança todos os seus

²¹ Ibidem, p. 169.

efeitos passados, presentes e futuros em relação às partes, só se admitindo exceção para com os terceiros de boa-fé, sujeitos às suas conseqüências reflexas.

Atos inexistentes são o que têm aparência de manifestação regular da Administração, mas não chega a se aperfeiçoar como ato administrativo. É o que ocorre, por ex., com o ato praticado por um usurpador de função pública. Tais atos equiparam-se, em nosso Direito, aos atos nulos, sendo assim, irrelevantes e sem interesse prático a distinção entre nulidade e inexistência, porque ambas conduzem ao mesmo resultado – a invalidade – e se subordinam às mesmas regras de invalidação. Ato inexistente ou ato nulo é ato ilegal e imprestável, desde o seu nascedouro.

2.7.5 Quanto à Exeqüibilidade²²

Ato perfeito é aquele que reúne todos os elementos necessários à sua exeqüibilidade ou operatividade, apresentando-se apto e disponível para produzir seus regulares efeitos.

Ato imperfeito é o que se apresenta incompleto na sua formação ou carente de um ato complementar para tornar-se exeqüível e operante.

Ato pendente é aquele que, embora perfeito, por reunir todos os elementos de sua formação, não produz seus efeitos, por não verificado o termo ou a condição de que depende sua exeqüibilidade ou operatividade. O ato pendente pressupõe sempre um ato perfeito, visto que antes de sua perfectibilidade não pode estar com efeitos suspensos.

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 171.

Ato consumado é o que produziu todos os seus efeitos, tornando-se por isso mesmo, irretroatável ou imodificável por lhe faltar objeto.

2.7.6 Quanto à Retratabilidade ²³

Ato irrevogável é aquele que se tornou insuscetível de revogação (não confundir com anulação), por ter produzido seus efeitos ou gerado direito subjetivo para o beneficiário ou, ainda, por resultar de coisa julgada administrativa. A tendência moderna é considerar-se a irrevogabilidade do ato administrativo como regra e a revogabilidade como exceção, para dar-se cada vez mais estabilidade às relações entre a Administração e os administrados.

Ato revogável é aquele que a Administração, e somente ela, pode invalidar, por motivo de conveniência, oportunidade ou justiça (mérito administrativo). Se o ato for ilegal não enseja revogação, mas sim anulação. A revogação só atua *ex nunc*.

Ato suspensível é aquele em que a Administração pode fazer cessar os seus efeitos, em determinadas circunstâncias ou por certo tempo, embora mantendo o ato, para oportuna restauração de sua operatividade.

2.7.7 Quanto ao Modo de Execução

Auto-executório é aquele que traz em si a possibilidade de ser executado pela própria Administração, independentemente de ordem judicial.

Ato não auto-executório é o que depende de pronunciamento judicial para produção de seus efeitos, tal como ocorre com a dívida fiscal, cuja execução é feita

²³ Ibidem, p. 174.

pelo Judiciário, quando provocado pela Administração interessada na sua efetivação.

2.7.8 Quanto ao Objetivo Visado pela Administração ²⁴

Ato principal é o que encerra a manifestação de vontade final da Administração. O ato principal pode resultar de um único órgão (ato simples), ou da conjugação de vontades de mais de um órgão (ato complexo) ou, ainda, de uma sucessão de atos intermediários (procedimento administrativo).

Ato complementar é o que aprova ou ratifica o ato principal, para dar-lhe exeqüibilidade. O ato complementar atua como requisito de operatividade do ato principal, embora este se apresente completo em sua formação desde o nascedouro.

Ato intermediário ou preparatório é o que concorre para a formação de um ato principal e final. Ex. concorrência, são atos intermediários o edital, a verificação de idoneidade e o julgamento das propostas, porque desta sucessão é que resulta o ato principal e final objetivado pela Administração, que é a adjudicação da obra do serviço ao melhor proponente. O ato intermediário é sempre autônomo em relação aos demais e ao ato final, razão pela qual pode ser impugnado e invalidado isoladamente (o que não ocorre com o ato complementar), no decorrer do procedimento administrativo.

Ato condição é todo aquele que se antepõe a outro para permitir a sua realização. O ato-condição destina-se a remover um obstáculo à prática de certas atividades públicas ou particulares, para quais se exige a satisfação prévia de

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 205.

determinados requisitos. Ex. concurso é ato-condição da nomeação efetiva; a concorrência é ato-condição dos contratos administrativos. A ausência do ato-condição invalida o ato final.

Ato de jurisdição ou jurisdicional é todo aquele que contém decisão de matéria controvertida. No âmbito da Administração, resulta, normalmente, da revisão de ato inferior pelo superior hierárquico ou tribunal administrativo, mediante provocação ou de ofício

2.7.9 Quanto aos seus Efeitos²⁵

Ato constitutivo é aquele pelo qual a Administração cria, modifica um direito do administrado ou de seus servidores.

Ato desconstitutivo é aquele que desfaz uma situação jurídica preexistente. Geralmente vem precedido de um processo administrativo com tramitação idêntica à do que deu origem ao ato a ser desfeito.

Ato de constatação é aquele que pelo qual a Administração verifica e proclama uma situação fática ou jurídica ocorrente. Seus efeitos são meramente verificativos.

2.7.10 Quanto ao seu Objeto²⁶

Atos de império (ou de autoridade) são todos aqueles que a Administração pratica usando de sua supremacia sobre o administrado ou servidor e lhes impõe obrigatório atendimento. Ex. desapropriações, interdições de atividade.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 173.

²⁶ *Ibidem*, p. 178.

São sempre unilaterais, expressando a vontade onipotente do Estado e seu poder de coerção. Normalmente revogáveis e modificáveis a critério da Administração que os expediu.

Atos de gestão são aqueles que a Administração não utiliza a coerção sobre os interessados. Ex. atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares.

Atos de expediente são todos aqueles que se destinam a dar andamento aos processos e papéis que tramitam pelas repartições públicas, preparando-os para decisão de mérito a ser proferida pela autoridade competente. Geralmente são praticados por servidores subalternos, sem competência decisória.

2.7.11 Quanto ao seu Alcance

Atos internos são os destinados a produzir efeitos no recesso das repartições administrativas, e por isso mesmo incidem, normalmente, sobre os órgãos e agentes da Administração que os expediram. Não produzem efeito em relação a estranhos. Ex. portarias e instruções ministeriais.

Não dependem de publicação no órgão oficial para sua vigência, bastando a cientificação direta aos destinatários ou a divulgação na repartição. Estes atos vêm sendo utilizados distorcidamente pelas altas autoridades do Executivo impondo obrigações para os contribuintes, assim, torna-se imprescindível a sua divulgação externa.

Atos externos (ou atos de efeitos externos) são aqueles que alcançam os administrados e, em certos casos, os próprios servidores, provendo sobre seus direitos, obrigações, negócios ou conduta perante a Administração. Só entram em

vigor ou execução depois de oficialmente publicado, em razão do interesse público no seu conhecimento

2.7.12 Quanto aos seus Destinatários²⁷

Atos gerais são aqueles expedidos sem destinatários determinados, com finalidade normativa, alcançando todos os sujeitos que se encontrem na mesma situação de fato abrangida por seus preceitos.

São atos de comando abstrato e impessoal, por isso mesmo, revogável a qualquer tempo pela Administração, mas inatacáveis por via judicial, a não ser pelo questionamento da constitucionalidade (art. 102, I, "a", da CF). Ex: regulamentos, instruções normativas e circulares ordinatórias de serviços.

Tem as seguintes características: prevalecem sobre os atos individuais (um decreto individual não pode contrariar um decreto geral ou regulamentar em vigor- o ato normativo tem preeminência sobre o ato específico).

E quando de efeitos externos, dependem de publicação no órgão oficial.

Atos individuais (ou especiais) são todos aqueles que se dirigem aos destinatários certos, criando-lhes situação jurídica particular. Ex. decretos de desapropriação, de nomeação, demissão, tombamento, outorga de licença, permissão e autorização, e outros mais que conferem um direito ou impõe um encargo a determinado administrado ou servidor.

Quando geram direitos adquiridos tornam-se irrevogáveis (súmula 473 do STF).

²⁷ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. 1ª Edição. 2ª Tiragem. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

Esses atos, por proverem situações especificadas e concretas, admitem anulação pela própria Administração, ou pelas vias judiciais comuns (ações ordinárias) ou especiais (mandado de segurança e ação popular), se praticados ilegalmente ou com lesão ao patrimônio público.

2.8 INVALIDAÇÃO E SEUS EFEITOS

A administração pode desfazer seus próprios atos por considerações de mérito e ilegalidade. Donde se dizer que a Administração controla seus próprios atos em toda plenitude, isto é, sob os aspectos da oportunidade, conveniência, justiça, conteúdo, forma, finalidade, moralidade e legalidade.

A invalidação dos atos administrativos inconvenientes, inoportunos ou ilegítimos constitui tema de alto interesse tanto para a Administração como para o Judiciário.

O controle dos atos administrativos se dá: internamente pela própria Administração ou externamente, pelo Poder Judiciário.

A Administração pode desfazer seus próprios atos por considerações de mérito e de ilegalidade, ao passo que o Judiciário só os pode invalidar quando ilegais. Os meios de invalidação são: revogação e anulação. A Administração revoga ou anula o seu próprio ato; o Judiciário somente anula o ato administrativo. Isto porque a revogação é o desfazimento do ato por motivo de conveniência ou oportunidade da Administração, ao passo que a anulação é a invalidação por motivo de ilegalidade do ato administrativo.

Observa-se a Súmula 473 do STF "A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se

originam direitos; ou revogá-los, por motivos de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

2.8.1 Invalidação pela Revogação

É a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração Pública – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência. Toda revogação pressupõe, portanto, um ato legal e perfeito, mas inconveniente ao interesse público. Se o ato for ilegal ou ilegítimo não ensejará revogação, mas, sim, anulação. A revogação funda-se no poder discricionário de que dispõe a Administração para rever sua atividade interna e encaminhá-la adequadamente à realização de seus fins específicos. Essa faculdade revogadora é reconhecida e atribuída ao Poder Público, como implícita na função administrativa. Os efeitos da revogação de um ato administrativo não retroagem às suas origens. Isto significa que a revogação só surte efeito a partir da sua declaração por meio de outro ato administrativo que revogará o ato inconveniente para a administração pública. É o que chamamos de efeito *ex nunc*. Segundo conceitua Hely Lopes Meirelles: Revogação é a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz, realizada pela Administração – e somente por ela – por não mais lhe convir sua existência.²⁸

2.8.2 Invalidação pela Anulação

É a declaração de invalidade de um ato administrativo ilegítimo e ilegal, feita pela própria Administração ou pelo Poder Judiciário. Baseia-se, portanto, em razões

²⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 200.

de legitimidade ou legalidade, diversamente da revogação, que se funda em motivos de conveniência ou de oportunidade e, por isso mesmo, é privativa da Administração. Os efeitos da anulação dos atos administrativos retroagem às suas origens, invalidando as conseqüências passadas, presentes e futuras do ato anulado. É importante ressaltar que este ato gera efeitos no mundo jurídico, mas não cria situações jurídicas definitivas. É o efeito *ex tunc*.

Com relação ao prazo a doutrina tem sustentado que não há prazo para anulação do ato administrativo, mas a Jurisprudência vem atenuando o rigor dessa afirmativa, para manter atos ilegítimos praticados e operantes há longo tempo e que já produziram efeitos perante terceiros de boa-fé. Esse entendimento jurisprudencial arrima-se na necessidade de segurança e estabilidade jurídica na atuação da Administração.

Os efeitos da anulação são que retroagem às suas origens (*opera ex tunc*). Essa regra, porém, é de ser atenuada e excepcionada para com terceiros de boa-fé alcançados pelos efeitos incidentes do ato anulado, uma vez que está amparada pela presunção de legitimidade que acompanha toda atividade da Administração Pública. Ex. quando anulada uma nomeação de servidor, deverá ele, se estiver de má-fé, repor os vencimentos percebidos ilegalmente, mas permanecem válidos os atos por ele praticados no desempenho de suas atribuições funcionais, porque os destinatários de tais atos são terceiros em relação ao ato nulo. O mesmo ocorre quando um suplente é convocado ilegalmente para integrar uma corporação legislativa e posteriormente vem a ser anulada a sua convocação: perde ele as vantagens pessoais do exercício da legislatura, mas permanecem válidas as leis e resoluções de cuja votação participou, ainda que seu voto tenha sido decisivo nas deliberações do plenário.

2.8.2.1 Anulação pela própria Administração

Constitui a forma normal de invalidação de atividade ilegítima do Poder Público. Essa faculdade assenta no poder de autotutela do Estado. É uma justiça interna, exercida pelas autoridades administrativas em defesa da instituição e da legalidade de seus atos.

2.8.2.2 Anulação pelo Poder Judiciário

Os atos administrativos nulos ficam sujeitos não só pela própria Administração como, também, pelo Poder Judiciário, desde que levados à sua apreciação pelos meios processuais cabíveis que possibilitem o pronunciamento anulatório.

Controle judicial dos atos administrativos é unicamente de legalidade, mas nesse campo a revisão é ampla, em face dos preceitos constitucionais: art. 5 XXXV; art. 5º LXIX e LXX; art. 5º, LXXIII.

2.8.3 Invalidação pela Caducidade

É a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz por uma questão de lapso temporal ou quando um tipo de atividade se torna ilegal. Geralmente acontece de forma automática. Por exemplo, a invalidação de uma licença haja vista ter expirado o seu prazo de validade. Tem efeito ex nunc.

2.8.4 Invalidação pela Cassação

É a supressão de um ato administrativo legítimo e eficaz por uso indevido, ou seja, desvio do objeto para qual o ato foi emitido. Podemos citar, por exemplo, a cassação de uma licença de funcionamento, haja vista o detentor do documento não cumpriu as regras estabelecidas pela administração pública. Tem efeito ex nunc.

2.9 CONVALIDAÇÃO

É a declaração de validade de um ato administrativo ilegítimo e ilegal, feito pela própria Administração com efeito ex tunc. Esta atividade opera dentro do poder discricionário da administração pública e acontece quando o requisito de validade que lhe falta não é essencial para a validade do ato. É importante ressaltar que a convalidação é um ato administrativo. Ele não opera automaticamente, sendo necessário um ato para formalmente convalidar outro ato. A Lei 9.784/99, em seu artigo 55, fala em “efeito sanável”. De acordo com a maioria dos doutrinadores, estes requisitos sanáveis seriam dois: a competência, quando o ato preenche os demais requisitos de validade faltando-lhe apenas a competência. Este vício pode ser sanado por meio de uma ratificação por parte da autoridade competente e a forma, quando esta não é essencial para a sua validade e o ato atingir o objetivo. Assim, a falta do requisito da forma poderá ser relevada pela administração.

3 PODER DISCRICIONÁRIO

3.1 PODERES E DEVERES DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

A ordem jurídica confere aos agentes públicos certas prerrogativas ao administrador público para a consecução dos interesses público. Essas prerrogativas decorrem de lei, sempre observando os princípios inerentes a Administração Pública. Os poderes administrativos nada mais são do que as prerrogativas concedidas a Administração, são proporcionais aos encargos que lhes são atribuídos e que se constituem em seus verdadeiros instrumentos de trabalho para realização de suas tarefas, razão porque são chamados de poderes instrumentais, e se distinguem do poder político que é expresso em lei e imposto pela moral administrativa e pelo interesse da coletividade.

Além dos poderes, o administrador público atua com certos deveres para com a comunidade e para com os indivíduos, no sentido de que quem o detém está sempre na obrigação de exercitá-los.

Os principais deveres da Administração Pública serão analisados a seguir.

3.1.1 Poder-Dever de Agir

Trata-se de um poder-dever reconhecido tanto pela doutrina como pela jurisprudência. O atendimento do interesse público é um dever de agir. Enquanto no Direito Privado o dever de agir é mera faculdade, no Direito Público é uma imposição.

Segundo Hely Lopes Meirelles: se para o particular o poder de agir é uma faculdade, para o administrador público é uma obrigação de atuar, desde que se apresente o ensejo de exercitá-lo em benefício da coletividade.²⁹

Para Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo há duas decorrências deste poder:

1) os poderes administrativos são irrenunciáveis, devendo ser obrigatoriamente exercidos pelos titulares; 2) a omissão do agente, diante de situações que exigem sua atuação, caracteriza abuso de poder, que poderá ensejar, até mesmo, responsabilidade civil da Administração.³⁰

3.1.2 Dever de Eficiência

É aquele que se mostra na atual necessidade de tornar mais qualitativa a atuação administrativa, no intuito de se imprimir à atuação do administrador público maior celeridade, perfeito, coordenação, técnica, controle etc. Está atrelado a todos os níveis da Administração.

Com o advento da Emenda Constitucional nº19 de 1998 esse dever tornou princípio expresso, com o objetivo de aperfeiçoar a administração pública.³¹

3.1.3 Dever de Probidade

Dever de honestidade e moralidade na conduta do administrador público como elemento necessário à legitimidade de seus atos. Diz o artigo 37, §4º da CF que: “os

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 112.

³⁰ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p.123.

³¹ *Ibidem*, p. 124.

atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e graduação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

3.1.4 Dever de Prestar Contas

É decorrência natural da administração, como encargo de gestão de bens e interesses alheios. A prestação de contas não se refere apenas aos dinheiros públicos, à gestão financeira, mas a todos os atos de governo e de administração.

Para Hely Lopes Meirelles a regra é universal: quem goze de dinheiro público ou administra bens ou interesses da comunidade em geral deve prestar contas ao órgão competente para a fiscalização.³²

3.2 PODERES DO ESTADO

O Estado é dotado de poderes políticos, exercidos pelo Legislativo, pelo Judiciário e pelo Executivo, no desempenho de suas funções constitucionais, e de poderes administrativos, que surgem secundariamente com a Administração e se efetivam de acordo com as exigências do serviço público e com os interesses da comunidade. São poderes dotados pela Administração Pública para bem atender ao interesse. São todos classificados como “poderes instrumentais” já que se destinam a tornar viáveis as tarefas administrativas. De acordo com o autor Marcus Vinicius

³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 115.

Correa Bittencourt³³, para que a administração pública possa tutelar adequadamente os interesses coletivos, o regime jurídico administrativo confere a ela determinadas prerrogativas que se apresentam como poderes administrativos. Nascem com a Administração e se apresentam diversificados segundo as exigências do serviço público, o interesse da coletividade e os objetivos a que se dirigem. Os poderes se inspiram no princípio da indisponibilidade e no princípio da supremacia do interesse público.

Para José dos Santos Carvalho Filho é o conjunto de prerrogativas de direito público que a ordem jurídica confere aos agentes administrativos para o fim de permitir que o Estado alcance seus fins.³⁴

Os principais poderes serão a seguir analisados.

3.2.1 Vinculado

É aquele que a lei confere à Administração Pública para a prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização.

Os atos são vinculados quando aos requisitos da competência, finalidade e forma. Os atos ditos vinculados também o são quanto aos requisitos motivo e objeto, ou seja, não cabe à Administração Pública tecer considerações de oportunidade e conveniência quanto a sua prática e nem escolher seu conteúdo. O poder vinculado apenas possibilita à Administração executar o ato vinculado nas estritas hipóteses legais e observando o conteúdo rigidamente estabelecido na lei. O ato que se desvie

³³ BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. *Manual de direito administrativo*. 1 ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p. 80.

³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 33.

minimamente dos requisitos minuciosamente previstos na lei será nulo e caberá à Administração ou ao Poder Judiciário declarar sua nulidade.³⁵

3.2.2 Discricionário

É aquele que a lei confere à Administração Pública, de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência (utilidade), oportunidade (ocasião) e conteúdo. Será melhor analisado em tópico específico.

3.2.3 Hierárquico

É o critério para organização de toda a estrutura da Administração Pública. É o vínculo que une os entes integrantes da estrutura da Administração, graduando a competência de cada um e instituindo relação de coordenação e de subordinação. É o elemento agregador. Os entes administrativos (Pessoas Jurídicas, órgãos, agentes – pessoa física) são todos unidos pela hierarquia. A coordenação é a relação de mesmo nível hierárquico (ex: autarquia e fundação pública). Já a subordinação é quando um manda em outro. A lei é hierarquicamente inferior a CF, trata-se de condição de validade. Os poderes que nascem da hierarquia, só terão lugar na relação de subordinação.

Deste exercício da hierarquia decorrem prerrogativas do superior para o subordinado, de dar ordens, fiscalizar, rever, delegar e avocar.

³⁵ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p.128.

Salvo quando manifestamente ilegal, o servidor público deverá acatar e obedecer às ordens do seu superior hierárquico, conforme expresso no art. 116, IV e XII da Lei 8.112/90.

Pelo poder de fiscalização, cabe ao superior hierárquico estar atento aos atos praticados pelos subordinados, com o intuito de corrigi-los sempre que forem desviados os fins legais.

O poder revisão é dado ao superior hierárquico para rever os atos praticados por seus subordinados, confirmando-os ou reformando-os dentro do poder de revisão, há o poder recursal, também devolve ao superior hierárquico a apreciação do que já foi visto pelo subordinado. Como é espécie, trata-se de figura mais específica só se exerce por meio de provocação (é a regra) e sofre limitação objetiva – limite do objeto – devolve a matéria que foi objeto do recurso – a lei de processo administrativo permite a chamada “reformatio in pejus” no seu art. 65. É a reforma para agravar a situação do recorrente. Deve abrir prazo de 05 dias para um adendo às razões recursais, manifestando-se sobre a possibilidade de agravamento da situação.

O poder de avocar a competência é aquele na qual o superior hierárquico traz para o seu exercício uma parcela de competência de seu subordinado.

O poder de delegar é aquele cujo exercício pode ser entregue ao subordinado pelo superior. É a entrega do exercício de uma parcela de sua competência.

As duas causas de alteração do exercício da competência têm características em comum. São excepcionais e por isso tem aplicação restrita pois importam exercício da competência distinta da previsão legal. Porque a lei dá a competência e há um exercício diferente. Desse caráter, nascem outros: a) não são admitidos nos casos de competência exclusiva – é aquela que se afirma com exclusão das outras;

b) ambas importam alteração apenas do exercício, jamais da titularidade da competência; c) não são admitidas se delas puder decorrer prejuízo a ninguém.

3.2.4 Regulamentar

Nasce do conceito de norma, que não é o mesmo que a definição de lei. Lei é um amontoado de palavras. É uma forma vazia, que recebe o sentido quando for usada. Cada sentido da palavra que compõe o texto de lei é a norma. Geralmente em controle de constitucionalidade o STF analisa a norma e não o texto legal.

O poder normativo é o poder de fazer a norma e não a lei, que é competência do Poder Legislativo. A linha divisória entre poder normativo e poder legislativo é o princípio da reserva legal. Somente a lei pode criar obrigações ou majorá-las, jamais a norma. Por isso o poder normativo não pode criar obrigações que a lei ainda não previu. Pode haver um aumento de interesses e reconhecer direitos. O poder normativo depende de previsão legal. É hierarquicamente subordinado ao Poder Legislativo. A atuação da Administração Pública (desempenhando função administrativa) na maioria das vezes é *infra legis*. Em algumas vezes quando a lei não reconhece um direito, será *praeter legis* – preenchendo lacunas da lei. Porém a atuação nunca poderá ser *supra legis*.

3.2.5 Disciplinar

É o poder dado ao superior hierárquico para punir seus subordinados quando cometam faltas funcionais (dependem de processo). É diferente de poder de polícia, apesar de ambos estarem relacionados com punição somente mediante processo.

Porém o poder de polícia decorre da supremacia, ou seja, pode ser realizado contra qualquer particular. Já o poder disciplinar somente está ligado a quem está vinculado a Administração Pública. Trata-se de falta funcional. Nos Estatutos dos Servidores há um elenco de deveres e funções – a falta funcional decorre do descumprimento de um dever ou quando não se observa uma proibição, gera um processo que poderá resultar numa punição.

3.2.6 De Polícia

O Código Tributário Nacional, em seu art. 78 conceitua poder de polícia:

Art. 78. Considera-se poder de polícia a atividade da Administração Pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas, dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos

Para Hely Lopes Meirelles o poder de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado.³⁶

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo dão alguns exemplos da atuação do poder de polícia:

- a) A regulação dos mercados de títulos e valores mobiliários, assunto de interesse nacional, compete à União. A esta cabe, portanto, sua fiscalização, a qual é exercida pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

³⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 127.

- b) A edição de normas pertinentes à prevenção de incêndios compete à esfera estadual. Assim, o exercício do poder de polícia relativo ao cumprimento dessas normas será efetivado, mediante concessão de licenças para construção ou funcionamento ou ainda interdição de obras ou edificações irregulares, pelo poder público dos Estados (e DF), por meio dos respectivos Corpos de Bombeiros.
- c) A competência para o planejamento e controle do uso e ocupação do solo urbano compete aos municípios (e DF). A estes cabe, por conseguinte, o exercício das atividades de polícia relacionada à concessão de licenças de localização e funcionamento de estabelecimentos industriais e comerciais, concessão de alvarás, habite-se etc.³⁷

São espécies de poder de polícia: o poder de polícia administrativa que incide sobre os bens, direitos e atividades. É inerente e se difunde por toda a Administração Pública. E o poder de polícia judiciária que é aquele que atua na manutenção da ordem pública, agindo sobre as pessoas, individualmente ou indiscriminadamente. É um poder privativo de determinados órgãos (Polícias Civis) ou corporações (Polícias Militares).

3.3 PODER DISCRICIONÁRIO

3.3.1 – Breve Evolução Histórica

Até o século XIX na França vigorava a idéia que os atos administrativos eram insuscetíveis de qualquer análise pelo Poder Judiciário. Em meados de 1908, a mais

³⁷ ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2002. p.142.

alta corte francesa de justiça proferiu decisão no sentido de que não haveria mais atos totalmente livres, exigia-se a observância de regras de competência e forma.

Posteriormente passou-se a entender que o poder discricionário era a liberdade de apreciação, porém devendo ser observado o interesse público. Na França criou-se a figura do vício do ato administrativo por desvio de poder ou desvio de finalidade. Admitiu-se, portanto, a apreciação do Poder Judiciário conforme o fim do ato.

A partir do final do século XX, com a idéia de intervenção estatal, ampliaram-se o número de atividades administrativas. Neste contexto, surge então uma maior preocupação com a atuação discricionária do Estado. Nas palavras de Odete Medauar, formulando-se ressalvas às concepções clássicas e buscando-se nova disciplina, para que torne o mais objetiva possível, imparcial e, em certa maneira, controlável. Um dos resultados dessa preocupação situa-se no tratamento doutrinário e jurisprudencial que circunscreve e direciona o exercício do poder discricionário com base em diversos parâmetros.³⁸

3.3.2 Conceito

A lei por si só não é capaz de elencar todas as ações dos agentes administrativos. Por mais que procure definir restrições a sua atuação, ainda assim, deixa em várias situações que a lei ofereça a possibilidade de valoração da conduta. Deixando amplo campo em que possa decidir-se com relatividade liberdade, por esta ou aquela solução, conforme a oportunidade e conveniência.

³⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 128.

Conforme nos ensina José Cretella Júnior:

Quando decide, orientando-se de maneira livre, no que diz respeito à conveniência e oportunidade dos atos praticados, pode o agente autodeterminar-se, escolhendo o modo mais adequado de agir. Voltando os olhos sobre si mesmo, inspecionando o caminho percorrido e os efeitos produzidos, ou a se produzirem, o administrador tem, inclusive, se for o caso, a faculdade de retratar-se, reexaminando os próprios atos editados e arvorando-se em Juiz de si próprio, desfazendo a vontade manifestada, revogando as decisões tomadas, atitude não conseguida no Judiciário, proibido de manifestar-se nesse campo. Desse modo, sem transpor uma fração sequer das barreiras estabelecidas pela legalidade, caso em que seria advertido e controlado por outro poder, que o fiscaliza, age o administrador, juiz absoluto da conveniência e oportunidade das medidas tomadas, sem interferência de outro Poder. Eis, em síntese a discricionariedade.³⁹

Maria Sylvia Zanella di Pietro elenca as formas de discricionariedade: a) quando a lei expressamente a confere à Administração, como ocorre no caso da norma que permite a remoção *ex officio* do funcionário, a critério da Administração, para atender à conveniência do serviço; b) quando a lei é omissa, porque não lhe é possível prever todas as situações supervenientes ao momento de sua promulgação, hipótese em que a autoridade deverá decidir de acordo com princípios extraídos do ordenamento jurídico e c) quando a lei prevê determinada competência, mas não estabelece a conduta a ser adotada; exemplos dessa hipóteses encontram-se em matéria de poder de polícia, em que é impossível à lei traçar todas as condutas possíveis diante de lesão ou ameaça de lesão à vida, à segurança pública, à saúde.⁴⁰

Para Celso Antonio Bandeira de Mello a discricionariedade é à margem de "liberdade" que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos,

³⁹ CRETELLA JÚNIOR. *Comentários à constituição de 1988*. Forense Universitária: Rio de Janeiro, 1992. v. 5.

⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 196.

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 vertente⁴¹.

Hely Lopes Meirelles, ao tratar dos poderes da Administração Pública, conceitua o Poder Discricionário: é o que o Direito concede à Administração de modo explícito ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo. Também reconhece o citado doutrinador que tal poder não é arbitrário, posto que encontra limites na lei.⁴²

A discricionariedade pode ser encontrada em vários momentos. O primeiro a ser analisado é o momento da prática do ato. No silêncio da lei, a Administração pode escolher o momento que lhe pareça mais adequado para atingir a consecução de determinado fim. Geralmente o que ele faz é estabelecer um prazo para que determinadas decisões sejam tomadas, com ou sem a previsão de sanção no caso de descumprimento. Quando há previsão de sanção, há uma limitação quanto ao momento a ser praticado, porém mesmo assim a discricionariedade continua existindo, pois dentro do prazo, o administrador público tem o poder de escolher o que lhe é mais conveniente.

Lucia Valle Figueiredo conclui que a competência discricionária não emerge do fato de o conceito não ser, desde logo, preciso. Necessário, primeiramente, buscarmos na norma, o sentido e o alcance do conceito. Depois da interpretação, deveremos nos alçar aos princípios e valores do ordenamento jurídico, a fim de precisar o conceito. Preciado o conceito – ou determinado -, por conseguinte,

⁴¹ DE MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.882.

⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 114.

localizado na zona de certeza positiva, mister a verificação se a norma outorgou possibilidade de decisão ao administrador.⁴³

3.3.3 Diferenças com o Poder Vinculado

A discricionariedade diz respeito à escolha entre o agir e o não agir, se a lei determina o agir, então se trata de uma atuação vinculada, se existe a possibilidade de escolher é discricionária. Maria Sylvia Zanella di Pietro cita o exemplo da realização de uma licitação, na qual a Administração pode ter de optar entre a celebração do contrato ou a revogação da licitação, segundo razões de interesse público devidamente demonstrado.

A discricionariedade e a vinculação ainda podem se referir aos elementos do ato administrativo. No que diz respeito ao sujeito, o ato será sempre vinculado, só poderá atuar quem a lei previu tal competência.

Com relação à finalidade, também há vinculação. Porém Maria Sylvia salienta que existem dois aspectos para se analisar a finalidade. Num sentido amplo, corresponde ao interesse público, já no sentido estrito, trata-se do resultado específico que decorre, explicita ou implicitamente da lei, para cada ato administrativo. No primeiro sentido, pode-se dizer que a finalidade seria discricionária, por que a lei refere a ela usando noções vagas e imprecisas, como ordem pública, moral, segurança, bem-estar. Quando a lei não estabelece critérios objetivos que permitam inferir quando tais fins são alcançados, haverá discricionariedade administrativa. Por exemplo: a autorização para fazer reunião em praça pública será outorgada segundo a autoridade competente entenda que ela

⁴³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.197.

possa ou não ofender a ordem pública. No segundo sentido, a finalidade é sempre vinculada; para cada ato administrativo previsto em lei, há uma finalidade específica que não pode ser contrariada. Por exemplo: a finalidade do ato de demissão é sempre a de punir o infrator, de modo que se for praticado, por exemplo, para atender à conveniência do serviço será ilegal; a remoção *ex officio* do funcionário só pode dar-se para atender à conveniência do serviço, de modo que, se for feita para punir, será ilegal.⁴⁴

No que diz respeito a forma, geralmente os atos serão vinculados. A lei estabelecerá como serão feitos. Porém, pode a lei estabelecer formas diferentes para o mesmo ato, neste caso, haverá discricionariedade.

O caso mais comum de discricionariedade é no motivo e na forma do ato. O motivo como pressuposto de fato que antecede a prática do ato, pode ser vinculado ou discricionário. Será discricionário quando a lei não o definir, deixando para a Administração estabelecer os critérios. Exemplo disto é a exoneração de funcionário em comissão (exoneração *ad nutum*), a lei não prevê qualquer motivo que justifique este ato.

Por fim, com relação ao objeto, será vinculado quando a lei previr um determinado fim. E será discricionário quando houve vários objetos possíveis para atingir o mesmo fim. O exemplo é no caso de punição do funcionário com as penas de suspensão ou de multa.

⁴⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 199

3.3.4 Discricionariedade e os Conceitos Jurídicos Indeterminados

Quando a lei estabelece noções vagas, que são os chamados conceitos jurídicos indeterminados. A lei não define com precisão. Existem duas correntes que tratam sobre o tema no país. Uma entende que não se trata de discricionariedade, pois se trata de um trabalho de interpretação que leva a uma única solução válida possível. Por outro lado há quem diga que há possibilidade de discricionariedade, desde que se trate de conceitos de valor, que impliquem na possibilidade de análise do interesse público de acordo com o caso concreto. E quando não for possível soluções alternativas, não será caso de discricionariedade.

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, conceitos jurídicos indeterminados são termos ou expressões contidos em normas jurídicas, que, por não terem exatidão em seu sentido, permitem que o intérprete ou aplicador possam atribuir certo significado, mutável em função da valoração que se proceda diante dos pressupostos da norma. É o que sucede com expressões do tipo “ordem pública”, “bons costumes”, “interesse público”, “segurança nacional” e outras do gênero. Em palavras diversas, referidos conceitos são aqueles cujo âmbito se apresenta em medida apreciável incerto, encerrando apenas uma definição ambígua dos pressupostos a que o legislador conecta certo efeito de direito. Existem várias teorias que explicam a necessidade de ampliação da análise do Poder Judiciário. Uma delas trata do desvio de poder, que é o que ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para objetivar um fim diferente do previsto em lei, neste caso, caberá ao Poder Judiciário anular este ato eivado de vícios que contrariam o interesse público.⁴⁵

⁴⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 33.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella di Pietro trata-se de noções imprecisas. São termos ou expressões contidos em normas jurídicas que não possuem uma precisão em seu sentido, cabe então ao interprete ou a aplicador aferir o seu sentido. É o que ocorre em termos como “ordem pública”, “bons costumes”, “conveniência administrativa etc.”⁴⁶

Não são em todos os casos que a Administração utiliza destes conceitos que estaremos diante de caso de discricionariedade, que ocorrerá em casos em que houver elementos objetivos, que segundo Maria Sylvia serão extraídos da experiência, que permitam a sua delimitação, chegando-se a uma única solução válida diante do direito. Neste caso haverá apenas a interpretação do sentido da norma, inconfundível com a discricionariedade. A autora ainda dá o exemplo que se a lei prevê o afastamento ex officio do funcionário incapacitado para o exercício de função pública, a autoridade tem que procurar o auxílio de peritos que esclareçam se determinada situação de fato caracteriza incapacidade; não poderá decidir segundo critérios subjetivos.

Quando existir a necessidade de análise subjetiva, ai sim haverá a discricionariedade. Maria Sylvia⁴⁷ diz que é o que ocorre quando a lei prevê a remoção do funcionário para atender a necessidade do serviço. Neste caso deverá analisar de acordo com o principio da razoabilidade, esta é a posição de muitos doutrinadores. Sob a perspectiva deste principio será possível a valoração subjetiva, que é o ideal de acordo com o senso comum.

Celso Antonio Bandeira de Mello diz que em situações extremas em que não há duvida possível, pois qualquer pessoa normal, diante das mesmas circunstâncias, resolveria que elas são certas ou erradas, justas ou injustas, morais

⁴⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 201.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 203.

ou imorais, contrárias ou favoráveis ao interesse público; e existe uma zona intermediária, cinzenta, colocando-se fora do alcance do Poder Judiciário.⁴⁸

Maria Sylvia Zanella di Pietro dá o exemplo do conceito de notório saber jurídico, que permite certa margem de discricionariedade na referida zona cinzenta; mas não a permite quando os elementos de fato levam à conclusão, sem sombra de dúvida, de que o requisito constitucional não foi atendido.⁴⁹

3.3.5 Poder Discricionário e Mérito Administrativo

O mérito administrativo se expressa por meio do juízo de conveniência e oportunidade da escolha, visando ao atendimento do interesse público.

Parte-se da idéia que os atos administrativos nunca serão num todo discricionários, estará sempre vinculado a competência e a finalidade. Portanto, verifica-se que o ato vinculado deverá ser analisado a luz do princípio da legalidade, ou seja, far-se-á uma análise se o ato está em conformidade com a lei, e do mérito, que é o juízo de conveniência e oportunidade diante do interesse público.

Odete Medauar ao tratar do tema, afirma que em alguns pontos aparece o contraponto entre legalidade e mérito, em especial, nos estudos sobre o ato administrativo, com os aspectos do mesmo, e nos estudos sobre o controle judicial da administração, quando se discute o alcance desse controle.⁵⁰

⁴⁸ DE MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.885.

⁴⁹ Ibidem, p. 203.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 128.

4 CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.1 NOÇÕES GERAIS

O controle tem a finalidade de assegurar que a Administração Pública atue de acordo com os princípios, tais como, a legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade. Outra finalidade é o controle de mérito, com relação à discricionariedade da administração.

Com a Constituição de 1988, o particular recebeu grande parcela deste controle, é o chamado controle popular. Diz a Emenda Constitucional nº 19/98, que acrescentou o §3º, do art. 37 e estabelece que: I – as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços; II – o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública.

Maria Sylvia Zanella di Pietro cita que existe a possibilidade da instituição de um Código de Defesa do Usuário do Serviço Público, que poderia constituir um instrumento eficaz no controle por parte do cidadão.⁵¹

A autora ainda afirma que outra instituição que desempenha papel importante no controle da Administração é o Ministério Público, em decorrência das funções que lhe foram atribuídas pelo artigo 129 da Constituição. Além da tradicional função de denunciar autoridades públicas por crimes no exercício de suas funções, ainda

⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 671.

atua como autor na ação civil pública, seja para defesa dos interesses difusos e coletivos, seja para repressão à improbidade administrativa. Conclui ao dizer que a independência do Ministério Público e os instrumentos que lhe foram outorgados pelo referido dispositivo constitucional (competência para realizar o inquérito civil, expedir notificações, requisitar informações e documentos, requisitar diligências investigatórias) fazem dele o órgão mais bem estruturado e mais apto para o controle da Administração Pública.⁵²

José dos Santos Carvalho Filho conceitua o controle da Administração como o conjunto de mecanismos e jurídicos e administrativos por meio dos quais se exerce o poder de fiscalização e de revisão da atividade administrativa em qualquer das esferas do Poder.⁵³

Existem várias maneiras de classificar as modalidades de controle. Uma delas é com relação à natureza do controlador. Segundo esta classificação, o controle pode ser legislativo, judicial ou administrativo. Será legislativo quando for executado através do Poder Legislativo sobre os atos da Administração Pública. Por exemplo, é o controle feito pelo Tribunal de Contas. O controle judicial é aquele levado ao conhecimento do Poder Judiciário, que irá decidir pela legalidade ou não do ato administrativo. Já o controle administrativo é aquele que ocorre dentro da própria Administração Pública, por meio da já discutida autotutela, que é o poder de rever e fiscalizar seus próprios atos. Exemplo disso é a revogação de um ato administrativo.

Com relação à extensão do controle, este pode ser interno e externo. Será interno quando for exercido por órgãos de um Poder sobre condutas praticadas dentro de sua esfera. Um exemplo disso é o que ocorre no Poder Judiciário por meio do controle que a Corregedoria exerce sobre os atos dos serventuários da Justiça.

⁵² Ibidem, p. 672.

⁵³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 751.

Já o controle externo ocorre quando o órgão fiscalizador se situa em outro órgão. É a característica fundamental que deve prevalecer entre os Poderes, conforme expressa o art. 2º da CF. É o que ocorre, segundo José dos Santos Carvalho Filho, no controle do Judiciário sobre os atos do Executivo em ações judiciais, ou do Tribunal de Contas sobre atos do Executivo e do Judiciário.⁵⁴

Quanto à natureza do controle, pode ser de legalidade como também de mérito. O controle de legalidade é aquele onde há conflito entre a conduta prática e a norma jurídica vigente e eficaz. José dos Santos Carvalho Filho diz que o controle de legalidade dos atos da Administração pode ser interno ou externo, vale dizer, pode ser processado pelos órgãos da mesma Administração ou por órgãos de Poder diverso. Pode dizer-se, assim, que Legislativo, Judiciário e a própria Administração pode exercer o controle de legalidade. O Judiciário, por exemplo, examina a legalidade de atos administrativos em mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF). O Legislativo, pelo seu Tribunal de Contas, aprecia a legalidade dos atos de admissão de pessoal (art. 71, III, CF). E a Administração, em qualquer esfera, controla a legalidade de seus próprios atos: se uma autoridade estatal age em desconformidade com a norma jurídica válida, pode o Secretário Estadual controlar a legalidade da ação administrativa.

O controle de mérito é o que se verifica na questão da oportunidade e conveniência da conduta. Não se questiona a sua legalidade. Mérito administrativo diz respeito ao mais conveniente, oportuno, adequado e justo, sempre objetivando que Administração busque os seus objetivos. Trata-se de um ato privativo da Administração e tem como ponto final o ato de confirmação da conduta, quando não

⁵⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito administrativo. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 752.

for necessária a revisão. Caso este não seja o entendimento, ocorrerá então a revogação do ato.

Por fim, com relação ao momento do controle, este pode ser prévio, concomitante ou posterior. O prévio é um controle preventivo, que irá impedir a prática de um ato ilegal ou em desacordo com o interesse público. Um exemplo, segundo Maria Sylvia é quando sujeita à autorização ou aprovação prévia do Congresso Nacional ou de uma de suas Casas determinados atos do Poder Executivo (arts. 49, II, III, XV, XVI e XVII e 52, III, IV e V). O concomitante é realizado no momento que a atuação administrativa se manifesta. Um dos exemplos é o acompanhamento da execução orçamentária pelo sistema da auditoria. Já o controle posterior é aquele realizado em atos já praticados, seja para corrigi-los, desfazê-los ou apenas confirmá-los. Pode ser por aprovação, homologação, anulação, revogação e convalidação.⁵⁵

4.2 CONTROLE ADMINISTRATIVO

Trata-se do poder de fiscalização e correção que a Administração tem de sobre a sua própria atuação, sob o aspecto da legalidade e mérito, pode ser por iniciativa própria como também mediante provocação. No âmbito federal é chamado de supervisão ministerial (Decreto-lei nº 200/67). Segundo Diógenes Gasparini o fator de importância nesse tipo de controle é o reconhecimento de que o poder de fiscalizar e de rever ocorre dentro da mesma estrutura do Poder. Em outras palavras, trata-se de controle interno, porque controlador e controlado pertencem à mesma organização.

⁵⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 674.

Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos da administração dos demais poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando mantê-las dentro da lei, segundo as necessidades dos serviços e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo que é um controle de legalidade e de mérito.

O controle administrativo deriva do poder-dever de auto-tutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes e que é exercido pelos órgãos superiores sobre os inferiores (controle hierárquico próprio das chefias e corregedorias), com auxílio de órgãos incumbidos do julgamento de recursos (controle hierárquico impróprio) ou ainda de órgãos especializados em determinadas verificações (como por exemplo, o controle técnico de auditorias), integrantes da mesma Administração, caracterizado como controle interno.

Tem por objetivo a confirmação, na qual a Administração reitera os atos como legítimos ou adequados; correção, ao perceber que o ato é ilegal ou inadequado, a Administração retira-o do mundo jurídico e o refaz; alteração, a Administração ratifica uma parte e substitui outra em relação ao que foi produzido por órgãos e agentes administrativos. José dos Santos Carvalho Filho cita o exemplo de portaria que altera local de atendimento de serviço público, mas mantém o mesmo horário anterior.

4.3 CONTROLE LEGISLATIVO

É o controle exercido pelos órgãos parlamentares ou legislativos, tanto federais, como estaduais e municipais, ou seja, pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas, Câmara Legislativa (DF) e Câmara de Vereadores dos

Municípios. No regime federativo brasileiro, os Poderes do Estado não se confundem nem se subordinam, mas se harmonizam, cada qual realizando sua atribuição precípua. Cabe ao Executivo a realização das atividades administrativas, mas em algumas delas depende da cooperação do Legislativo, dada a relevância do ato e suas extensas repercussões políticas internas ou externas, que só o Parlamento está em condições de bem valorar e decidir sobre sua legitimidade e conveniência.

O legislativo atua sob duas formas de controle: o político e o financeiro. O controle político do legislativo sobre o Executivo é de efeito indireto. Não cabendo ao Congresso anular os atos administrativos ilegais e nem tem hierarquia sobre as autoridades executivas, mas a Constituição Federal de 1988 ampliou sensivelmente as atribuições do Legislativo para a fiscalização e controle dos atos da Administração em geral (direta ou indireta). Além dessas, há outras missões de controle político deferidas ao Congresso Nacional sobre a Administração, tais como: a de aprovação de tratados e convenções internacionais, autorização ao Presidente da República para declarar a guerra e fazer a paz, aprovação ou suspensão de intervenção federal ou de estado de sítio, julgamento das contas do Presidente da República, a fiscalização pelo Tribunal de Contas da União (TCU), além de outras funções, como as privativas do Senado Federal em escolher Magistrados, Membros do TCU, Governador de Território, Presidente e Diretores do Banco Central, Procurador-Geral da República e titulares de outros cargos.

O Congresso Nacional tem também, no controle financeiro, o poder de fiscalização financeira e orçamentária sobre a Administração, auxiliado pelo TCU (art. 70 a 75 da CF/88), em seu controle externo. Os Tribunais de Contas do Brasil (tanto o TCU, como o dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios –

atualmente só os Municípios de São Paulo e Rio de Janeiro o têm) exercem funções técnicas opinativas, verificadoras e de jurisdição administrativas em relação ao controle dos gastos dos respectivos Poderes, por meio de auditoria.

4.4 CONTROLE JURISDICIONAL

4.4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Também chamado de Controle Judicial, é aquele exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário, quando realiza atividade administrativa. Também é controle a posteriori, de legalidade do ato em relação à norma legal que o rege. A rigor, todos os atos administrativos em geral são sujeitos ao controle judicial comum, ante àqueles que se sintam por eles lesados.

Os atos que sujeitos ao controle especial do Poder Judiciário são: os atos políticos, os atos legislativos e os atos interna corporis, nos quais a Justiça os aprecia com maiores restrições quanto aos motivos ou à via processual adequada.

Os atos políticos são os que, praticados por agentes do Governo, no uso de competência constitucional, fundam-se na ampla liberdade de apreciação da conveniência ou oportunidade de sua realização, sem se aterem a critérios jurídicos preestabelecidos. São atos governamentais por excelência, e não apenas de administração, os quais conduzem negócios públicos e não serviços públicos. O Executivo pratica ato político, via de regra, quando veta um projeto de lei, ou quando nomeia um Ministro de Estado, ou ainda quando concede indulto, pois neste caso sempre entra a conveniência ou não do Estado em praticá-lo. Mas, como ninguém

pode contrariar a Constituição, segue-se que qualquer ato do Poder Público poderá ser examinado pelo Judiciário, ainda mais quando argüido de inconstitucional ou de lesivo ao direito de alguém.

Os atos legislativos, quer dizer, as leis propriamente ditas (normas em sentido formal e material) não ficam sujeitas a anulação judicial pelo meios processuais comuns, porém, podem ser anuladas pela via especial de ação direta de constitucionalidade, tanta para a lei em tese como para os demais atos normativos, pois que estes, enquanto regras gerais abstratas, não atingem os direitos individuais e permanecem inatacáveis por ações ordinárias ou, mesmo, por mandado de segurança. Contudo, as leis e decretos de efeitos concretos podem ser invalidados em procedimentos comuns, em mandado de segurança ou em ação popular. Porque já trazem em si os resultados administrativos objetivados, como por exemplo, as leis que criam um Município, ou as que extinguem vantagens para os servidores públicos, ou as que concedem anistia fiscal, entre outras. O atual processo legislativo previsto na Constituição, de observância obrigatória em todas as Câmaras, bem como as normas regimentais próprias de cada corporação, estão sujeitas ao controle judicial visando resguardar-lhe a legalidade de sua tramitação e legitimidade da elaboração da lei. Assim também o processo de cassação de mandato pelas Câmaras legislativas, vinculados às respectivas leis, tornou-se passível de controle de legalidade pela Justiça.

Os atos *interna corporis* também são vedados à revisão judicial comum, mas é preciso que se entenda em seu exato conceito, e nos seus justos limites, o significado de tais atos. Em sentido técnico-jurídico, conforme Hely Lopes Meireles, *interna corporis* não é tudo que provém do seio da Câmara ou de suas deliberações internas, mas apenas aquelas questões ou assuntos que digam respeito direta e

imediatamente com a economia interna da corporação legislativa, com seus privilégios e com a formação ideológica da lei que, por sua própria natureza são reservados à exclusiva apreciação e deliberação do Plenário da Câmara, como os atos de escolha da Mesa (eleições internas), cassação de mandatos, concessão de licenças e etc.⁵⁶

Os meios de controle judicial dos atos administrativos de qualquer dos Poderes são as vias processuais de procedimento ordinário, sumaríssimo ou especial de que dispõe o titular do direito lesado ou ameaçado de lesão, para poder obter a anulação do ato ilegal em ação contra a Administração Pública, como ação de Mandado de Segurança Individual, regra esta excepcionada pela ação popular e pela ação civil pública, na qual o direito defendido não é apenas de um titular mas da própria coletividade, ou seja, de interesses difusos, além da já mencionada ação direta de inconstitucionalidade.

4.4.2 Limites

A problemática maior acerca do tema do controle judicial pauta-se basicamente nos limites da atuação do Judiciário. Para Hely Lopes Meirelles defende que no que diz respeito ao limite da discricionariedade, o controle deve-se restringir apenas ao aspecto da legalidade.

A teoria que mais tem sido utilizada é que se baseia em princípios. Maria Sylvia Zanella di Pietro⁵⁷ nos ensina 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

⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 633.

⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 680.

legalidade e, agora, pela Constituição, também sob o aspecto da moralidade (artigo 5º, inciso LXXIII e 37). Ou seja, há uma necessidade de ampliação do exercício do controle da Administração Pública a partir da necessidade de adequar as atividades administrativas com os princípios previstos no ordenamento jurídico. É o chamado controle Principiológico.

4.4.2.1 – Controle Principiológico

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a conseqüente positivação dos princípios que regem a Administração Pública, previstos no art. 37, caput, é que permitiu ao Judiciário não só a análise dos aspectos vinculados dos atos administrativos, como também os não-vinculados.

Princípios são proposições que contém as diretrizes estruturais de determinada ciência, pelos quais seu desenvolvimento deverá pautar-se, constituindo-se o próprio pilar de sustentação do Direito.

De Plácido e Silva ⁵⁸ define que princípios jurídicos, sem duvida, significam os pontos básicos, que servem de ponto de partida ou de elementos vitais do próprio Direito. Indicam o alicerce do Direito. E, nesta acepção, não se compreendem somente os fundamentos jurídicos, legalmente instituídos, mas todo axioma jurídico derivado da cultura jurídica universal. Compreendem, pois, os fundamentos da Ciência Jurídica, onde se firmaram as normas originárias ou as leis científicas do Direito, que traçam as noções em que se estrutura o próprio Direito. Assim, nem sempre os princípios se inscrevem nas leis. Mas, porque servem de base ao Direito,

⁵⁸ DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1987. p. 447.

são tidos como preceitos fundamentais para a prática do Direito e proteção aos direitos.

Na mesma linha defende Celso Antonio Bandeira de Mello⁵⁹: princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento do princípio que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.

Passa-se então a análise dos princípios previstos no art. 37, caput, bem como também de outros não expressos, mas de importante relevância.

4.4.2.1.1 Princípio da Legalidade

É considerado o princípio básico do Estado Democrático de Direito, que foi positivado pela CF, no seu art. 5º, inciso II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Há quem asseverar que este

⁵⁹ DE MELO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p.86.

princípio, juntamente com o controle da administração pelo poder judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque a lei, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

Recebeu dois conceitos. O primeiro, tradicional, diz que a Administração Pública somente pode fazer o que a lei expressamente prevê. E o particular pode tudo o que a lei não proíbe (liberdade individual). É um conceito formulado dentro do Modelo Liberal, com a idéia que o Estado é um mal necessário. Já o conceito atual, próprio do Modelo Social (como a nossa CF), a Administração Pública pode atuar até mesmo no silêncio da lei, com uma condição, desde que não prejudique o particular. A falha do legislador não pode servir de desculpa para a omissão do serviço público.

A Administração Pública possui limites, que não está livre para fazer ou deixar de fazer algo de acordo com a vontade do governante somente, mas que deverá obedecer à lei em toda a sua, diferente do particular que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíbe.

Esse princípio é mais rigoroso ao poder público, justamente para preservar a ordem jurídica.

Ainda que em benefício da coletividade, a restrição a direito só é admitida pela lei, posto que a lei, pelo menos em tese, é sempre nascida da coletividade, seja de forma direta ou indireta, como sói acontecer nas democracias modernas. Este princípio entronca-se com a própria noção de Estado de Direito. Estado de Direito é aquele que se submete ao próprio Direito que criou, razão pela qual não deve ser

motivo de surpresa constituir-se o princípio da legalidade um dos sustentáculos fundamentais do Estado de Direito.

No cerne da Administração Pública a interpretação deve se dar de forma diversa: todos os seus atos devem estar em consonância com a lei, e agora, considerando a ampliação no conteúdo da legalidade, deve-se contemplá-la no sentido de conformidade com o ordenamento jurídico. Destaque-se ainda que a atividade administrativa nem sempre está totalmente vinculada à lei, pois, muitas vezes, esta autoriza que o gestor atue com certa margem de liberdade. Destarte, o exercício da competência discricionária deve sempre observar os limites e os fins contidos na regra autorizadora.⁶⁰

4.4.2.1.2 Princípio da Impessoalidade

O princípio da impessoalidade da Administração Pública afirma que para todo ato realizado pelo poder público, deve, necessariamente ser imputado a um órgão ou ao ente estatal com destinação a coletividade, sem nenhum tipo de restrição. Os atos não são imputados ao funcionário público e sim ao órgão a qual ele pertence.

Conforme nos ensina Hely Lopes Meirelles⁶¹ o princípio da impessoalidade, do art. 37 da Constituição de 1988 nada mais seria do que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. José Afonso da Silva conceitua a impessoalidade como o princípio ou regra da Administração Pública na

⁶⁰ MELO, Olivia Braz de. *O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário à luz do princípio da juridicidade*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8955>. Acesso em 13/09/2007 às 19:04 min.

⁶¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 82.

qual os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário. Este é um mero agente, de sorte que não é ele o autor institucional do ato. É somente o órgão que formalmente manifesta sua vontade estatal.

Reforçando o sentido acima especificado, o § 1º do mesmo art. 37 da Constituição prescreve que a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.

O princípio ou regra da impessoalidade da Administração Pública pode ser definido como aquele que determina que os atos realizados pela Administração Pública, ou por ela delegados, devam ser sempre imputados ao ente ou órgão em nome do qual se realiza, e ainda destinados genericamente à coletividade. Em síntese, os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário.

4.4.2.1.3 Princípio da Moralidade

Não basta ao administrador apenas cumprir o preceito legal, deve ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos da razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui como pressuposto de validade de todo ato da administração pública.

No caso de descumprimento deste princípio, Alexandre de Moraes⁶² nos ensina que a conduta de desrespeito do administrador público enquadra-se nos atos de improbidade, previstos pelo art. 37, §4º da CF, e serão sancionadas com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Permite ao Ministério Público a propositura de Ação Civil Pública por ato de improbidade com base na Lei nº 8.429/92 para que o Poder Judiciário possa exercer o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público. Ao administrador público brasileiro, por conseguinte, não bastará cumprir os estritos termos da lei. Tem-se por necessário que seus atos estejam verdadeiramente adequados à moralidade administrativa, ou seja, a padrões éticos de conduta que orientem e balizem sua realização. Se assim não for, inexoravelmente, haverão de ser considerados não apenas como imorais, mas também como inválidos para todos os fins de direito.

O Supremo Tribunal Federal também reconhece a possibilidade de controle do exercício por meio deste princípio.⁶³

⁶² MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 314.

⁶³ O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA - ENQUANTO VALOR CONSTITUCIONAL REVESTIDO DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO - CONDICIONA A LEGITIMIDADE E A VALIDADE DOS ATOS ESTATAIS. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais. (STF, Relator Min. Celso de Mello, ADI 2661 / MA, Pleno, DJ 23 ago. 2002).

ADMINISTRATIVO - ATO ADMINISTRATIVO - MORALIDADE - EXAME PELO JUDICIÁRIO - ART. 37 DA CF - DESAPROPRIAÇÃO - ART. 20 DO DL 3365/41. É LICITO AO PODER JUDICIÁRIO EXAMINAR O ATO ADMINISTRATIVO, SOB O ASPECTO DA MORALIDADE E DO DESVIO DE PODER. COM O PRINCÍPIO INSCRITO NO ART. 37, A CONSTITUIÇÃO FEDERAL COBRA DO ADMINISTRADOR, ALEM DE UMA CONDUITA LEGAL, COMPORTAMENTO ETICO. O ART. 20 DO DL N. 3365/41 PERMITE QUE, EM AÇÃO DIRETA O PODER JUDICIÁRIO EXAMINE "QUALQUER QUESTÃO" RELATIVA A DESAPROPRIAÇÃO. (STJ, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, REsp 21923 / MG, 1ª Turma, DJ 13 out. 1992, p. 17662).

4.4.2.1.4 Princípio da Publicidade

A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por seu público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo.

Germana de Oliveira Moraes salienta que: O princípio da publicidade assegura ao administrado não apenas o direito à informação, à transparência da atuação administrativa, à visibilidade do poder, mas também o direito à informação verdadeira⁶⁴.

No que diz respeito aos atos administrativos, é com a publicidade que se terá conhecimento se houve ou não a atuação voltada ao interesse público.

4.4.2.1.5 Princípio da Eficiência

Foi acrescentado na Constituição pela Emenda Constitucional n. 19, de 04/06/1998, na qual a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios deve obediência. Porém, não é porque foi acrescida somente em 1998 que este princípio não era utilizado. Pelo contrário, seria impossível imaginar na administração pública desempenhada com ineficiência e sem o atingir o seu objetivo maior que é o da realização do bem comum.

⁶⁴ MORAES, Germana de Oliveira. *Controle Jurisdicional da Administração Pública*. São Paulo: Dialética, 1999. p. 24.

Alexandre de Moraes define o princípio da eficiência da seguinte forma

O princípio da eficiência é o que impõe à administração pública direta e indireta e seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitarem-se desperdícios e garantir-se melhor rentabilidade social⁶⁵

A Administração Pública deverá atuar da melhor forma possível, porém com o menor gasto possível.

4.4.2.1.6 Princípio da Razoabilidade e da Proporcionalidade

Estes princípios não são expressos na CF/88. Há quem diga que a razoabilidade é uma vertente da proporcionalidade.

Tais princípios realmente possuem uma relação muito estreita na medida em que complementam um ao outro. Ambos aduzem à idéia de justiça, apresentando conformidade com a nova realidade que surgiu com o pós-positivismo jurídico, isto é, a necessidade de que as decisões não mais busquem somente a legalidade estrita, mas que procurem atender a outros valores que levem a uma decisão justa e razoável.⁶⁶

O princípio da razoabilidade é o que determina à Administração Pública, no exercício de faculdades, o dever de atuar em plena conformidade com critérios racionais, sensatos e coerentes, fundamentados nas concepções sociais dominantes. Já Odete Medauar concebe o princípio da razoabilidade como a

⁶⁵ MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 13 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 317.

⁶⁶ MELO, Olivia Braz de. *O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário à luz do princípio da juridicidade*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8955>. Acesso em 13/09/2007 às 19:04 min.

qualidade dos valores buscados na conduta administrativa para a concretização do interesse público específico, distinguindo-a do princípio da proporcionalidade que se relaciona com a conformidade entre os meios utilizados e o fim visado pela conduta administrativa.⁶⁷

A Lei 9.784/99 no inciso VI do artigo 2º trata do princípio da proporcionalidade: "VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público".

A proporcionalidade pede o estabelecimento de relação de adequação entre meios e fins. Os meios devem ser utilizados com a intensidade necessária para atingir o fim. Pede a justa medida. A Administração Pública tem poderes que são os meios para atender o interesse público. A quebra para além do poder caracteriza o vício do excesso de poder. Quando é aquém, é uma atuação ineficaz total ou parcialmente da Administração Pública. Os poderes dêem atuar na justa medida do que pede a lei, consagrando o interesse público. A ofensa a razoabilidade e proporcionalidade é uma ofensa ao princípio da legalidade.

Dessa forma, mesmo que a finalidade da norma seja atingida, se o meio utilizado não foi proporcional, o ato poderá ser anulado. O princípio da proporcionalidade é, pois, também meio de se efetuar o controle sobre os atos administrativos discricionários.

Os Tribunais brasileiros vêm reconhecendo a sua importância e aplicando-o às suas decisões.⁶⁸

⁶⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. p. 97.

⁶⁸ PERDIMENTO. APREENSÃO DE MERCADORIA ESTRANGEIRA. VEÍCULO TRANSPORTADOR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO DA FAZENDA NÃO CONHECIDO. Inadmissível a aplicação da pena de perdimento do veículo, quando evidente a desproporção entre o seu valor e o

4.4.3 Conseqüências do Controle Judicial

O resultado do controle judicial pode variar de acordo com o pedido postulado, combinado com o tipo de remédio utilizado.

Odete Medauar elenca as mais comuns que são: a) suspensão de atos ou atividades – O Judiciário determina que não se produzam efeitos de atos ou que se paralise atividades provisoriamente, até a decisão final da ação ou por tempo determinado; ou então determina que se realizem atos ou medidas; b) anulação – o Judiciário determina que o ato seja invalidado, deixe de vigorar e de produzir efeitos a partir de seu ingresso no mundo jurídico; c) imposição de fazer – a decisão definitiva poder ordenar a realização de alguma coisa, por exemplo: reintegrar um servidor; d) imposição de se abster de algo – quando a sentença contém determinação de deixar de fazer, a Administração deve deixá-lo de fazer, por exemplo: parar a construção de prédio; e) imposição de pagar – é o que ocorre quando o Judiciário determina que se paguem diferenças relativas a vencimentos de servidores e por fim f) imposição de indenizar ou ressarcir – decorre de sentenças que impõe à Administração o dever de indenizar ou reparar danos, como nas ações expropriatórias, nas ações referentes à responsabilidade civil do Estado.⁶⁹

da mercadoria de procedência estrangeira apreendido. (STJ, Relator Min. Hélio Mosimenn, REsp 109.710/PR, 2ª Turma, DJ de 22 abr. 1997)

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002. p. 466.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por finalidade elencar quais os limites que devem ser observados pelo ente julgador quando do controle dos atos administrativos discricionários, principalmente no que diz respeito ao controle principiológico.

A partir das considerações abordadas ao longo de todo o trabalho monográfico em questão podem ser destacadas algumas conclusões.

Para que a atividade administrativa atinja o seu fim, deve o Poder Público expedir atos que são submetidos a regime de direito público e, portanto são dotados de certas prerrogativas. Esses atos podem ser vinculados, ou seja, inteiramente previstos por lei, ou podem conter elementos discricionários.

A discricionariedade é conferida pela lei ao administrador público para que escolha, diante do caso concreto, a solução mais conveniente e oportuna ao atendimento das necessidades públicas. Seu fundamento está no fato de que a lei nem sempre pode prever todas as situações, haja vista a grande variedade no mundo dos fatos. Dessa forma, além de ser materialmente impossível, se a lei tivesse como prever todas situações possíveis, correria o risco de esquecer alguma situação. Diante disso, confere-se certa margem de liberdade ao administrador público para que este determine qual o melhor caminho a ser adotado, em observância ao ordenamento jurídico.

Verifica-se que a discricionariedade administrativa deve estar de acordo não só com a previsão em lei, mas também com todos os princípios previstos no ordenamento jurídico.

Reconhece-se desta forma o caráter normativo dos princípios que no Brasil é consubstanciada através da positivação dos princípios do artigo 37 da Constituição

Federal. Esse fenômeno implicará numa mudança do exercício do controle jurisdicional sobre o ato administrativo discricionário, que poderá ser ampliado, ante a redução do que se chama mérito administrativo. Que, que em poucas palavras é o juízo de oportunidade e conveniência, é o aspecto do ato administrativo discricionário que não passível objeto de controle pelo Judiciário. Com a introdução do controle principiológico, verifica-se que houve uma diminuição da sua amplitude, de forma que esta passa a consistir em critérios não positivados utilizados pelo administrador público para definir a sua escolha.

Diante disso, conclui-se que é perfeitamente possível a utilização dos princípios contidos no ordenamento jurídico para analisar o ato administrativo discricionário, posto que a lesão a qualquer um deles importará em exorbitação do que se entende por mérito administrativo e será, portanto, passível de controle.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo e PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. Rio de Janeiro: Impetus, 2002.
- BITTENCOURT, Marcus Vinicius Correa. **Manual de direito administrativo**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- _____. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. **LEI Nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 de Março.
- CRETELLA JÚNIOR. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992. v. 5.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela. **Direito Administrativo**. 15 ed. Atlas: São Paulo, 2003.
- FERNANDES, Paula Fernanda Silva. **O controle jurisdicional do ato político**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4371> Acesso em 09/10/2007.
- FIGUEIREDO. Lucia Vale. **Curso de Direito Administrativo**. 7 ed. Malheiros: São Paulo, 2004.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 9 ed. Saraiva: São Paulo, 2004
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Saraiva: São Paulo, 2005.
- MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 9 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2002.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 27 ed. Malheiros: São Paulo, 2002.
- MELO, Olivia Braz de. **O controle jurisdicional do ato administrativo discricionário à luz do princípio da juridicidade**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8955>. Acesso em 09/10/2007
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17 ed. Malheiros Editores: São Paulo, 2004.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 13 ed. Atlas: São Paulo, 2003.

PLÁCIDO E SILVA De. **Vocabulário Jurídico**. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1987.